

4. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: LOGROS Y CARENCIAS.

Juan Antonio García Amado
Universidad de León (España)

Las doctrinas que se acogen al rótulo genérico de teoría de la argumentación jurídica constituyen, pese a su relativa diversidad, el mejor ejemplo de lo que dentro de la teoría y filosofía del Derecho actual se puede considerar un modelo teórico de gran éxito y enorme eco. Algunos dirían que se trata de un nuevo "paradigma" y otros, quizá, de una simple moda pasajera. Es posible trazar su evolución, desde la labor precursora que a partir de la década de los cincuenta comienzan autores como Perelman, Viehweg o Recaséns¹, pasando por el hito cuasi-fundacional que representa la publicación en 1978 de la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy y siguiendo con toda la elaboración posterior a la que contribuyen autores como McCormick, Aarnio, Peczenick, Atienza², etc. El tiempo pasado ya, y lo mucho escrito, hacen sentir la necesidad de un balance objetivo que enseñe qué aportaciones reales se han hecho desde estas doctrinas y qué utilidad real nos ofrecen al día de hoy.

No se pretende en estas páginas realizar un tal balance propiamente dicho, sólo señalar lo que de avance han significado las teorías de la argumentación jurídica y lo que podrían ser aun sus carencias, al tiempo que apuntamos muy elementalmente alguna vía para superar éstas.

1. La teoría de la argumentación jurídica: logros y cuestiones abiertas.

A menudo puede dar la impresión que los teóricos de la argumentación jurídica hubieran descubierto un continente inexplorado, un nuevo campo de estudio, cual si descubrieran temas en los que anteriormente no se hubiera reparado. Sin embargo, sería engañoso creerlo así. Baste pensar en la honda tradición que posee la teoría del razonamiento jurídico, que no es algo tan distinto. Opino más bien que la aportación de la teoría de la argumentación jurídica ha consistido, por un lado, en hallar fructíferas vías medias para muchas de las artificiosas y engañosas dicotomías en que se movía la teoría de la

1. Véase al respecto, J.A. García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988; "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1986, pp. 151ss; "Retórica, argumentación y derecho", en *Isegoría*, 21, 1999, pp. 131ss.

2. Tres importantes exposiciones de conjunto son las de M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986; y E.T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht, Kluwer, 1999.

aplicación del Derecho y, por otro lado, en sentar un nuevo modelo de racionalidad con la que medir críticamente las decisiones jurídicas, modelo que, sin embargo, y pese a las apariencias y la ingente cantidad de papel, no ha alcanzado aun una elaboración suficientemente precisa como para servir de instrumento analítico y crítico de esas decisiones. Veamos esto por partes y brevemente.

1.1. Dicotomías que se superan.

1.1.1. A la lógica lo que es de la lógica.

Una de las discusiones más desenfocadas que ha padecido la teoría del Derecho del siglo XX versa sobre el papel de la lógica en el Derecho, y en particular sobre su alcance y función en el razonamiento jurídico. El péndulo se ha movido permanentemente entre el extremo de pensar que la lógica podía ser garantía única y cierta de racionalidad de la decisión jurídica y de incontaminada pureza del razonamiento que lleva a ella, y el extremo de creer que la materia práctica con que el jurista opera nada tiene que ver con el frío formalismo lógico. Y fueron gruesos malentendidos sobre el concepto y las funciones mismas de la lógica los que alimentaron tanto confucionismo. Esos malentendidos tienen una génesis histórica no difícil de identificar. El equívoco proviene de quienes en el siglo XIX mantenían el carácter puramente lógico de las operaciones de aplicación del Derecho y manejaban una idea de la lógica que no se corresponde con la noción de lógica formal que se impone en el siglo siguiente. Pero el pensamiento jurídico reaccionó contra aquel logicismo negando también la utilidad práctica de la nueva lógica formal. Los que en el siglo XIX defendían el carácter puramente “lógico” de la aplicación del Derecho pensaban en una lógica bien alejada de los postulados, explicaciones y limitaciones que asume la lógica formal moderna, y ningún tratadista riguroso de las aplicaciones de la lógica formal al razonamiento jurídico defendió nunca que la lógica agotara los elementos de dicho razonamiento y fuera suficiente para determinar sus contenidos. ¿Cómo se explica, pues, el gran equívoco?

La razón está, al menos en parte, en la confusión que en el pensamiento jurídico se ha dado entre lógica formal y formalismo metodológico. Las doctrinas metodológicas de la aplicación del derecho dominantes en el siglo XIX, la Jurisprudencia de Conceptos, en Alemania, y la Escuela de la Exégesis, en Francia, mantenían posturas formalistas ingenuas, consistentes, como es bien sabido, en sostener que el juez se limitaba a realizar asépticos silogismos, meras subsunciones, con lo que en su labor no quedaba lugar legítimo para ningún género de valoración ni de creación de Derecho. Pero ese formalismo debía tal

condición no tanto a la lógica³, que por lo demás era, como máximo y en el mejor de los casos, una muy elemental silogística aristotélica, cuanto a una muy particular concepción del sistema jurídico, conforme a la cual éste era completo -sin lagunas-, coherente -sin antinomias- y claro -sin apenas dudas interpretativas o con vías seguras para hallar la interpretación verdadera para cualquier norma-. Esto, unido a una muy simplista e ingenua teoría acerca del conocimiento de los hechos, permitía creer que el juez podía en todo caso encontrar predeterminados y claros todos los elementos de su razonamiento, la premisa mayor y la menor del silogismo que culminaba en el fallo como mera conclusión “lógica”. Dicho de otro modo, no es que la lógica resolviera los problemas de la aplicación del Derecho o suplantara las valoraciones del juez, sino que tales valoraciones se habían excluido de antemano al concebir el sistema jurídico y sus normas del modo que hemos dicho, por lo que la aplicación del Derecho era vista como problemática, como perfectamente determinada por el sistema, y no por la lógica, que simplemente era la herramienta que permitía extraer las decisiones a partir de ese sistema. La confusión derivó probablemente del hecho de que a menudo al sistema mismo se le atribuía una estructura y perfección “lógicas”. Pero con ello no se estaba indicando nada rigurosamente parangonable a lo que se podría llamar posteriormente una estructura axiomática, sino estableciendo, especialmente en el caso de la Jurisprudencia de Conceptos, una jerarquización material u ontológica entre las instituciones y sus respectivos conceptos, según la cual los conceptos más generales abarcaban o incluían en sí materialmente los conceptos menos generales. Y el contenido necesario de tales instituciones y correlativos conceptos se afirmaba no con necesidad “lógica”, sino ontológica, y obvio es desde hace tiempo que tal ontologismo nada tiene que ver con la lógica formal y sus rendimientos⁴. El método en cuestión no es propiamente lógico, la

3. El muy detallado estudio de Ogorek ha mostrado bien a las claras que raramente cuando se hablaba de “lógica” se hacía referencia realmente a la lógica y que la imagen del juez como autómatas que no realiza sino silogismos bien simples sólo se difundió verdaderamente, en la Alemania del XIX, en la teoría del Estado, interesada en una determinada configuración de los poderes, pero no así en la teoría de la interpretación o de las fuentes. Cf.: K. Ogorek, *Richterkrönung oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt M. V. Klostermann, 1986.

