

Del método jurídico a las teorías de la argumentación

JUAN ANTONIO GARCIA AMADO
Oviedo

1. PLANTEAMIENTO: CRISIS DE LA METODOLOGIA JURIDICA POSITIVISTA.

En la actual literatura jurídica vemos cómo se simultanean con frecuencia las referencias a la metodología y a la teoría de la argumentación jurídica. Se trata de dos materias que han de entenderse emparentadas, por cuanto que tienen por objeto una misma problemática: la aplicación del derecho, la decisión jurídica como resultado del enjuiciamiento de un hecho concreto a la luz de las determinaciones normativas del ordenamiento jurídico.

Se ha dicho que tal fluctuación de las denominaciones, entre metodología jurídica y teoría de la argumentación, es mera cuestión de modas (1). De que efectivamente es así parece dar testimonio el hecho de que a menudo planteamientos metodológicos muy similares se presentan bajo una u otra de estas denominaciones, entremezclan ambas o, incluso, se acogen a otras, como la de teoría del razonamiento jurídico.

Se habla hoy en día de la existencia de una tal diversidad de enfoques que resultaría imposible referirse con propiedad a algo así como «la» metodología jurídica, y se ha dicho que la consecución de una teoría metodológica básicamente unitaria no se logrará por la adición de nuevas teorías al conjunto de las ya existentes, sino que lo primero que se necesitaría sería el tratamiento expreso y abierto de las cuestiones de base tácitamente presupuestas en las distintas doctrinas sobre el método (2).

(1) En tal sentido K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 507; F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Viena-Nueva York, Springer, 1982, p. 21, n. 47; W. KRAWIETZ, *Recht und Rationalität in der modernen Systemtheorie*, en *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, p. 741.

(2) J. SCHMIDT, «Begründung». *Einige Probleme eines rechtstheoretischen Problems*, en *Recht und Gesellschaft. Festschrift für Helmut Schelsky zum 65 Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 1978, pp. 550-551.

Aun a riesgo de simplificar en exceso, se podría decir que lo que preside el tratamiento teórico de estos temas en las últimas décadas es la crisis de los postulados metodológicos centrales del positivismo jurídico y el intento por parte de toda una serie de nuevas teorías, agrupadas bajo nombres diversos, pero con una serie de rasgos comunes que iremos viendo, de proporcionar criterios y reglas metódicas que eviten la conclusión escéptica, ligada a los últimos estadios de aquella crisis, de que quien enjuicia un hecho y decide en sede jurídica realiza, en última instancia, una pura opción arbitraria entre alternativas posibles, opción que no sería susceptible de auténtico control (3).

Como dice Abraham Edel (4), en el pasado en modelo de lo racional ha sido el sistema deductivo, acorde con un modelo de conocimiento científico que encontraba la máxima pureza y objetividad del saber en la matemática pura y en el esquema axiomático. Frente a esto, la progresiva penetración en el campo de la teoría jurídica de una visión de la ciencia y del conocimiento más consciente de las «impurezas» políticas, axiológicas, metafísicas incluso, que acompañan y determinan la evolución de la ciencia, incluso en el caso de las ciencias naturales, ha dado lugar a la crisis de lo que Adomeit denomina el «determinismo jurídico» (5).

La progresiva conciencia del carácter irreal de la metodología ligada a la teoría de la subsunción llevará a la formulación en la doctrina metodológica de propuestas como la de que es el sentimiento jurídico el que en última instancia dicta la decisión, o que ésta depende de factores no sólo emocionales, sino incluso fisiológicos (la famosa *digestion theory* del realismo americano), o que se ha de buscar la fuente última de su legitimidad en su consonancia con postulados morales trascendentes del sistema de las normas positivas.

Frente a esta caótica situación, una serie de teorías comparten a partir de los años cincuenta el intento de rescatar la práctica jurídica de los peligros de la arbitrariedad, tratando de proporcionar un fundamento que pueda pretenderse intersubjetivamente válido y plausible para las valoraciones concurrentes en la determinación de la decisión jurídica. A partir de estos momentos, una serie de teorías heterogéneas participarán de un punto de partida común: allí donde no es posible la obtención de verdades o certezas como consecuencia de meras operaciones lógicas, de la aplicación del método científico-natural, de intuiciones valorativas o de

(3) Del repliegue del positivismo hacia una metodología que lo sea únicamente de la ciencia del derecho y que deja de lado la posibilidad de control efectivo sobre la labor valorativa del juez que aplica el derecho, da buena muestra la Teoría Pura del Derecho, en particular la doctrina kelseniana de la interpretación.

(4) A. EDEL, *Limits under a Non-Rationalistic Rationality*, en «Rechtstheorie», Beiheft 8, 1981, p. 101.

(5) K. ADOMEIT, *Methodenlehre und Juristenausbildung*, en «Zeitschrift für Rechtspolitik», 3, 1970, p. 176.

la pura emotividad, se impone partir de la necesidad de construir permanentemente los criterios prácticos de lo justo en un proceso social de participación y diálogo, de constante intercambio de razones y justificaciones, de *argumentación*, de modo que se abra la posibilidad de que las valoraciones se legitimen por su sintonía con el sentir general de cada momento, con los criterios de una racionalidad práctica en continuo fluir en el seno del grupo social.

Previa y simultáneamente otras teorías, principalmente la Jurisprudencia de intereses y la Jurisprudencia de valoraciones, muestran cómo el juez está siempre abocado a sopesar en su decisión algo más que los puros términos normativos, y que es este *prius* de intereses y valores sociales a que el derecho sirve lo que justifica tanto las normas positivas como la necesidad de su permanente actualización por el juez. Lo que las teorías de la argumentación y afines pretenderán será ir aún más allá y ofrecer pautas justificativas de la racionalidad para los criterios rectores de esa ponderación judicial, de esa opción entre intereses y valores enfrentados que se pueden acoger a la protección de un mismo sistema normativo. Heck trataba de salvar el hiato entre ley y decisión judicial mediante la referencia a la «obediencia pensante» del juez (6). Las teorías a que aludiremos no tratarán tanto de negar esa obediencia como de partir de su insuficiencia. Los términos legales señalan sólo un marco más o menos amplio dentro del que la decisión ha de recaer (7), es la suya una función meramente limitativa (8). Aun cuando se respete la ley, ésta deja siempre un margen decisorio, por la necesidad de que sea interpretada, por la existencia de lagunas, por la selección y calificación de los hechos que se enjuician, etc. Es la presencia de la arbitrariedad en estos momentos en que las valoraciones del que decide son dirimientes lo que se trata de evitar.