4. Ya Radbruch puntualizó en su momento que la lógica moderna no opera con conceptos, sino con proposiciones; y que a partir de conceptos no se puede deducir nada, sólo a partir de proposiciones (G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1967 -edición de A. Kaufmann-, pp. 35-36). Sobre el mencionado confusionismo son también aclaratorias las observaciones de Heinz Wagner: “La Jurisprudencia de Conceptos cree tener con el concepto también todas las proposiciones jurídicas; concepto y proposición jurídica le parecen inescindiblemente unidos de una vez por todas en la causalidad científico-natural. En un fenómeno subsumido bajo un concepto está el caso solucionado” (H. Wagner, *Die Vorstellung der Eigenständigkeit in der Rechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, p. 30); o las de Bucher, quien se refiere a la confusión de planos entre el aspecto científico-conceptual y el lógico: “que a partir de conceptos, que han sido formados por la ciencia para la presentación del material jurídico, se extraigan ulteriormente conclusiones relativas a contenidos jurídicos, es, desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, objetivamente inabordable. Por un lado, la formación científica de conceptos es libre, es decir, se pueden formar conceptos de contenido arbitrariamente

lógica tiene una labor puramente auxiliar o derivada, sino que es el método histórico-natural, conforme al cual las relaciones entre las normas jurídicas, y entre los conceptos que están en su base, no se asimilan a relaciones propiamente lógicas, sino a relaciones entre cuerpos que al unirse forman nuevos cuerpos. La tan manida subsunción significa que un hecho encaja bajo la predeterminación de un concepto en un plano ontológico ideal, que el hecho es una manifestación fáctica de un modelo ideal que se corresponde con un concepto. El supuesto logicismo termina por ser un ontologismo, y éste sería el “punto nuclear” de la Jurisprudencia de Conceptos: “la deducción de la existencia a partir de la esencia, de la realidad a partir de la posibilidad, del ser a partir de los meros conceptos⁵”. Nada más lejos de la moderna lógica formal y sus postulados⁶.

Lo curioso del caso es que la crítica al formalismo metodológico del XIX erró el tiro y acabó ensañándose con quien menos culpa tenía, la lógica. Toda la cantinela, tan repetida hasta hoy mismo, de que el Derecho no es aseptica deducción sino vida, atención a las necesidades humanas y sociales, fenómeno histórico y no frío dato, etc., todas estas trivialidades y obviedades acabaron creando una falaz y radical contraposición entre aplicación del Derecho y lógica formal, como si el juez que razona para fallar un caso tuviera que desprenderse de las reglas del razonamiento correcto, o como si acoger tales reglas de la lógica equivaliera a convertirlo en un monstruo insensible. De la indiscutible constatación de que la lógica no es todo, la forma y la materia del razonamiento, se pasó sin solución de continuidad a sostener con pretendida seriedad que la lógica no pinta nada. Se erró el tiro porque del muy justificado ataque al conceptualismo ontologista, que era contra lo que verdaderamente luchaban los primeros críticos de la Jurisprudencia de Conceptos, como el segundo Ihering, los representantes de la Escuela de Derecho Libre, Heck, etc., quedó sólo un forzado antilogicismo, lo que sirvió para que la teoría del Derecho,

definido; por otro lado, de los conceptos no puede extraerse más contenido con sentido que aquel que en su formación se les ha atribuido” (E.Bücher, “Was ist «Begriffsjurisprudenz»?”, en W.Krawietz -ed.-, *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, p. 363).

5. Arthur Kaufmann, “Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus”, *A.Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Frankfurt M, Athenäum, 1972, p. 284.

6. Como ha mostrado Fiedler, la época del racionalismo, en la cual se desarrollaron las ideas básicas acerca de la codificación y de la aplicación del derecho como mero silogismo, se corresponde con un período de escasa pureza metódica de la lógica. Y cuanto más estricta sea la concepción de la lógica que se maneje, tanto más difícil resultará presentar la aplicación del derecho como pura deducción (vid. H.Fiedler, “Die Rechtsfindung aus dem Gesetz im Lichte der neueren Logik und Methodenlehre”, en *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, vol. 1, Colonia, Peter Deubner, 1983, pp. 59-60). De ahí que en la Jurisprudencia de Conceptos no se dé en realidad un tratamiento lógico de la problemática de la aplicación del derecho, entendiendo la lógica en su sentido actual. De la lógica se daría solamente la apariencia. Como apunta el mismo Fiedler, “las construcciones de la Jurisprudencia de Conceptos no aparecen en modo alguno determinadas por ningún tipo de legalidades lógicas, sino que son, más bien, expresión de una (mal entendida) admiración por el antiguo método científico-natural” (H.Fiedler, “Zur logischen Konzeption der Rechtsfindung aus dem Gesetz und ihren historischen Bedingungen”, en *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger*, Berlin, etc., Springer, 1978, pp. 133-134).

y especialmente la dogmática jurídica, siguiera y siga anclada en un ontologismo que pretende conocer de “naturalezas jurídicas” y de contenidos conceptualmente necesarios de las instituciones, sin más anclaje filosófico que una burda metafísica que haría sonrojarse a cualquier pensador mínimamente serio. Y por pensar así unos y otros, teóricos del Derecho enemigos de la lógica y dogmáticos a la violeta, se tienen por fundadamente antiformalistas.

Con el paso del siglo XIX al XX los críticos del formalismo metodológico anterior mostraron del modo más contundente que el sistema jurídico no poseía, ni podía poseer, los caracteres de perfección que el anterior formalismo le atribuía y que ya hemos mencionado. Y que, por tanto, ninguna lógica se bastaba para, sin más auxilio, determinar plenamente las decisiones del juez. Si se pone de relieve, como se puso, que el sistema está lleno de lagunas, que abundan las antinomias y, sobre todo, que la interpretación siempre es necesaria porque los significados posibles de cada norma pueden ser diversos en cada momento y ante cada caso, no se está atacando a la lógica, sino a la idea del sistema que permitía pensar que el juez no necesitaba más que las reglas de la lógica para dictar su fallo. Sin embargo, se tomó la parte por el todo y se acabó insistiendo, más tarde, en que la lógica no tenía nada que decir en el razonamiento judicial o en su control.

Buena parte de la responsabilidad por esos excesos la tienen algunos autores que figuran entre los precursores más destacados de la teoría de la argumentación jurídica, como Viehweg o Perelman. Pero en realidad luchaban contra molinos de viento, pues a la altura en la que escribían ningún teórico serio del Derecho sostenía que la lógica determinase la decisión judicial en su integridad, y ni siquiera que tal cosa pudiera concebirse porque el sistema fuera tan claro, coherente y pleno como antaño se quiso crear. Cuando estos autores insistieron en que la dificultad de la aplicación del Derecho no radica en extraer el fallo a modo de conclusión lógica a partir de las premisas sentadas, sino en dotar de contenido a estas premisas, la normativa y la fáctica, no estaban diciendo nada que entonces fuera ya radicalmente original. Su aportación como precursores de la teoría de la argumentación va por otro lado, sin duda. Incurrieron, ellos también, en el error de pensar que si la lógica no determina, de nada vale. Tal postura no es sino la expresión de la frustración de un pensamiento jurídico que pierde sus viejas -y ficticias- seguridades y que reacciona culpando a quien no puede dar todo lo que se le había exigido, la lógica. Se concentraron en demostrar que la discusión en la que se establecen las premisas normativa y fáctica del razonamiento judicial tiene un carácter tópico o retórico, pero no insistieron suficientemente en que, si se quiere que dicho razonamiento judicial sea mínimamente racional, ha de ser formalmente correcto, lógicamente correcto el modo en

que el fallo se extraiga de las premisas así sentadas; y menos aún repararon en que también ese razonamiento que se lleva a cabo al tratar de fundamentar las respectivas premisas no puede renunciar a la corrección formal, independientemente de dónde busque sus contenidos⁷.

La actual teoría de la argumentación jurídica sí ha sabido, de modo casi unánime, romper esa dicotomía entre materia y forma del razonamiento jurídico, entre control material y control formal de su racionalidad. Es ya un lugar común en estas doctrinas apoyarse en la distinción, que estableciera Wróblewski, entre justificación interna y justificación externa de la decisión jurídica, entendiendo que la justificación interna tiene que ver con la corrección formal del razonamiento decisorio y la justificación externa con la justificación -esta vez no formal, obviamente- de los contenidos materiales de las premisas del mismo. De ese modo se ha superado, esperemos que definitivamente, esa especie de maniqueísmo teórico entre supuestos defensores de la determinación lógica de los contenidos de la decisión e ingenuos y desorientados propugnadores de empatías, intuiciones o percepciones al margen de la lógica.

Pero, en aras de la justicia, interesa destacar que a ese punto de equilibrio no se ha llegado sólo desde las huestes argumentativas, sino que es patrimonio común también con quienes cultivan y desarrollan la lógica jurídica y tratan de maximizar la aplicación del pensamiento lógico-formal al razonamiento jurídico. Sirvan a título de ejemplos, si bien de envergadura, Soeteman o Koch y Rüssmann. Soeteman, después de exponer pormenorizadamente el verdadero papel de la lógica en el razonamiento jurídico y de explicar que su función de parámetro de corrección formal del mismo es insoslayable, recalca con insistencia que tal función nada tiene que ver con la elección de las premisas de dicho razonamiento. Esto último requiere puntos de vista normativos. Si se quiere que la elección de las premisas (y esos puntos de vista materiales que las guían) no sea arbitraria se ha de ofrecer justificaciones que no son competencia de la lógica. Ese es el campo de la justificación externa, el campo de la argumentación, y lo único en que la lógica puede ayudar es en detectar cuándo las premisas explicitadas son o no suficientes para sostener formalmente la conclusión⁸. Muy ilustrativo es también el caso de Koch y Rüssmann,

7. Como claramente expone Soeteman, la validez no formal no sólo es dependiente de la aceptabilidad de las premisas implícitas, sino también de su validez formal (vid. A. Soeteman, *Logic in Law*, Dordrecht, Kluwer, 1989, p. 18). Y añade que todo argumento está abierto a un análisis formal, del mismo modo que puede ser sometido también a un análisis no formal, discutiendo la aceptabilidad de sus premisas, por todo lo cual "lógica formal y lógica no formal se complementan y se necesitan mutuamente, no son competidoras" (*ibid.*, p. 20).

8. Soeteman, *op.cit.*, pp. 241ss. La decisión será racional (o "razonable", como dice Soeteman) cuando el juez justifica suficientemente sus elecciones y, además, cuando es posible justificar el fallo como consecuencia deductiva de las premisas que resultan de aquellas elecciones (*ibid.*, p. 258).

dos de los autores que han realizado un esfuerzo más sólido para fundamentar, con los instrumentos de la lógica formal, la estructura constitutivamente deductiva del razonamiento jurídico. Concluyen que dicha estructura no elimina de ningún modo el problema de la elección de las premisas, por lo que, si se busca que la misma sea admisible, se ha de entrar en consideraciones normativas y desarrollar reglas de la decisión racional⁹. Y acaban mostrando sus simpatías con los planteamientos que a ese respecto proponen las teorías consensualistas de la justicia, tan emparentadas con la teoría de la argumentación¹⁰.

Vemos como el acercamiento se ha producido desde los dos bandos, pues tanto los cultivadores de la teoría de la argumentación aceptan el papel importante de la lógica, como los "lógicos" reconocen el legítimo e inevitable lugar que queda a la argumentación.

En suma, lo mismo desde la lógica jurídica que desde la teoría de la argumentación se asume de modo cada vez más pacífico que el razonamiento jurídico decisorio tiene una estructura deductiva, o que así debe ser si se pretende racionalidad, y que tal cosa no quiere en absoluto decir que el juez no haga más que deducciones¹¹. Simplemente se quiere expresar algo que cualquier tribunal de casación afirma constantemente: que si el fallo no es congruente con la consecuencia que se establece en la norma seleccionada e interpretada o con los hechos que se han considerado probados, dicho fallo es inadmisibile. ¿Y por qué iba a ser inadmisibile si no es por vulnerar una regla lógica, por no seguirse, deducirse, de las premisas?, y más aún, es la lógica y no otra cosa lo que ayudará a detectar aquel fallo que no se siga de premisas suficientes o suficientemente explicitadas. Mucho crítico de la relevancia (modesta, pero existente) de la lógica para el razonamiento jurídico es como aquel personaje de Molière que descubre que usa la gramática sin saber que la sabía.

9. H.J. Koch, H. Rissmann, *Juristische Begründungslehre*, München, Beck, 1982, pp. 348ss.

10. *Ibid.*, pp. 363ss.

11. Como claramente indican Alchourrón y Bulygin, mostrando en esto su acuerdo con McCormick, "El razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al Derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular". Y añaden que "aunque sea verdad que para establecer las premisas del argumento uno debe recurrir a veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones, el razonamiento, es decir, el paso que conduce de las premisas a la conclusión, es -o más bien puede ser reconstruido como- una inferencia deductiva" (C.E. Alchourrón, E. Bulygin, "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en, C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 303 y 304).

1.1.2. A la razón lo que es de la razón. ¿Pero qué razón?.

Otra importante dicotomía que las teorías de la argumentación jurídica en buena medida superan es la que se da, en materia de razón práctica aplicada a la decisión jurídica, entre irracionalistas y los que podríamos llamar, si se permite la expresión, racionalistas elementales.

Como ya se indicó anteriormente, hoy nadie discutiría con seriedad que la aplicación del Derecho que lleva a cabo el juez está determinada en sus contenidos por una amplia serie de valoraciones, de opciones decisorias de las que la decisión final o fallo depende enteramente. El juez elige la norma aplicable al caso, la interpreta de un modo u otro, opta por aplicar la consecuencia jurídica respectiva en un grado u otro, selecciona los hechos relevantes del caso, los considera probados o no, etc¹². En cada uno de esos pasos el juez valora, con mayor o menor margen de libertad según las circunstancias, pero valora siempre. Por tanto, el fallo es el resultado (que además ha de ser lógicamente correcto, pero una cosa no quita la otra en absoluto) de esa larga cadena de razonamientos valorativos. Y la cuestión es: ¿existen parámetros mínimamente objetivos con los que medir la racionalidad de tales juicios de valor, de tales valoraciones? Si no hay tales parámetros objetivos, de la corrección o incorrección de un fallo judicial podremos tener opinión personal, en función de nuestras respectivas creencias, prejuicios, intereses, etc., pero nunca fundamento objetivo para nuestro juicio. En cambio, si tales parámetros existen sí será posible pretender para el juicio sobre la corrección o incorrección de la decisión judicial una, al menos, mínima objetividad.

Los dos polos teóricos a este respecto son bien conocidos. Por un lado irían las doctrinas irracionalistas¹³, propias de quienes son escépticos en materia de razón práctica y sostienen que todo juicio de valor carece de cualquier posible contenido de verdad, es mera opinión, pura subjetividad, simple manifestación de la personalidad o los intereses del que lo emite, que podrá perseguir con su juicio determinar el comportamiento ajeno, dar salida a sus emociones o configurar el mundo a su medida. Es el modo de ver de un positivismo filosófico que, en manifestaciones diversas y con diferencias importantes, ha tenido en el pensamiento jurídico tan ilustres representantes como Kelsen, los realistas escandinavos o los realistas americanos, por mencionar sólo a los que ya son clásicos.

12. La más completa y sistemática exposición de todos esos pasos, del tipo de razonamiento que suponen y de los problemas que plantean puede verse en J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992 (edición de Z. Bankowski y N. McCormick), pp. 75ss.

13. Usamos esta expresión de modo similar a como lo hace R. Dreier, "Irrationalismus in der Rechtswissenschaft", en *Rechtstheorie, Beiheft 8*, 1985, pp. 179ss.