Como dicen Aarnio, Alexy y Peczenik, se parte del entendimiento de que no es de hecho posible ningún procedimiento de producción estatal del derecho que pueda ofrecer en todo momento a los sometidos al derecho y a los encargados de aplicarlo normas capaces de resolver cada cuestión jurídica, de modo tal que a partir de tales normas se pueda fundamentar como irrefutable una decisión, ya sea porque ésta se siga lógicamente de las normas conjuntamente con premisas empíricas o con ayuda del «método jurídico». La existencia de casos en los que conforme a un mismo material normativo son posibles diversas decisiones justificaría la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica apta para colmar esta laguna en la racionalidad de la prác-

(6) PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (ed. de R. Dubschar). Bad Homburg vor der Höhe, Gehlen. 1968. p. 174.

(7) Ver, por ejemplo, W. KILIAN, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung*, Frankfurt/M., Athenäum. 1974. p. 124.

(8) Se trata de la *Grenzfunktion* de que habla Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlin, Duncker & Humblot, 2.^a ed., 1976, p. 153.

tica jurídica (9). En el momento en que la idea de una única decisión jurídicamente correcta se revela ilusoria se plantean, como señala Büllesbach, dos cuestiones principales. Por un lado, la constatación de que la decisión no es unívocamente determinada ni por la Ley ni por otros criterios normativos lleva a preguntarse «qué otros factores son significativos para la decisión». Por otro lado, se plantea como problema la fundamentación de la decisión. Si la corrección de la decisión no se determina plenamente por factores normativos habrá que buscar en su fundamentación las razones que avalen la opción decisoria que se haya tomado. Y fundamentar una decisión es una actividad argumentativa: «Si el silogismo jurídico clásico (...) por sí solo no es capaz de proporcionar un adecuado esquema de la argumentación se plantea la pregunta acerca de qué argumentos y qué valoraciones son capaces de legitimar una decisión (...), esto es, en general: cómo se argumenta efectivamente» (10). Con la teoría de la argumentación jurídica se trata de lograr «una teoría que fundamente, justifique y limite el proceder argumentativo de la praxis» (11).

En estas teorías actuales el objeto central del análisis es la concreta actividad decisoria de la práctica jurídica, y la cuestión principal a la que se trata de responder es la de cuáles sean los criterios que puedan asegurar su objetividad y racionalidad. La reflexión gira en torno a la tensión siempre existente entre «decisión» y «justificación», entre lo que es imposición autoritaria de una opción y lo que es el intento de conciliar esa dimensión con la pretensión de objetividad intersubjetivamente aceptable, esto es, la pretensión de que la decisión sea racional (12).

2. PRIMEROS PASOS DE LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA: PERELMAN Y VIEHWEG.

De teoría de la argumentación en general comienza a hablarse en el sentido actual a fines de los años cincuenta, merced a dos obras cuya influencia en este campo se deja sentir hasta hoy: El *Traité de l'Argumentation* de Chaim Perelman y L. Olbrechts-Tyteca y *The Uses of Argument*, de Stephen Toulmin (13). El punto

(9) A. AARNIO, R. ALEXI, A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, en W. Krawietz (ed.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, pp. 53-54.

(10) A. BÜLLESBACH, *Sind sozio- und psycholinguistische Methoden zur Rekonstruktion von Gerichtsurteilen verfügbar?*, en ARSP, Beiheft NF 14, 1980, p. 128.

(11) W. HASSEMER, *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, en «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 2, 1972, p. 468.

(12) G. LUF, *Rechtsverwirklichung im Spannungsfeld von Entscheidung und Rechtfertigung*, en «Rechtstheorie», Beiheft 6, 1984, pp. 269-271.

(13) CH. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruselas, Editions de l'Université de Bruxelles, 3.ª ed., 1976 (1.ª ed., 1958). S. E. TOULMIN, *The Uses of Argument*, Cambridge, University Press, 4.ª ed. 1974 (1.ª ed. 1958).

de referencia frente al que las teorías de la argumentación se constituyen en esta primera época es el positivismo lógico y su afirmación de que no hay de los juicios más fundamentación racional que la que de los enunciados empíricos proporciona la verificación o falsación o de los analíticos proporciona la lógica formal. Las diversas teorías de la argumentación tratarán en lo sucesivo de mostrar cómo son posibles afirmaciones cuya racionalidad sea defendible aun cuando no sean susceptibles de contrastación empírica o expresen contenidos en el lenguaje ordinario. Frente a la deducción como única vía para la obtención de nuevos enunciados que puedan pretenderse racionales, se afirmarán la argumentación y su «lógica» propia como campo en que es posible la obtención de enunciados racionales sobre cuestiones valorativas, es decir, sustraídas a la determinación empírica de su verdad o falsedad (14).

Se parte del propósito de salvaguardar la posibilidad de un pensamiento valorativo racional y de la insuficiencia radical de la lógica y del método empírico para satisfacer tal necesidad. Sin embargo, variará la orientación de las diversas doctrinas que admiten ser encuadradas bajo la denominación de teorías de la argumentación. Perelman, por ejemplo, cifra la parte central de su obra en la descripción del tipo de recursos argumentativos utilizables para lograr en estas materias la adhesión del auditorio de que se trate; Toulmin desarrolla el esquema o esqueleto formal de la argumentación; y los intentos de Viehweg y quienes continúan su teoría tópica lo que hacen en realidad es mostrar la técnica de la invención o hallazgo de argumentos (15).

Circunscribiendo nuestra atención a las teorías de la argumentación jurídica, vemos cómo los primeros intentos de obtener criterios que garanticen la racionalidad de las opciones valorativas que en la aplicación del derecho acontecen desembocan en propuestas de un alto grado de inconcreción, como es el caso de las de Perelman, o se quedan en un análisis de los momentos previos a la opción decisoria, como ocurre con Viehweg.

2.1. Perelman y la Nueva Retórica.

Perelman se alineaba en 1945, en su estudio primero sobre la justicia, del lado de la teoría del positivismo lógico. Sostenía que no hay más criterio racional acerca de qué sea lo justo que el

(14) Indicaciones valiosas respecto a este propósito originario pueden verse en K.-H. GÖTERT, *Argumentation. Grundzüge ihrer Theorie im Bereich theoretischen Wissens und praktischen Handelns*, Tübingen, Max Niemeyer, 1978, pp. 1 ss.; U. BERK, *Konstruktive Argumentationstheorie*, Stuttgart, Frommann-Holzboog, 1979, pp. 190 ss.; H. W. JOHNSTONE, *Theory of Argumentation*, en: R. Klübsky (ed.), *La philosophie contemporaine*, Florencia, 1968, vol. 1, pp. 177 ss.

(15) Un tratamiento comparativo de estos autores puede verse en K.-H. GÖTERT, op. cit., pp. 10 ss.

postulado formal de que cada enjuiciamiento se siga de una regla general y que los valores subyacentes a cualquier regla de justicia no son racionalmente fundamentables, pues «no hay valor que no sea lógicamente arbitrario» (16).