En el otro polo de la escala se ubica toda una amalgama de autores que mantienen que sí cabe un acceso a la verdad o la justicia en materia decisoria y que sí existen, por tanto, referencias fiables para que el juez pueda conocer qué decisión es la correcta para cada caso. Obviamente ahí se sitúa gran parte de la tradición iusnaturalista, con su confianza en que en nuestra misma naturaleza está grabado (a veces a fuego) un patrón de justicia que es posible conocer a cualquiera que simplemente quiera de buena fe ser congruente con su propia naturaleza y la de sus congéneres. Y eso cuando no se parte, sin más, de elevar a norma jurídica suprema, de modo confeso o soterrado, los patrones normativos de una determinada fe religiosa. Poco hay que añadir a tanta crítica como ya se ha vertido sobre este pensamiento jurídico que condena al juez o teórico no “creyente” a la condición de ciego e ignorante (además de pecador), sin explicarnos el misterio que lo que es de naturaleza común no sea por igual conocido por todos, ni siquiera por todos los que profesan la fe iusnaturalista. Pero también estarían en este polo autores que, sin adscribirse a un iusnaturalismo propiamente dicho, confían en la posibilidad de un conocimiento objetivo de los valores, ya sea por la vía de la intuición o de la reflexión. E igualmente quienes se remiten a la virtud de la “prudencia” para confiar en que el juez está habilitado por su oficio para acertar a hallar la justicia del caso concreto y restablecer el equilibrio que cada circunstancia exige, con lo que su subjetividad no es arbitrio libre, sino sensibilidad que lleva a la verdad y la justicia del caso, ya sea a imitación de Salomón o del pretor romano.

Pues bien, las teorías de la argumentación actuales se sitúan mayoritariamente en un terreno intermedio entre estos dos polos. Su punto de partida es el intento de superar el escepticismo irracionalista, pero se detienen antes de llegar a afirmar una teoría material de los valores, unos contenidos objetivos de justicia que, en su validez material, operen como referente de la racionalidad de las decisiones prácticas, y en particular de las del juez. Y su propuesta es una teoría de la racionalidad práctica que se puede sintetizar en las notas de carácter dialógico, consensualista y procedimental, lo que se traduce en la tesis de que una decisión valorativa será racional no en función de sus contenidos materiales, sino en función de cómo se hayan sentado dichos contenidos, sean cuales sean. Veamos muy sucintamente aquellas tres notas.

Las teorías de la argumentación jurídica parten, y en esto el gran precursor fue Perelman, de que el criterio de lo justo o lo bueno no se puede encontrar mediante la mera reflexión individual, en el diálogo del sujeto con su conciencia moral, sino por la vía del debate intersubjetivo, del intercambio de puntos de vista, de argumentos, de razones, entre los sujetos. El diálogo intersubjetivo constituye el único

camino para la construcción de tales patrones de la correcta decisión práctica. De ahí el carácter dialógico de estas doctrinas. Sin argumentación no habría racionalidad posible en estos ámbitos. El fin que da sentido y razón de ser a ese diálogo es la búsqueda de un acuerdo sobre la cuestión práctica en disputa, y la solución correcta que se busca será precisamente aquella que acabe gozando de consenso. Ahora bien, no cualquier consenso intersubjetivo puede elevarse a pauta de lo correcto, pues es obvio que el acuerdo puede ser también resultado de la manipulación, la coacción, la desinformación, etc. De ahí que el consenso que cuenta sea el consenso racional, y éste será el que se alcance en un proceso argumentativo, dialógico, regido por ciertas reglas que aseguren la mayor medida posible de equilibrio argumentativo entre las partes: que todos los argumentantes reales o potenciales tengan igual derecho a alegar sus argumentos, que los argumentos de todos merezcan la misma consideración y respeto, que ningún argumentante se halle en situación de menor libertad argumentativa y que ninguno sea objeto de coacción o manipulación. Aquí se deja ver el carácter procedimental de estas teorías, ya que ese acuerdo en el que cifran la racionalidad práctica sólo será válido a tal fin cuando se haya alcanzado de conformidad con esas reglas argumentativas, que son reglas procesales, que establecen el cómo del intercambio argumentativo, las reglas formales a las que ha de someterse. Cualquier cosa que con respeto a esas reglas se acuerde será racionalmente válida y, por tanto, esta idea de la racionalidad práctica no es material, no predetermina contenido, sino puramente procesal.

Las que podemos llamar doctrinas standard de la argumentación jurídica se diferencian de modo importante según el tipo de fundamento que otorguen a las reglas de la argumentación racional. Están desde quienes, como Alexy, las dotan de un fundamento de tipo universalista, en estrecha sintonía con la ética discursiva de Habermas, hasta quienes, como Aarnio, no pretenden establecer reglas de racionalidad universalmente válidas, sino válidas y justificadas sólo en un determinado horizonte cultural y a tenor de los presupuestos y asunciones del mismo, en un determinado mundo de la vida. Pero en todo caso se está propugnando un parámetro de racionalidad que se considera fundamentado para el razonamiento jurídico práctico aquí y ahora, como mínimo.

Y en razón de esa importante coincidencia queda sentado también otro elemento relevante, como es la convicción que el razonamiento práctico-jurídico se realiza siempre sobre un trasfondo de normas práctico-morales, en el seno de una determinada ética vivida colectivamente, con independencia que se piense que quepa o no someter dicho trasfondo valorativo de todo razonamiento práctico al test de una racionalidad universal. Por esta vía se torna atacable

cualquier pretensión de presentar el razonamiento jurídico como independiente y desvinculado de toda referencia social y cultural y se fundamenta también la inevitable historicidad de sus contenidos.

La visión de la racionalidad jurídica que brevemente acabamos de reflejar ha provisto de un sólido fundamento a una idea que se encuentra muy fuertemente extendida en el pensamiento jurídico actual sobre estas materias, la idea que el elemento clave de la decisión jurídica racional no es el qué, su contenido en sí mismo considerado, sino el cómo se justifique mediante razones. Traducido al juicio de racionalidad de la decisión judicial, esto significa que se presume irracional la sentencia cuyo fallo no se halle suficientemente motivado, justificado mediante los oportunos argumentos normativos, valorativos y fácticos. El Derecho ha dejado de ser contemplado como una realidad en sí misma racional y cuya racionalidad se expande a la solución de los casos, por intermedio del juez. Por muy perfecto que sea un sistema jurídico, nunca va a ser alcanzable aquel ideal de coherencia, plenitud y determinación en que confiaba el formalismo metodológico, y por esa razón la labor de decisión judicial ya no es equiparable a una labor de puro conocimiento objetivo, sino que encaja de lleno en el ámbito de la razón práctica, pues se trata de valorar y optar entre cursos de acción alternativos. Por eso el centro de la mirada va a dirigirse al modo como dichas opciones se motiven, se argumenten.

Es más, si lo que importa para el juicio de racionalidad son los argumentos expresos, las motivaciones, pierden importancia a estos efectos los motivos del juez. No importa cuál sea el motivo personal que lleve al juez a tomar una determinada postura, sino la manera como esa postura aparezca justificada hacia el correspondiente auditorio social, lo cual, por lo demás y a diferencia de los datos psicológicos de los motivos, es el único elemento cognoscible con certeza. De ahí que sea habitual en los teóricos de la argumentación jurídica la puntualización de que sus análisis no se ubican en el contexto de descubrimiento, sino en el de justificación. Gran parte del irracionalismo metodológico pierde así su mejor apoyatura¹⁴.

1.2. ¿Qué racionalidad y qué argumentación para el juez?.

La lectura de la mayor parte de las obras principales de teoría de la argumentación jurídica, con la de Alexy a la cabeza, deja una cierta sensación de perplejidad, derivada de lo siguiente. El centro de

14. Véase M. Atienza, *Las razones del Derecho*, cit., pp. 22ss. Para un planteamiento crítico sobre el sentido de aplicar a la decisión judicial el esquema de contexto de descubrimiento y contexto de justificación puede verse T. Mizzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Turin, Giappichelli, 1996, pp. 105ss., especialmente pp. 135ss.

su preocupación es, como llevamos dicho, la racionalidad de la decisión jurídica, y paradigmáticamente de la decisión judicial. Sin embargo, si nos preguntamos por la utilidad práctica y real para el trabajo del juez, si planteamos cómo debería proceder un juez que quisiera respetar y aplicar las reglas de la argumentación racional, algunas dudas parecen inevitables. Ciertamente estas teorías podrían tener una gran utilidad para fundamentar las reglas del Derecho procesal propias del Derecho moderno y, en particular, del Estado de Derecho. Es fácil ver un proceso judicial como un debate entre al menos dos partes, partes que argumentan ante un tercero imparcial y que lo hacen bajo unas normas (de Derecho procesal) que quieren garantizar ese equilibrio e igualdad que la teoría de la argumentación propugna¹⁵. Lo curioso, sin embargo, es preguntarse por el modo cómo puede ser argumentativamente correcta, racional en este sentido, la sentencia de ese tercero que es el juez, más allá de la mencionada exigencia de que ha de esforzarse en dar de sus opciones las más y las mejores razones. Reparemos en que el consensualismo del que participan los teóricos de la argumentación indica que una norma o mandato será racional cuando pueda alcanzar, bajo cierta circunstancia ideal, o al menos favorable, el consenso de todos los interesados. Si la sentencia es una norma o mandato, resulta bastante quimérico pensar que tenga que ser la culminación consensual de un conflicto que ha llegado a hacer necesaria la sentencia precisamente por la ausencia de acuerdo. Y si creemos que la razón por la que el juez ha de argumentar de modo tan exigente es para persuadir a las partes de que acepten la sentencia sin recurrirla o a los tribunales superiores para que no la casen, el asunto se nos desliza por el terreno de la retórica y de prácticas de difícil encaje en los parámetros de la racionalidad, pues ahí habría que hablar más de eficacia de la argumentación judicial que de su racionalidad. Y más desenfocado aun parece que se le esté implícitamente exigiendo al juez que realice encuestas de opinión o que lleve a cabo en solitario el experimento mental de preguntarse qué acordarían todos los miembros de la sociedad como resolución justa del conflicto. Máxime cuando el principio de legalidad impide que la solución se busque en términos de pura justicia, ya que han de respetarse los límites que impone la legalidad establecida. En suma y en términos más simples, la pregunta sería qué debe hacer un juez que quiera ser respetuoso con las pautas de racionalidad marcadas por la teoría de la argumentación (y que quiera ser considerado también con el sistema de normas jurídicas), además, por supuesto, de argumentar con honestidad.

La conciencia de este problema ha provocado uno de los más interesantes debates actuales entre los teóricos de la argumentación jurídica, llevando a posturas contrapuestas a autores que hasta no hace

15. Cfr. G. Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, trad. de M. Múñez Redondo, p. 307.

mucho compartían los puntos de vista, como pueda ser el caso de Alexy y Habermas.

Los planteamientos de Alexy han sido fuertemente cuestionados por Klaus Günther y Habermas como insuficientes para dar cuenta de la índole de la labor judicial. Tratemos de resumir su postura. La construcción teórica de Alexy sería muy adecuada como respuesta al problema de la racionalidad de la decisión legislativa. Proyectadas sobre la actividad del legislador, las reglas de la argumentación racional de Alexy ofrecerían un buen criterio para determinar cuándo la decisión legislativa es legítima y racional, por constituir el resultado de un proceso discursivo abierto a la participación general, respetuoso con los derechos argumentativos de todos y reflejo de un acuerdo que, en razón de la imparcialidad que las reglas del discurso garantizan y las Constituciones democráticas institucionalizan, es manifestación de un interés general, expresado precisamente en la norma general que el legislativo dicta. Por tanto, la teoría de la argumentación de Alexy serviría para responder a la cuestión de la racionalidad y legitimidad de la norma legal. Estaríamos ante lo que Günther y Habermas llaman el discurso de fundamentación de las normas. La norma que emana de una adecuada actividad discursiva sería la norma racionalmente válida.

Pero al juez las normas válidas le vienen dadas por el sistema en que se inserta. Y si dicho sistema es el del Estado de Derecho, regido por una Constitución que institucionaliza los procedimientos democráticos y demás cauces aseguradores de los derechos personales, procesales y participativos de los ciudadanos, el juez no está legitimado para cuestionar los contenidos de tales normas y tiene, como los ciudadanos, un deber racional de obediencia a esas normas legítimas. ¿Significa esto que se vuelve a un modelo de juez autómatas que ni valora ni crea derecho?. Nada más lejos de la realidad. El juez es quien da sus perfiles precisos a las normas legales, traduciéndolas de generales y abstractas a normas aplicables a los casos. Pero los problemas no se los plantean las normas en sí mismas (siempre y cuando, repetimos, que se trate de normas legítimas, avaladas por un discurso de fundamentación racional), sino lo que, en términos clásicos, es la subsunción del caso bajo la norma. Las normas generales y abstractas que el legislador crea no pueden ser sino bocetos de la regulación efectiva de los particulares conflictos, el legislador no puede prever una solución precisa para cada particular caso con sus especiales detalles. Y de ahí que la esencia del trabajo judicial consista en determinar si un caso particular, con esos sus concretos perfiles, encaja o no bajo una norma u otra y qué concretas consecuencias se pueden extraer para el caso de la norma que se estime aplicable. Por tanto, la argumentación del juez, su discurso que se quiera racional, no versará sobre la norma en sí misma y su valor o aptitud en general, sino sobre

la adecuación (*Angemessenheit*), en terminología que Günther toma de Dworkin, para resolver un caso. Y esto quiere decir que el centro de las consideraciones se hallará en los pormenores y circunstancias del caso. No estaríamos, por tanto, ante el discurso de fundamentación de normas, sino ante el discurso de aplicación. Es la búsqueda de la justicia del caso concreto la que guía el trabajo del juez que quiera decidir racionalmente, si bien esa búsqueda no opera al margen o en contra de las normas legales, sino perfilándolas y precisándolas desde el caso¹⁶.

Esa compatibilidad entre discurso de aplicación y búsqueda de la solución adecuada o justa par el caso concreto, por un lado, y respeto a los mandatos del legislador legítimo, por otro, la consideran Günther y Habermas posible sobre la base de su idea de las normas jurídicas legales. Que las normas legales sólo puedan aludir a casos genéricos que constituyen su supuesto, supone que el legislador no tiene la posibilidad de determinar qué casos concretos encajan y cuáles no bajo esa genericidad del supuesto. Esa es la tarea del juez. Y al decidir el encaje de cada supuesto bajo una norma u otra el juez está añadiendo, por así decir, un trazo a la norma, la está precisando, ciertamente para y desde un caso concreto, pero con un propósito de mantener idéntico criterio para cualquier caso futuro igual¹⁷. En resumidas cuentas, el centro de la argumentación en que consiste el discurso de aplicación que el juez lleva a cabo ha de situarse en la justificación de su valoración de las circunstancias y detalles del caso y, a partir de ahí, proyectarse en la selección de la norma y su interpretación. No se tratará ya de convencer a un auditorio de que se aplica una buena norma (a la norma legítima la bondad se le presupone), sino que se aplica y se aplica del mejor modo la norma que hace mejor justicia al caso¹⁸.

16. En palabras de Günther, "el establecimiento de normas jurídicas debe estar institucionalizado en un procedimiento que se corresponda con las reglas del discurso práctico, de modo que puedan hacerse valer los intereses de cada uno. La aplicación de normas debe estar institucionalizada en procesos que posibiliten la toma en consideración de todas las especiales notas de una situación" (KGünther; *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt M, Suhrkamp, 1988, p. 337). Más detalladamente: "Para la fundamentación sólo es relevante la norma misma, independientemente de su aplicación en una situación concreta. Se trata de si es del interés de todos que cada uno siga la regla. El que una norma acoga o no los intereses comunes de todos no depende de su misma aplicación, sino de las razones que podamos aportar respecto de que todos deberían seguirla como regla. Para la aplicación, en cambio, lo relevante es la particular situación, independientemente de si también es del interés de todos un seguimiento general. Se trata de si y cómo debería seguirse una regla en una situación y a la vista de todas las especiales circunstancias. En la aplicación la pretensión de la norma de ser seguida por todos en cada situación (es decir, como una regla), debe contemplarse desde la concreta situación y confrontarse con todas las peculiaridades de esa especial situación. El tema no es la validez de la norma para cada uno y sus intereses, sino la adecuación respecto de todas las peculiaridades de una situación particular" (*ibid.*, pp. 55-56).