En un segundo momento trata Perelman de trascender esta postura escéptica y busca la forma de poder dotar de justificación racional a las opciones por unos sistemas de valores frente a otros. La primera conclusión al respecto sigue siendo que es imposible encontrar para ello principios incontestables. De lo que se tratará será de elaborar «una lógica de los juicios de valor», no a partir de los principios de la lógica formal, sino «a partir de un examen detallado de la manera cómo los hombres razonan efectivamente sobre los valores». Se desarrolla, así, una teoría de la *argumentación*, complementaria de la teoría de la demostración, objeto esta última de la lógica formal» (17). Esto es lo que Perelman pretende haber llevado a cabo en el *Traité de l'Argumentation*.

Este tratado lleva como subtítulo *La nouvelle rhétorique*, por cuanto Perelman piensa haber encontrado en la retórica aristotélica el esquema básico que, convenientemente actualizado y completado, puede servir para mostrar esa pretendida lógica de los juicios de valor.

En este campo, en que no existen pruebas concluyentes de lo verdadero y lo falso, las decisiones se siguen de un proceso argumentativo. Lo que de modo terminante no se impone por la experiencia o la demostración lógica se ha de justificar. Y «justificar una proposición o una regla es justificar el hecho de adherirse a ella o de enunciarla en un momento dado; es, pues, justificar un comportamiento» (18). El discurso práctico está siempre orientado a la acción y a lograr para los principios o reglas rectoras de ésta el asentimiento de los demás.

Tres conceptos desempeñan en el marco de esta teoría un papel central: el de auditorio y la diferenciación entre persuadir y convencer.

Si se argumenta en cada cuestión práctica con vistas a motivar una acción o a obtener el asentimiento para una actuación determinada, la configuración de la argumentación dependerá en buena medida del tipo y el número de los sujetos de los que ese asentimiento se pretende. A esos destinatarios del discurso justificativo en cada caso los llama Perelman «auditorio»: «el conjunto de aquellos sobre los cuales el orador quiere influir mediante su argumentación» (19).

Es evidente que el orador dispondrá su discurso en función del respectivo auditorio, cuya aquiescencia se busca, pues «el cono-

(16) CH. PERELMAN, *De la Justice*, Bruselas, 1945, recogido en CH. PERELMAN, *Justice et raison*, Bruselas, Presses Universitaires, 1963, p. 75.

(17) CH. PERELMAN, *Cinq leçons sur la justice*, en CH. PERELMAN, *Droit, morale et philosophie*, París, LGDJ, 2.ª ed. 1976, p. 48.

(18) *Ibidem.* pág. 49.

(19) CH. PERELMAN, *Traité de l'Argumentation*, cit., p. 25.

cimiento de aquellos a los que se pretende ganar es una condición previa de toda argumentación eficaz» (20). Hay una permanente interacción entre orador y auditorio, de forma que aquél se adapta a éste y al mismo tiempo va conformándolo por medio de la argumentación misma. Mas, si a esta configuración de cada argumentación de modo relativo al auditorio se suma la circunstancia de que el orador dispone de un amplio arsenal de recursos argumentativos, tendentes a lograr sobre el respectivo auditorio el efecto deseado, y de que en cada caso elegirá de entre ellos los más eficaces (21), cabe preguntarse: ¿cuándo se podrá decir, si es que se puede, que la argumentación es racional o da lugar a un consenso entre el auditorio que pueda tenerse por racional?

Aquí es donde distingue Perelman entre persuadir y convencer. Persuasiva es la argumentación «que sólo pretende valer para un auditorio particular», mientras que convincente es aquella que se pretende apta para «obtener la adhesión de todo ser de razón» (22), es decir, del «auditorio universal». Sólo esta argumentación que se orienta a lograr la convicción del auditorio universal puede pretenderse racional. La otra, la dirigida a persuadir en un determinado sentido a un auditorio particular, tendrá un valor puramente instrumental, ligado a la justificación o defensa de intereses particulares o de grupo, ideologías, etc., pero jamás podrá pretender imponerse frente a todos como la que mejor se compadece con una razón objetiva. «El discurso dirigido a un auditorio particular tiende a persuadir, mientras que el que se dirige al auditorio universal tiende a convencer». Y añade Perelman: «Un discurso convincente es aquel en el que las premisas y los argumentos son universalizables, es decir, aceptables, en principio, para todos los miembros del auditorio universal» (23).

El prototipo de argumentación racional es, por lo que acabamos de decir, el de la argumentación filosófica, en cuanto que se representa su auditorio inmediatamente como constituido por todos los sujetos razonables (24). Hay aquí, por tanto, un primer interrogante respecto del grado de racionalidad posible en aquellas argumentaciones que, como en el caso de la jurídico-práctica, se dirigen a auditorios particulares.

El problema de la indefinición del criterio de racionalidad de la argumentación se acentúa si tenemos en cuenta que la remisión al auditorio universal no sirve como baremo que ofrezca una referencia firme y constatable, sino que se trata de una pura construcción ideal, de una idea regulativa a la que tendencialmente se acercarán ciertas construcciones argumentativas en razón del grado de generalidad con que sus premisas se formulen y sin que el

(20) *Ibidem*, p. 26.

(21) *Ibidem*, p. 30 ss.

(22) *Ibidem*, p. 36.

(23) CH. PERELMAN, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Paris, J. Vrin, 1977, p. 31.

presunto acuerdo universal del que serían susceptibles pueda encarnar en ninguna forma de consenso efectivamente mensurable. Al hablar del acuerdo del auditorio universal, dice Perelman que «se trata evidentemente en este caso no 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». Y añade: «*el acuerdo de un auditorio universal no es una cuestión de hecho, sino de derecho*» (26).

Si la posibilidad de predicar la racionalidad de un juicio práctico se encuentra ante estas limitaciones cabe preguntarse qué relación tiene con la cuestión de la racionalidad y en qué consiste en campos como el de la práctica jurídica esa teoría de la argumentación, concebida como nueva retórica y que, según Perelman, «cubre todo el campo de la argumentación tendente a convencer o a persuadir, *cualquiera que sea el auditorio al que se dirija y cualquiera que sea la materia de la que se trate*», y cuyas peculiaridades en disciplinas singulares pueden ser estudiadas en razón de las particularidades de éstas y del tipo de su auditorio. Es de esta forma como Perelman afirma la posibilidad de elaborar tanto una lógica jurídica como una lógica filosófica, «que no serían sino aplicaciones particulares de la nueva retórica al derecho y a la filosofía» (27). Mas, curiosamente, y esto no lo dice Perelman, en un caso, el segundo, se trataría de la lógica de un discurso racional y en el otro, de la de un discurso que no merece tal nombre, en cuanto que no se orienta sino a la persuasión de un auditorio particular.

En realidad nos encontramos con que la lógica de discursos como el jurídico no parece consistir sino en el hábil empleo de una serie de recursos retóricos, tendentes a mover al auditorio a adherirse a una tesis, de modo que la estructura toda del discurso se determina en función de esta su instrumentalidad (28). Y de la descripción y el mejor uso posible de estos recursos retóricos habla Perelman fundamentalmente en el *Traité de l'Argumentation*. Mientras tanto, de la supuesta lógica de la filosofía, es decir, del discurso racional por excelencia, no trata sino mediante vagas referencias a la universalidad con que presenta sus premisas o al

24) CH. PERELMAN, *Traité de l'Argumentation*, cit., p. 41.

(25) O. WEINBERGER, *Jurisprudenz zwischen Logik und Plausibilitätsargumentation*, en O. WEINBERGER, *Logische Analyse in der Jurisprudenz*, Berlín, Ducker & Humblot, 1979, p. 51.

(26) CH. PERELMAN, *Traité de l'Argumentation*, cit., p. 41 (subrayado en el original).

(27) CH. PERELMAN, *L'empire rhétorique*, cit., p. 19.

(28) Dice PERELMAN (*Jugements de valeur, justification et argumentation*, en «Revue Internationale de Philosophie», 58, 1961, p. 334) que lo que se califica como «lógica de los juicios de valor se extrae a partir del análisis de diversas formas de justificación (téngase en cuenta que Perelman entiende aquí «justificación» como contrapuesta a «demostración»). Esta lógica no formal —añade— no es otra cosa que la *técnica* de la argumentación» (el subrayado es nuestro).

hecho de que se representa su auditorio como constituido por la humanidad entera.

El mismo Perelman reconoce que la argumentación jurídica difiere por los condicionamientos prácticos a que está sometida del tipo de argumentación racional encarnado por la filosofía (29). Obviamente se apoya en un principio rector expresado en términos generales, como son las normas positivas, pero éstas no son capaces de presentarse como premisas indubitadas, de las que la decisión se siga deductivamente. La estructura silogística de la decisión no garantiza la racionalidad en la conformación de las premisas: «el papel de la lógica formal es hacer que la conclusión sea solidaria con las premisas, pero el de la lógica jurídica es mostrar la aceptabilidad de las premisas» (30). Es en la configuración de las premisas donde el juez interviene de modo decisivo, en la interpretación de la ley, en el colmado de lagunas, en la calificación de los hechos, en la apreciación del valor de las presunciones y pruebas, etc. (31). Y es respecto de estos aspectos de la práctica donde falta en la obra de Perelman la indicación de criterios controlables de racionalidad de la actuación valorativa del juez. Se conforma con referencias a lo que su sentido de la equidad le muestre como social y moralmente más deseable (32). Lo que la teoría de Perelman no pone de manifiesto es, precisamente, la cuestión central de cómo se ha de concebir u orientar ese sentimiento particular de la equidad para que pueda ser tenido por racional y no mera expresión de emociones subjetivas. Al respecto se contienen en su obra únicamente referencias a la necesidad de que tanto el legislador como el juez no han de decidir «lo que personalmente les parezca justo, sin tener en cuenta las aspiraciones del público del que su poder emana». Al respecto hace suyas Perelman las palabras de C. J. Friedrich en el sentido de que «el acto más justo es el acto que es compatible con el mayor número de valores y de creencias, teniendo en cuenta su intensidad». Añade Perelman 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 leyes (33).

Con todo esto parece introducirse un nuevo elemento de confusión, pues no queda claro si lo que hace racionales las valoraciones que subyacen a la decisión es su coincidencia efectiva con las opiniones sociales, con lo que el problema de la racionalidad se ha de resolver en última instancia con datos empíricos, cuyos modos de obtención por el juez Perelman no menciona; o si, por el contrario, es la aproximación de la argumentación judicial con-

(29) CH. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979 (trad. de Luis Díez-Picazo), pp. 162 ss.

(30) *Ibidem*, p. 232.

(31) CH. PERELMAN, *Le raisonnement juridique*, en *Droit, morale et philosophie*, cit., p. 100.

(32) *Ibidem*.

(33) CH. PERELMAN, *Cinq leçons sur la justice*, cit., p. 54.

creta al modelo ideal de la argumentación lo que determina el grado de racionalidad posible de las valoraciones justificadas por el juez mediante la argumentación. Sobra decir que en este caso el control efectivo de la racionalidad de la argumentación jurídica práctica presenta aún mayores dificultades, salvo que se reduzca la cuestión a consideraciones puramente formales, como la de los términos generales o particulares con que se presentan las consideraciones valorativas, o como la composición del auditorio al que tal argumentación pretenda dirigirse. En este caso la racionalidad posible será también puramente formal y faltará aquello precisamente que se pretendía hallar: un fundamento objetivo para la justificación racional de valoraciones.

2.2. *Viehweg y la tópica jurídica.*

En 1953 publica Theodor Viehweg la primera edición de su *Topik und Jurisprudenz* (34), que se presenta como crítica radical del supuesto papel que las ideas de sistema axiomático y lógica deductiva jugarían en el método jurídico del positivismo, y como intento de proponer como cuadro teórico explicativo del tipo de proceder que se lleva a cabo al aplicar el derecho el mostrado por la tópica aristotélica y sus desarrollos por Cicerón y otros, hasta Vico.

La aplicación del derecho sería un caso prototipo de la clase de pensamiento que se orienta al problema como fuente primaria para la obtención de la solución, frente a cualquier tipo de pensamiento que se oriente a un sistema preestablecido de verdades apodícticas, de las que se siga, sin más, la verdad de una conclusión, de la que deberá salir la solución que para el problema se pretende. Los tópicos son argumentos, puntos de vista susceptibles de ser utilizados en una pluralidad de contextos diferentes, como recurso justificativo de la toma de postura en pro o en contra de una determinada solución. Serían, conforme a la definición ciceroniana, *sedes e quibus argumenta promuntur* y la tópica constituiría *ars inveniendi*, técnica o arte de la obtención de argumentos. Será a la luz de cada específico problema como se determinará qué tópicos son en cada caso susceptibles de invocación argumentativa.