17. El juez que resolviera de modo divergente y sin justificación adecuada casos idénticos estaría obrando arbitrariamente, irracionalmente, mostrando que sus razones no se pretendían universalizables. Véase al respecto, K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., pp. 65ss.

18. Una curiosa y sorprendente secuela de estos planteamientos es que en el ordenamiento jurídico dejarían de tener existencia real las antinomias. Cuando a un mismo caso le son *prima facie* aplicables dos normas

Esta doctrina nos conduce a una cierta insatisfacción por lo inconcreta. Parece certero su diagnóstico de la insuficiencia de las propuestas de Alexy para el juez, pero deja abiertas tantas o más dudas. Por mucho que se diga que el discurso del juez tiene su especificidad propia y por mucho que el centro de gravedad se traslade de la argumentación sobre las normas a la argumentación sobre el caso, lo cual suena cuando menos admisible, subsiste la duda acerca de con qué criterios podemos, si es que se sigue pensando que se puede, medir la racionalidad de las valoraciones y argumentos del juez sobre el caso, más allá de ese tan simple y elemental mandato de que el juez se esmere en hacer explícitas sus apreciaciones y valoraciones. En la propuesta de Alexy hay muchas reglas, pero que se aplican con dificultad a la decisión judicial. En Günther y Habermas hay una más precisa descripción de las peculiaridades de esa decisión, pero se echan de menos las reglas¹⁹. Y el hecho que el inspirador de Günther y Habermas sea Dworkin no es precisamente tranquilizador para quien busque una teoría articulada, coherente y practicable de la decisión judicial.

Alexy ha respondido a estos cuestionamientos. Su réplica podemos resumirla del siguiente modo. En primer lugar explica, sobre la base del mismo ejemplo manejado por Günther, que cuando dos normas colisionan, por ser aplicables al mismo caso con consecuencias contrapuestas, y a la luz de la concreta situación se declara aplicable una sola, lo que se está haciendo es añadir una excepción al enunciado general de la norma no aplicable²⁰. Con ello la norma inicialmente fundamentada en el discurso de aplicación se habría modificado y, por tanto, si se pretende válida es necesario un nuevo discurso de

que llevan a consecuencias jurídicas contradictorias el juez estaría ante un caso más de la necesidad de seleccionar la norma aplicable, y las peculiaridades del caso le llevarían a elegir la que mejor se adecue a él. Pero con eso no estaría realmente optando por dos normas igualmente aplicables, sino tomando la única que realmente se le aplica racionalmente y, con ello, deshaciendo la aparente antinomia al añadirle a una de las normas el correspondiente matiz, precisión o excepción que el legislador, por las razones que ya hemos mencionado, no pudo apuntar por razón de la inevitable abstracción de sus términos. Como dice Günther, "en cada situación hay varias normas válidas aplicables *prima facie*, pero sólo una norma adecuada" (KGünther: "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", en Doxa, 17-18, 1995, p. 285). En relación con esto se sitúa también la acogida que Habermas y Günther dan a la tesis de la única respuesta correcta. Sobre todo ello véase K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, cit., pp. 298ss. G. Habermas, *Facticidad y validez*, cit., pp. 287ss. Para observar estos planteamientos a la luz de un ejemplo es muy útil consultar el trabajo de KGünther: "Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica", cit., pp. 279ss.

19. Para Günther y Habermas las reglas discursivas llevan en el discurso de aplicación a la necesidad de ponderación conjunta e imparcial de normas, por un lado, y de las circunstancias de la situación, por otro, con reglas tales como que no puede dejar de ser tomada en consideración ninguna norma que pueda venir al caso, o que tiene la carga de la argumentación quien proponga una aplicación nueva y distinta de una norma. Tales reglas tendrían la finalidad de garantizar la imparcialidad en el discurso aplicativo.

20. Esto es, si una norma dice que si se da *h* se debe hacer *x* y otra norma dice que si se da *j* se debe hacer *y*, se dan simultáneamente *h* y *j* y *x* e *y* son incompatibles, y se decide a la luz del caso que predomina la obligación de hacer *y*, esto equivaldría a reformular la norma primera del siguiente modo: si se da *h* se debe hacer *x*, salvo que se da *j*.

fundamentación, no bastando el de aplicación, es decir, la pura consideración para el caso concreto²¹. En segundo lugar, no sería cierto que, como dice Günther, en el discurso de fundamentación se manejen sólo casos genéricos o típicos, pues los argumentantes en ese discurso, que es el legislativo, poseen el saber que les da la experiencia y la posibilidad de imaginarse todo tipo de casos. Sí sería verdad que siempre pueden surgir situaciones imprevistas e imprevisibles cuando la norma se creó, pero si la respuesta que la nueva situación exige es una modificación de la norma, el discurso de fundamentación se haría inevitable y no basta limitarse a un discurso de aplicación que atienda a la justicia sólo para el caso²².

Esta réplica de Alexy suena convincente frente a la sospecha de casuismo que nos asalta ante la otra postura, pero deja abierta nuevas y aun más importantes dudas, pues cabe de inmediato preguntarse cómo se desarrollaría o, más aun, cómo se podría institucionalizar un tal discurso de fundamentación, que tendría que ser llevado al cabo por el juez que precisa o reemplaza la norma que ha perdido su fundamento ante las nuevas circunstancias. Alexy tiene razón cuando señala que la idea del discurso de aplicación, que impone tomar en consideración todos los puntos de vista y circunstancias, es “vacía”, pues no señala cuáles serían esos puntos de vista merecedores de consideración, y además es equívoca, pues puede servir de tapadera para una praxis decisoria no universalista, es decir, puramente casuística, por lo que concluye que el concepto de “adecuación” es “demasiado indeterminado para poder solucionar el problema de la decisión jurídica racional”²³. Ahora bien, esa misma objeción se puede volver contra el propio Alexy, pues igualmente podemos preguntarnos qué pautas rigen el discurso racional del juez, máxime cuando tiene que llevar a cabo un discurso de fundamentación. La salida de Alexy consiste en reiterar su tesis que el discurso jurídico de aplicación del Derecho es un “caso especial” del discurso práctico general²⁴, donde rigen las reglas de racionalidad de éste, unidas a especiales reglas que operan en la praxis jurídica y obligan a dar primacía a determinados argumentos institucionales. Pero la pregunta queda en pie: ¿cómo puede hacer eso el juez?

21. R. Alexy, “Normbegründung und Normanwendung”, en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt M., Suhrkamp, 1995, pp. 63ss.

22. “La norma que a la vista de un caso se precisa, se cambia o se crea como nueva debe ser susceptible de justificación en un discurso de fundamentación, y la norma que se rechaza debe poder acreditarse como no fundamentada” (*ibid.*, p. 69).

23. R. Alexy, “Jürgen Habermas’ Theorie des juristischen Diskurses”, en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., p. 171.

24. *Ibid.*, pp. 172ss.