El derecho constituye, para Viehweg, un campo dominado por el modo de pensar tópico, por cuanto que la solución de problemas concretos que en la decisión jurídica se lleva a cabo está marcada por la presencia de lo que llama la «aporía fundamental»: qué sea lo justo aquí y ahora. Esta situación aporética del pensamiento jurídico obedece a la imposibilidad de que pueda constituirse con el derecho ninguna forma de sistema axiomático

(34) TH. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, Beck, 1953, 5.ª ed., 1974.

de preceptos o principios, del que las soluciones para cada caso se sigan mediante una pura operación deductiva dentro del sistema. Un sistema tal, ajeno a toda discusión, es imposible, no sólo porque el método tópico de discusión estaría presente ya previamente a él en la elección de sus axiomas, sino porque exigiría una perfecta formalización del lenguaje jurídico, que evitase la necesidad de su interpretación para la decisión de cada caso. La constante presencia de la cuestión acerca de qué sea para cada caso lo justo lleva a Viehweg a sostener que las premisas para la decisión se obtendrán a partir del catálogo de tópicos disponibles, ya sean generales o específicamente jurídicos (35), que el criterio que rige la legitimación de tales premisas como adecuadas será la aceptación de los interlocutores y que la discusión es la única instancia de control.

El amplio eco de esta obra de Viehweg posiblemente se explique más por la originalidad de sus planteamientos al rescatar la tópica y por la radicalidad de su crítica a los intentos de extender al campo del método jurídico los esquemas de la lógica deductiva y del método axiomático, que por ofrecer propuestas concretas que solucionen los principales interrogantes que para la metodología jurídica se plantean a partir de tales críticas. Hay en Viehweg anticipaciones de muchas de las que serán posteriormente ideas centrales de las teorías de la argumentación jurídica, como la insistencia en el diálogo y la discusión como fuente de la legitimación para los criterios valorativos que rigen la decisión, la remisión a un cierto consenso de los más o los más sabios respecto a la aptitud de los argumentos en litigio, etc.

Sin embargo, como propuesta metódica, parangonable a los intentos actuales de fundamentar la racionalidad de la decisión jurídica, la tópica adolece de una clara indefinición a la hora de fundamentar la racionalidad de las opciones últimas de quien decide. Contrariamente a lo que a primera vista podría parecer, el consenso no funciona en la teoría de Viehweg como criterio final de racionalidad de la decisión jurídica, sino como medio por el que se legitima la invocación como admisibles de los tópicos en litigio para la solución de un problema jurídico. Mas, como los tópicos no forman un sistema jerarquizado o axiomatizado, y puesto que para cada problema son invocados tópicos fundadores de propuestas de decisión contrapuestas, el consenso respecto a la admisibilidad de determinados tópicos como argumentos posibles no sirve, sin más, como criterio justificativo de la decisión última, de la opción final entre las decisiones que caben.

Creemos que tiene razón Kriele cuando dice que ningún defensor de la tesis de la tópica jurídica establece la relación entre

(35) Wiehweg da muy escasos ejemplos de tópicos jurídicos. El más amplio catálogo de los mismos lo presenta G. STRUCK, *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt/M., Athenäum, 1971, pp. 20 ss. Una exposición sistematizada de los mismos puede encontrarse en CH. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., pp. 119 ss.

los tópicos y la decisión jurídica final como si aquellos fueran determinantes por sí solos de la solución del problema. Serían meras propuestas de solución que se someten a discusión. El mismo autor señala que la cuestión acerca de la justificación de la opción por unos u otros de los tópicos sometidos a discusión es respondida por los defensores de la tópica de modo conscientemente vago (36).

3. ALGUNAS ORIENTACIONES COMUNES A LAS TEORIAS ARGUMENTATIVAS DEL METODO JURIDICO

A partir de estas primeras construcciones en torno a la idea de una teoría de la argumentación jurídica, van cobrando importancia, en palabras de Esser, los intentos de construir una «teoría de la praxis de la aplicación del derecho», orientada a lograr una «conciencia metodológica crítica» y que ponga como centro de sus consideraciones el problema de la racionalidad de las valoraciones presentes en tal práctica, en lugar de poner entre paréntesis la problemática valorativa, como solía hacer la metodología imperante (37).

El giro que marca esta nueva orientación metodológica puede ser indicado mediante el contraste con las posturas anteriormente imperantes respecto de una serie de puntos.

3.1. De la norma a la decisión.

La crisis de la visión del derecho positivo como perfectamente autosuficiente para determinar el resultado de su «aplicación» en todos sus extremos dejará paso a un mayor protagonismo teórico de la idea de decisión.

Si el juez realiza algo más que un mero silogismo al aplicar el derecho, ya que sus valoraciones intervienen de modo determinante a la hora de elegir las normas aplicables, de optar entre sus posibles interpretaciones, de seleccionar e interpretar los hechos, etc., hay que convenir en que dispone de un margen resolutivo, de decisión propiamente dicha (38) y que «no es pensable ningún tipo de objetividad jurídica exenta de valoración y decisión» (39).

Como dice Letizia Gianfromaggio, los modelos de justificación jurídica elaborados por la metodología más reciente pueden ser distinguidos por el peso que asignen a la norma en cuanto razón

(36) M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2.ª ed., 1976, pp. 151-152.

(37) J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, Tübingen, Mohr, 1956, pp. 7-8.

(38) S. JORGENSEN, *Norm und Wirklichkeit*, en «Rechtstheorie», 2, 1971, página 13.

(39) F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit., p. 134.

de la decisión (40). Pues bien, en el momento en que la decisión no es mera consecuencia de la norma, las ideas de objetividad y seguridad jurídica dejan su paso al tema de la racionalidad del elemento decisorio. Y este es precisamente el objeto expreso de las más innovadoras orientaciones metodológicas actuales y, concretamente, de las denominadas teorías de la argumentación. Ulfrid Neumann ha expresado con gran claridad los caracteres del nuevo enfoque, al decir que no constituye una mera cuestión teórica la de si la actividad del juez se ha de entender como actividad cognoscitiva o decisoria, pues «la respuesta a esta pregunta determina las necesidades de legitimación de la actividad judicial. El conocimiento de lo previamente dado no necesita legitimación; se legitima a sí mismo en cuanto conocimiento», mientras que cuando se trata de decisión carente de tal apoyo en lo dado se precisa justificación de la misma, para lo cual no servirá ya la coincidencia con algo previo, sino la aptitud para provocar el consenso (41).

3.2. Del conocimiento al consenso.

Reconocer la imposibilidad de total objetividad de las decisiones supone, si no se quiere hacer de ellas mero dominio de la arbitrariedad, recalcar la necesidad de «objetivizarlas», es decir, de mostrar argumentativamente su conveniencia, de fundamentarlas. A partir de este dato se operará en la teoría metodológica una compleja inflexión: la obtención de criterios que aseguren la racionalidad o corrección de la decisión ya no se hará depender de la conciencia individual de un sujeto cognoscente, sino de una construcción social entre sujetos interactuantes; y el lugar de la demostración, de la objetividad lógica o científica, pasará a ocuparlo la justificación. Hay un desplazamiento de perspectivas desde lo individual hacia lo social, desde el conocimiento hacia la acción y desde la lógica hacia la argumentación.

Ya no se entiende que el examen o estudio «científico» de las normas por parte del sujeto que está llamado a resolver un conflicto jurídico sea el modo de alcanzar para éste una solución que pueda reputarse como la verdadera o la única correcta. Ni que por vía intuitiva o similar le sea accesible ningún tipo de certeza racional respecto de los fundamentos valorativos de su decisión. La pauta para tal fundamentación sólo puede venir dada por un cierto consenso social, que se constituye y se actualiza en el marco de la comunicación entre los sujetos, de lo que hace ya bastantes años llamó Engisch la «suprasubjetividad» (42). A partir

(40) L. GIANFROMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milán, Comunità, 1983, p. 139.

(41) U. NEUMAN, *Rechtsontologie und juristische Argumentation*, Heidelberg, Decker, 1979, p. V.

(42) K. ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, München, Hueber, 1963, p. 19.

de esta orientación general cobra sentido la exigencia de que la teoría jurídica se presente prioritariamente como teoría de la acción y de la decisión, más centrada en la decisión jurídica racional que en el mero conocimiento del derecho positivo (43).

Desde el momento en que se reconoce la no idoneidad en estos ámbitos de la teoría positivista de la racionalidad, como racionalidad exclusivamente lógica o empírica, la tendencia predominante se orientará a buscar el fundamento de la racionalidad práctica en los principios pragmáticos de la convivencia social. Lógica y verdad dejan su lugar preeminente a argumentación y consenso. Lo racional ya no lo es en virtud meramente del método de conocimiento o de la concordancia de lo que se predica con alguna forma de objetividad individualmente aprehensible, sino en virtud de las posibilidades de control intersubjetivo del razonamiento (44).

3.3. *Del método a la justificación.*

De ser cierto que en materia de decisión jurídica no se puede pretender corrección objetiva, sino sólo una más o menos amplia fuerza de convicción intersubjetiva (45), habrá que situar en primer plano de la consideración aquello que hace posible ese consenso, y tal es la motivación o justificación de la decisión. Como dice Wróblewski, «la exigencia de justificación significa que las decisiones en cuestión no son ni evidentes ni arbitrarias» (46). Lo evidente no necesita justificación; lo arbitrario prescinde de ella.

Fundamentar una decisión jurídica significa justificar por medio de razones o argumentos el porqué de la opción por esa determinada decisión, de entre las que son compatibles con el tenor de las normas, o posibles por la ausencia de ellas. Y aquí es precisamente donde inciden de modo preferente las teorías de la argumentación jurídica. Por «argumentación» se designa, según Scarpelli, «procesos discursivos tendentes a justificar las conclusiones, obteniendo para éstas el consenso de los interlocutores». Y añade el mismo autor que «en sentido estricto la argumentación se contrapone a la demostración y consiste en un proceso discursivo tendente a justificar una conclusión y caracterizado por la carencia de una fundamentación unívoca de la conclusión misma, de modo que (...) es posible sustraerse a su conclusión justi-

(43) O. BALLWEG, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1970.

(44) «Una conclusión es racional cuando está fundada sobre razonamientos cuya legitimidad (...) es intersubjetivamente controlable» (E. P. HABA, *Rationalité et méthode dans le droit*, en «Arch. Phil. Dr.», 23, 1978, p. 275).

(45) K. ADOMEIT, *Methodenlehre und Juristenausbildung*, cit., p. 177.

(46) J. WRÓBLEWSKI, *Justification of legal decisions*, en «Revue Internationale de Philosophie», 127-128, 1979, p. 277.

ficando, si se quiere, una conclusión diversa con una diversa justificación» (47).

Ahora bien, la argumentación jurídica, así entendida, como actividad discursiva tendente a fundamentar o justificar mediante argumentos una decisión, puede ser objeto de estudio puramente descriptivo, mostrando, por ejemplo, los diferentes tipos de argumentos que a tal fin tienen cabida en la práctica jurídica (48) o el modo cómo en la práctica se interrelacionan y jerarquizan (49); o de análisis lógico, mediante el examen de la estructura lógica de la argumentación, mostrando sus peculiaridades y sirviendo de medio para descubrir en ellas posibles defectos formales (50). Y cabe una teoría normativa de la argumentación jurídica, que proporcione «criterios que permitan diferenciar buenas y malas justificaciones en el campo del derecho» (51). Es esta última la que aborda de lleno el problema metodológico central de la práctica jurídica, el de la racionalidad de las valoraciones en ella concurrentes a la hora de establecer las premisas de toda decisión.

Desde el momento en que se admite que en el *iter* que conduce a la decisión intervienen factores extrajurídicos, ligados a las valoraciones del llamado a decidir, se abre la posibilidad de una discrepancia entre los motivos reales que orientan la decisión en un sentido determinado y los motivos expresos que se aducen como fundamentación de la decisión recaída. Con frecuencia se dice que la justificación de las decisiones no es sino el intento de legitimar *a posteriori* lo que no es sino una opción arbitraria o puramente subjetiva, guiada por condicionamientos ideológicos, sociales, etc., del que decide. Es así como se distingue entre el proceso intelectual real que lleva a la decisión y la fundamentación argumentativa que de la misma se da con la pretensión de lograr un cierto asentimiento de los interlocutores o del medio social, entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación de la decisión jurídica. Las direcciones metodológicas a que nos estamos refiriendo, a la hora de tratar de las condiciones de racionalidad de las decisiones jurídicas, hacen en gran medida abstracción de su contexto de descubrimiento y atienden sólo a su contexto de justificación, a las condiciones de su fundamentación argumentativa. Se insiste en que se ha de diferenciar la pregunta

(47) U. SCARPELLI, *Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie*, en U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milán, Comunità, 1976, p. 434.

(48) Ver, por ejemplo, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980, p. 341 ss.

(49) Ver U. SCHROTH, *Eine Methode der formalen Rekonstruktion von Gerichtsurteilen*, ARSP, Beiheft NF 14, 1980, pp. 119 ss.

(50) R. ALEXI, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, en ARSP, Beiheft NF 14, 1980, pp. 181 ss.; D. SIMON, *Juristische Logik und die richterliche Tätigkeit*, en «Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft», 81, 1982, pp. 63 ss.

(51) A. AARNIO, R. ALEXI, A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, cit., p. 38.

acerca de los determinantes reales de la decisión jurídica y la pregunta acerca de la aceptabilidad de una determinada fundamentación, pues «de la respuesta a una de las preguntas no se sigue de modo fundamental nada para la respuesta de la otra: (...) motivos objetables no convierten en malos fundamentos buenos, y motivos aceptables no convierten en buenos fundamentos malos» (52). La cualidad del contenido de la decisión no depende del modo cómo se alcanza, sino del modo cómo se muestra mediante la fundamentación, y la doctrina metodológica tendría por objeto, precisamente, lo relativo al contexto de justificación, «al menos en tanto no sean conocidos procedimientos efectivos en el ámbito del contexto de descubrimiento» (53). Sólo respecto de la motivación y no de los motivos parece posible un cierto control intersubjetivo, y de ahí que en un primer paso estas teorías suelen situar en el dato de la justificación expresa de la decisión la base para su racionalidad. Ya el hecho mismo de la elaboración de la motivación constituye un proceso de control de la decisión misma (54).