2. Hacia una más completa y precisa teoría de la argumentación jurídica.

Hasta aquí hemos querido presentar un balance, necesariamente superficial e incompleto, de lo que son algunos logros de la teoría de la argumentación jurídica, y también de sus carencias en cuanto teoría de la decisión judicial racional. La teoría de la argumentación jurídica cobra su mayor altura y profundidad en lo que podríamos llamar la dimensión filosófica general de la razón práctica, pero adolece de graves imprecisiones y de escaso desarrollo como instrumento de análisis de las decisiones judiciales concretas. El ideal que siempre está en el trasfondo es el de lograr una teoría normativa de la argumentación judicial que posea riqueza analítica y conceptual suficiente, por un lado, y pautas suficientemente claras, por otro, como para servir de instrumento verdaderamente útil para el análisis crítico de las sentencias judiciales. En mi opinión, la discusión de los fundamentos, sin duda imprescindible, ha acabado por bloquear la construcción de semejante instrumental analítico y crítico. La conclusión que ahora, para terminar, podríamos sacar es, en lo positivo, que ha realizado aportaciones de mérito en el plano de los fundamentos generales, superando esquemas simplistas y contraposiciones artificiosas. Pero en el debe parece inevitable aludir a su aun escasa utilidad analítica y práctica. Con esto queremos decir que es todavía muy escaso el instrumental que desde esta corriente se ha elaborado para que se pueda, con él, proceder a una descripción rigurosa de los requisitos argumentativos de los distintos métodos o argumentos que en las sentencias judiciales se utilizan²⁵. En otros términos, la teoría de la argumentación, sin renunciar a su concepto de racionalidad, debería dar el paso hacia una teoría de los argumentos.

No se debe desconocer que ha habido avances interesantes, aunque fragmentarios, que contribuyen a poner las bases para ese análisis que propugnamos. Pensemos en los siguientes:

- Se ha conseguido desterrar de la mejor teoría el esquema simplista del llamado silogismo judicial. Que el razonamiento decisorio, en su explicitación, ha de tener y tiene, si se quiere racional, una estructura deductiva, no significa que se pueda operar con un esquema elemental de dos premisas. El proceso argumentativo y de razonamiento es mucho más complejo. Tanto la premisa normativa como fáctica son, a su vez, el resultado de sendos (sub)razonamientos que se estructuran

25. Esta carencia se dejaba ya sentir en la obra primera de Alexy. Véase R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, pp. 226ss. Entre las aportaciones más importantes sobre este particular, si bien con planteamiento predominantemente descriptivo de la praxis judicial, puede verse D.N. McCormick, R.S. Summers (eds.), *Interpreting Statutes*, Aldershot, etc., 1991; F.I. Ezquiaga Ganuza, *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Orriat, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.

también de modo deductivo o, en ocasiones, inductivo²⁶. Esto es especialmente relevante, además, cuando la clave de la racionalidad se pone en la justificación de las valoraciones y sus correspondientes elecciones, pues significa que sólo si se parte de un esquema suficientemente complejo y realista del razonamiento decisorio y sus etapas se tendrá el criterio para poder determinar en qué pasos y afirmaciones se ha de ser especialmente exigente en la justificación argumentativa.

- En esa misma línea, se han sugerido valiosos esquemas para representar e ilustrar el modo en que los argumentos se encadenan en el razonamiento judicial, instrumentos que permiten detectar con mayor facilidad las fallas o deficiencias que puedan existir en tales encadenamientos y constatar también del modo más gráfico los puntos en los cuales el juez toma partido por una u otra línea argumental. Traducir el análisis de sentencias a tales esquemas resulta un ejercicio sumamente clarificador y ayuda a hacerse cargo de la complejidad del proceso²⁷.

- En el tratamiento de los diversos métodos o argumentos que el juez utiliza para interpretar o integrar la ley se está consiguiendo salir del pseudo-tecnicismo con que estas cuestiones venían siendo tratadas por la metodología jurídica y que hacía pensar que se hablaba de técnicas asépticas e indiscutibles, como caídas del cielo o de una razón jurídica universal que nació con los romanos y no ha cesado de mostrarse. A ese propósito son fundamentales cosas tales como la constatación de que detrás de cada método o argumento consolidado entre los juristas existe un sustrato valorativo²⁸, un fundamento en ciertos valores a los que cada método sirve, de modo que la recta utilización de cada uno supone tomar conciencia de ese su trasfondo axiológico. Esto lleva a superar aquel pseudo-tecnicismo, por cuanto que pone de relieve que las opciones metodológicas nunca son “inocentes” y que no se correlacionan solamente, como tantas veces se ha dicho con acierto, con una determinada concepción del Derecho, sino también con ideologías jurídico-políticas diversas. La discusión, por ejemplo, entre partidarios de la letra o del “espíritu” de la ley, por mencionar un ejemplo de los más simples, es en el fondo una discusión con muy profundas implicaciones políticas y de modelo de Estado²⁹.

26. Como dicen Koch y Rüssmann, “todas las premisas necesitan, a su vez, una justificación y ésta ha de desarrollarse en los correspondientes subrazonamientos (*Nebenschemata*)” (op.cit. p. 118).

27. Piénsese, como ejemplo de esto, en las aportaciones de Manuel Atienza. Véase M. Atienza, *Las razones del Derecho*, cit., pp. 235ss; *Derecho y argumentación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 69ss. Desde otra perspectiva, interesante también, J.C. Hage, *Reasoning with Rules*, Dordrecht, Kluwer, 1997, especialmente pp. 78ss.

28. Véase, por ejemplo, R. Alexy, “Juristische Interpretation”, en R. Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., pp. 84ss; E. Dichiotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Turín, Giappichelli, 1999, pp. 494ss.

29. Sobre esto último, cfr. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 275ss.

- También va quedando claro que al hablar de los referidos “métodos” no se está usando una noción teórica neutra, sino que se puede entender por tales, cosas bien distintas y que con ello se hace una radiografía diversa de lo que su uso significa y de las exigencias que ha de satisfacer el juez que los utiliza. Para la metodología jurídica de orientación más tradicional, los métodos que en la práctica jurídica se emplean (pensemos, como ejemplo más fácil, en los métodos o “cánones” de la interpretación) son algo similar a instrucciones técnicas o instrucciones de uso, de modo que cuando se siguen esas instrucciones conducen sin más a un resultado correcto y objetivo. En el polo opuesto se sitúan las corrientes irracionalistas, que no ven en tales métodos y cánones otra cosa que artificios retóricos con los que el juez encubre sus verdaderos motivos y las razones que no puede ni quiere confesar. También aquí se detecta un cierto punto medio en los teóricos de la argumentación. Los métodos en cuestión no serían ni una cosa ni otra de las dos mencionadas, serían argumentos consolidados en la práctica, generalmente admitidos y utilizados, que se justifican por su correspondiente sustrato valorativo. Ese sustrato y la práctica de su uso impedirían que cualquier método pueda emplearse de cualquier manera o para cualquier cosa, además de que explicarían por qué unos métodos se entienden admisibles y otros se considerarían de todo punto rechazables. Pero tampoco la utilización de uno de esos métodos acreditados es, sin más, garantía de solución correcta e indubitada. Esos métodos son argumentos que, recta y coherentemente utilizados, conducen a soluciones admisibles o correctas *prima facie*. Esto quiere decir varias cosas. En primer lugar, que no basta echar mano de un método determinado de los que se admiten, sino que es necesario argumentar también por qué la preferencia por ese método y no por otro de los que, también admitidos, pudieran llevar a una solución distinta. La utilización pertinente de un método conlleva una presunción favorable en cuanto a la corrección de la correspondiente decisión, pero no una garantía total de ausencia de arbitrariedad o de deficiente justificación. Y, en segundo lugar, utilizar racionalmente uno de esos métodos o argumentos implica argumentarlo, acreditar argumentativamente cada uno de los pasos, de modo que nunca puede bastar su mera mención, su simple invocación.

¿Cómo debería abordarse la teoría de los argumentos jurídicos que echamos en falta?. Aquí sólo podemos hacer unas muy elementales consideraciones sobre los principios generales de su diseño.