En cuanto a los presupuestos ontológicos de estas orientaciones metodológicas, hay que decir que se presentan, en buena medida, como «crítica ontológica» (55), como crítica de los presupuestos ontológicos en que se apoyaba el método anteriormente dominante. Predominan tesis de índole nominalista y se entiende que las normas o los conceptos jurídicos no poseen ningún tipo de existencia real previa a su uso argumentativo para la decisión. Como dice Esser, en la disputa sobre el derecho válido el enfrentamiento discursivo tiene «significado constitutivo», y el discurso carece de toda «cualidad ontológica» que lo relacione con ningún tipo de verdad o esencialidad preestablecida (56). Es la actividad discursiva en cuanto tal lo que interesa a las teorías de la argumentación jurídica, y no sólo rechazan el condicionamiento por cualquier tipo de presupuesto ontológico relativo al material con que se opera, sino que hacen, incluso, abstracción de los contenidos

(52) H.-J. KOCH, *Das Frankfurter Projekt zur juristischen Argumentation: zur Rehabilitation des deduktiven Begründens juristischen Entscheidungen*, en ARSP, Beiheft NF 14, 1980, p. 60.

(53) J. SCHMIDT, «Begründung». *Einige Probleme eines rechtstheoretischen Problems*, cit., pág. 553.

(54) U. SCARPELLI, *Introduzione all'analisi delle argumentazioni giudiziarie*, cit., p. 440.

(55) U. NEUMANN, *Rechtsontologie und juristische Argumentation*, cit., pp. 52 ss.

(56) J. ESSER, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, Heidelberg, Carl Winter, 1979, pp. 7, 14. Una versión radical de esta orientación se da en Jan BROEKMANN (ver, por ejemplo, su trabajo *Der juristische Diskurs*, en P. Trappe (ed.), *Conceptions contemporaines du droit*, Wiesbaden, Steiner, 1982, p. 124). Una cierta excepción entre los autores que comparten las modernas orientaciones metodológicas la constituyen a este respecto Ota WEINBERGER y Neil MACCORMICK. Ver sus tesis «ontológicas» en su obra conjunta *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985.

posibles del discurso. Se tratará, en el caso de las teorías normativas de la argumentación, de dar las reglas que gobiernen el discurso racional y posibiliten así la racionalidad de sus resultados, no de reglas referidas de modo inmediato al contenido de tales resultados (57).

4. SOBRE LOS CRITERIOS DE RACIONALIDAD DE LA DECISION JURIDICA.

Ya hemos visto repetidamente cómo la idea de racionalidad, como opuesta a arbitrariedad, a decisión exenta de control posible, se constituye como la referencia central de las teorías de la argumentación jurídica y las modernas teorías metodológicas en general. Una precisa caracterización de este concepto no es aquí posible, máxime cuando se trata de reflejar las orientaciones fundamentales de su empleo por parte de teorías que, como vamos a ver, no le confieren un mismo alcance. Por ello hemos de contentarnos aquí, como punto de partida, con la remisión a una cierta comprensión intuitiva o común del concepto. Un examen pormenorizado de los diversos contenidos con que en distintas disciplinas se dota la idea de racionalidad, así como de sus subdivisiones, sólo nos puede proporcionar la conciencia de que se trata de una serie de requisitos constitutivos de una noción de racionalidad formal, que precisará en cada caso de complemento material, y de que «no existe *el* concepto de lo racional, sino sólo una combinación de caracteres más o menos adecuada a las respectivas pretensiones teóricas» (58).

Raramente se articula la idea de racionalidad de la argumentación jurídica en torno a una única nota o criterio, sino que reviste habitualmente este concepto un carácter complejo, como exigencia de la combinación de varios tipos de criterios o reglas. Aquí nos referiremos de forma breve a algunos de los más frecuentes, dejando abierta la cuestión de sus combinaciones posibles.

4.1. Racionalidad como justificación.

La más elemental de las caracterizaciones de la racionalidad de la decisión jurídica viene dada por la identificación de ésta con la mera justificación, con su simple motivación expresa. Si no elemento de por sí determinante de la racionalidad, sí que se la tiene por condición necesaria para el control de tal racionalidad. Como dice Wróblewski, «el término racional significa que una sentencia, una norma o una evaluación es justificable mediante

(57) R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 34 ss.

(58) J.-M. PRIESTER, *Rationalität und funktionale Analyse*, en «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 1, 1970, p. 477.

una apropiada argumentación» (59). Frente a ello el irracionalismo metodológico sostendría, según Dreier, que la decisión jurídica exige valoraciones propias del juez que no son susceptible de control racional mediante ningún tipo de justificación (60).

Es a la hora de concretar qué tipo de argumentos han de prevalecer en esta justificación, o qué expectativas ha de satisfacer, cuando aparecen criterios o enfoques diversos.

4.2. *Racionalidad como explicitación de valoraciones.*

Un criterio de índole formal y aún altamente impreciso está constituido por la descripción de la racionalidad como revisabilidad, refutabilidad, controlabilidad, etc., y especialmente por la exigencia de que se hagan explícitas, y susceptibles, por tanto, de discusión y control, las razones en que la decisión se basa (61).

4.3. *Racionalidad como corrección lógica de la argumentación.*

Otro tipo de requisitos habitualmente ligados a la idea de argumentación jurídica racional son los relativos a su corrección lógica o a ciertos caracteres que conciernen a la forma lógica de los argumentos.

Una primera cuestión se refiere al papel de las reglas de la lógica formal o al valor del esquema deductivo correcto como garantía de la racionalidad del razonamiento que conduce a la decisión. Es ya un lugar común sostener que ningún tipo de regla lógica o de esquema silogístico puede garantizar la corrección de la conclusión en que tal razonamiento termina, pues tal corrección depende de la de las premisas, y la elección de éstas no es un asunto de lógica sino de valoraciones de contenidos. Ahora bien, a pesar de ello, y no obstante ciertas posturas extremas que niegan que en la argumentación jurídica puedan tener aplicación principios lógicos como el de no contradicción (62), la opinión más frecuente y aceptable parece ser la de que la corrección lógica del razonamiento es condición necesaria, aunque no suficiente, de una

(59) J. WRÓBLEWSKI, *Justification of legal decisions*, cit., p. 277.

(60) R. DREIER, *Irrationalismus in der Rechtswissenschaft*, en «Rechtstheorie», Beiheft 8, 1985, p. 187.