Ante todo, es perentorio forjar un instrumental conceptual y analítico más complejo y completo que el habitual, y que sirva para dar cuenta adecuada de los distintos fenómenos y momentos que

acontecen en el razonamiento jurídico de aplicación del Derecho³⁰. Sobre esa base, el siguiente paso tendrá que ser superar las etiquetas genéricas con que se habla de métodos o argumentos de la interpretación y aplicación del Derecho, a fin de, por un lado, diferenciar convenientemente entre las distintas funciones y el diferente modo de operar de los mismos, y, por otro lado, realizar un estudio preciso y minucioso de la estructura, condiciones de uso y exigencias argumentativas de cada uno de tales argumentos.

Cuando hablamos de los métodos o argumentos habituales y admitidos como guía de la decisión judicial, se suele caer en los defectos comunes de la metodología clásica, pues no se distingue suficientemente el distinto papel que cada uno cumple. Es de la mayor importancia que se comience por diferenciar de modo claro qué métodos o argumentos cumplen un papel propiamente interpretativo y cuáles sirven a la creación de normas nuevas, y esto implica partir de un concepto de interpretación suficientemente preciso y ajustado, lo cual no es precisamente frecuente en numerosos tratadistas actuales.

En segundo lugar, no se puede perder de vista que cualquier intento de establecer una jerarquía u orden estricto y fundamentado de preferencia entre los distintos argumentos, para el caso en que compitan, implica una toma de postura jurídico-política de la mayor importancia, sin la cual toda propuesta teórica se termina difuminando en una mera enumeración de argumentos que no puede evitar hacer importantes concesiones a la dimensión puramente retórica de la argumentación jurídica. Ciertamente los teóricos de la argumentación han propuesto tales jerarquizaciones de los argumentos, pero a menudo el propio planteamiento "argumentativo" conduce a una considerable oscuridad, pues es común que se entienda que la preferencia de un tipo de argumentos es una preferencia *prima facie*³¹, es decir, en tanto no existan buenos argumentos para alterarla. Si no se despliega una exigente explicación de cómo puede acontecer de modo justificado tal alteración argumentativa del orden de preferencias o una lista bien articulada de la índole de tales excepciones, cunde la sensación de que las valoraciones en juego acaban careciendo de control.

En tercer lugar, conviene realizar un estudio pormenorizado del modo en que opera cada argumento, atendiendo sobre todo a los elementos de cada uno que presuponen juicios necesitados de un más estricto fundamento argumentativo. El valor justificatorio de un argumento de los que estamos hablando no puede consistir en su mera

30. A este propósito ha habido muy interesantes propuestas recientes, aunque no siempre provenientes de partidarios de la teoría de la argumentación, como son las obras de Hernández Mirín y E. Dicciotti. Véase R. Hernández Mirín, *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999; E. Dicciotti, *op.cit.*

31. Véase R. Alexy, "Juristische Interpretation", *cit.*, pp. 89-91.

mención, sino en su uso acorde con exigencias argumentativas máximas.

En cuarto lugar, es necesario operar con una clasificación de tales métodos o argumentos suficientemente rica como para dar cuenta de la distinta función que cada uno cumple. Es frecuente, por ejemplo, hablar de los argumentos o métodos interpretativos tratándolos como si todos ellos contribuyeran de la misma forma a sentar positivamente un significado de la disposición que se interpreta. Sin embargo, no todos funcionan de la misma manera. Por ejemplo, mientras unos aportan referencias o criterios para afirmar un determinado significado, otros desempeñan una función meramente negativa, descartando significados de los que con los otros argumentos se proponen.

Podría continuarse con la enumeración de tareas pendientes. Pero basta lo dicho para sugerir que resultaría atrevido pensar que la teoría de la argumentación jurídica constituye un cuerpo doctrinal acabado y definitivo. Más bien queda casi todo por hacer. Y, si no se hace, dentro de unas décadas sólo quedará el recuerdo de una doctrina surgente pero que no fue más que una moda pasajera.

GUIA DE LECTURA No. 4.

Curso: Interpretación y Argumentación Jurídica.

Texto: La Teoría de la Argumentación Jurídica: Logros y Carencias.

Autor: Dr. Juan Antonio García Amado.

OBJETIVOS.

Después de la lectura y desarrollo de la presente guía, el capacitando podrá:

- Analizar cuál es la relación que hay entre la Lógica y el Derecho.
- Explicar cómo las teorías de la argumentación jurídica tratan la problemática de la razón práctica aplicada a la decisión jurídica.
- Enunciar cuáles han sido los “logros y las carencias” de las actuales teorías de la argumentación jurídica.

INDICACIONES.

Realice una lectura minuciosa del texto en referencia, responda a las preguntas que se le formulan y a las actividades propuestas.

ACTIVIDADES.

Desarrolle el siguiente cuestionario:

1. ¿Cuál ha sido el aporte de las teorías de la argumentación jurídica?
2. Identifique la tesis de las posturas extremas sobre la relación Lógica y Derecho.

POSTURA	TESIS QUE SOSTIENE
Logicistas	
Antilogicistas	

3. ¿Cómo surge el malentendido de las relaciones Lógica-Derecho?
4. ¿Por qué se califica de “formalistas ingenuas” a la Escuela de la Exégesis y a la Jurisprudencia de Conceptos?
5. ¿Por qué se dice que la crítica al formalismo metodológico del s. XIX “erró el tiro” en la relación Lógica-Derecho?
6. ¿Por qué se señala a Viehweg y Perelman como responsables de algunos de los “excesos” de la crítica elaborada en contra del Formalismo jurídico sobre la relación Lógica-Derecho?
7. ¿En qué sentido la actual teoría de la argumentación jurídica ha roto la dicotomía “materia” y “forma” del razonamiento jurídico?
8. ¿En qué sentido los cultores de la Lógica contribuyeron a maximizar la aplicación del pensamiento lógico-formal al razonamiento jurídico?
9. ¿Cuál es la síntesis asumida actualmente tanto por lógicos como teóricos de la argumentación respecto a la estructura del razonamiento decisorio?
10. ¿Qué valor se le asigna a la lógica en el Derecho salvadoreño al establecerse el motivo de casación del Art. 362 No. 4 CPP?
11. Señale cuál es la tesis sostenida por las doctrinas siguientes en materia de razón práctica aplicada a la decisión jurídica.

DOCTRINA	TESIS
Irracionalista	
Racionalista elemental	

12. ¿Dónde se sitúan las teorías de la argumentación jurídica en materia de razón práctica aplicada al Derecho?. ¿En qué sentido se diferencian de los “racionalistas elementales”?
13. Explique el significado de las características del modelo de racionalidad práctica de las teorías de la argumentación jurídica actuales.

CARACTERISTICA	SIGNIFICADO
Carácter dialógico	
Carácter consensual	
Carácter procedimental	

14. ¿En qué se diferencian las “doctrinas estándar de la argumentación jurídica” respecto al fundamento de las reglas de argumentación racional?
15. Señale las tesis, críticas y réplicas generadas a raíz del análisis de la racionalidad de la sentencia judicial.

TESIS DE ALEXY	CRÍTICA DE GÜNTHER Y HABERMAS	RÉPLICA DE ALEXY	CRÍTICA A LA RÉPLICA

16. Señale las aportaciones y carencias de las teorías de la argumentación jurídica en cuanto a la teoría de la decisión racional.

APORTES	CARENCIAS

17. ¿Considera usted que hay diferencia entre una teoría de la argumentación jurídica y una “teoría de los argumentos” que propone el autor?. Fundamente su respuesta.
18. Indique si los “avances fragmentarios” que contribuirían, según el autor, a una teoría de los argumentos se han alcanzado en la realidad jurídica salvadoreña.

AVANCE FRAGMENTARIO	MANIFESTACIÓN EN LA REALIDAD SALVADOREÑA

19. ¿Cuáles serían los principios generales del diseño de una “teoría de los argumentos”?. ¿Qué otros incluiría usted?.