(61) Ver, por ejemplo, J. ESSER, *Juristisches Argumentieren...*, cit., p. 5; F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität*, Berlín, Duncker & Humblot, 1966, p. 74; M. KRIELE, *Offene und verdeckte Urteilsgründe* en *Collegium Philosophicum. Studien Joachim Ritter zum 60 Geburtstag* Basel, Schwabe, 1965, pp. 99 ss.; G. HAVERKATE, *Offenes Argumentieren im Urteil*, en «Zeitschrift für Rechtspolitik», 1973, pp. 281 ss.

(62) H. RODINGEN, *Das Rechtsverfahren: Lern- oder Unterwerfungsprozess?*, en Bierbrauer y otros, *Zugang zum Recht*, Bielefeld, Giesekeing, 1978, pp. 75 ss.

decisión racional (63). De ahí los esfuerzos por mostrar la utilidad del esquema deductivo o silogístico como marco de la decisión jurídica racional (64).

La importancia conferida a este requisito ha llevado a destacados autores, como Wróblewski o Alexy, a sostener que racionalidad como justificación de una decisión es una propiedad relativa a las premisas del razonamiento y a las reglas de inferencia. Consiguientemente, se distingue entre justificación interna y justificación externa de la decisión, la primera de las cuales ha de mostrar la corrección de la inferencia de la decisión a partir de las premisas y la segunda la corrección de las premisas utilizadas (65). Será de la justificación o racionalidad externa de la que propiamente se ocupan las teorías de la argumentación.

Un segundo grupo de requisitos en este apartado son los referentes a la forma lógica de los argumentos que han de basar la decisión jurídica o al modo de su interrelación temporal, no meramente lógica. Así es como se dice que toda decisión jurídica ha de seguirse de la formulación de al menos una regla general, o que de tales reglas se ha de poder predicar coherencia y consistencia.

La exigencia de que para la fundamentación de una decisión jurídica se deba introducir al menos una norma universal (66) es, según recalca McCormick, un «requerimiento de la justicia formal», del principio de que se ha de tratar lo igual de modo igual. Con ello no se quiere decir que esta que Wróblewski llama «regla de decisión» sólo pueda ser, para cumplir con este principio formal, una norma jurídica positiva. El mismo Wróblewski ha mostrado cómo puede ser también una determinada interpretación de una norma, un principio del sistema jurídico o de parte de él o, incluso, algún tipo de reglas o de evaluación extrajurídica (67).

Sin embargo, puesto que casi siempre es posible el hallazgo o construcción de una pluralidad de tales reglas que pueden justificar decisiones divergentes, el siguiente problema que se plantea es el de cómo se puede justificar la elección de una determinada

(63) Expresamente en estos términos: K. ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, cit., p. 12; R. ALEXY, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, cit., pp. 184-185.

(64) J. WRÓBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, en «Rechtstheorie», 5, 1974, pp. 33 ss.; H.-J. KOCH, H. RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, München, Beck, 1982, pp. 14 ss.

(65) J. WRÓBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, cit., pp. 399, 46; R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 273 ss.

(66) Así, por ejemplo, R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 275.

(67) N. MCCORMICK, *The Artificial Reason and Judgement of Law*, en «Rechtstheorie», Beiheft 2, 1981, p. 110. Ver también del mismo autor, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1978, pp. 70-72, 80-82; J. WRÓBLEWSKI, *La règle de décision dans l'application judiciaire du droit*, en Ch. PERELMAN (ed.), *La règle du droit*, Bruselas, Bruylant, 1971, pp. 68 ss., especialmente 75 ss.

de entre ellas. Según MacCormick, se toman al efecto criterios sustantivos, como la ponderación de las consecuencias de las diversas reglas disponibles, pero se pueden indicar también ciertos requisitos formales de la elección, de resultados del mismo principio de justicia formal antes mencionado. Son los requisitos de coherencia y consistencia. El primero se refiere a la necesidad de que la regla decisoria propuesta sea subsumible dentro de algún principio general del sistema jurídico. El segundo alude a la necesidad de que cuando en un determinado asunto el que decide se aparte de una anterior regla decisoria justifique qué es lo que ha cambiado en el nuevo caso o en las circunstancias para que tal cambio de regla decisoria tenga lugar (68).

4.4. *Racionalidad como prelación entre argumentos y como ponderación de consecuencias.*

Puesto que para la decisión se opera una selección de razones o argumentos que apoyen una opción decisoria determinada y no otras, se ha querido ver la peculiaridad del razonamiento jurídico en esta circunstancia de ser un razonamiento ponderador de argumentos enfrentados y que se inclinará por aquél cuyo peso sea mayor para determinar la decisión. Ahora bien, no se puede perder de vista, como señala MacCormick, que esto no es sino una metáfora, pues las razones no pesan y lo determinante será el criterio por el que se les adscribe un peso mayor o menor. Con ello el tema vuelve a sus términos iniciales y la cuestión es cómo hallar al respecto un criterio objetivo (69).

A la hora de establecer preferencias entre los posibles criterios a considerar, una primera reserva se establece en la mayor parte de estas teorías en favor de los argumentos legales. Se trata de dejar claro que el problema a resolver es el de cómo hacer razonable la decisión dentro de los márgenes que las normas legales dejan libres, pero no fuera de ellos. Y de esta voluntad de no negar el principio de la vinculación a la ley, sino de dejarlo dentro de los límites reales en que puede operar, se deriva, por ejemplo, la regla argumentativa a que alude Alexy cuando establece que los argumentos que traigan a colación la vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico tienen preferencia frente a otros argumentos, salvo que razones de peso permitan entender lo contrario (70).

(68) N. MACCORMICK, *The Artificial Reasons and Judgement of Law*, cit., pp. 113, 118.

(69) N. MACCORMICK, *On Reasonableness*, en Ch. Perelman, R. Vander Elst (ed.), *Les notions a contenu variable en droit*, Bruselas, Bruylant, 1984, pp. 146, 152.

(70) R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 22, 305. Ver también A. AARNIO, *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, Viena-Nueva York, Springer, 1979, pp. 102 ss.; A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Viena-Nueva-York, Springer, 1983, pp. 180 ss.

En cuanto a los criterios materiales para orientar la elección de alternativas compatibles con los términos legales, el más frecuente es probablemente el que remite a las consecuencias de las distintas decisiones posibles y a la necesidad de su ponderación respectiva como criterio decisorio. Se dice que este criterio hace aumentar la racionalidad de la decisión porque «la corrección o incorrección de una decisión, o, mejor dicho, su aceptabilidad o no para la sociedad, sólo es discutible como debate acerca de las consecuencias de la decisión para la sociedad» (71). Se estima que la remisión a las consecuencias como pauta valorativa sirve para aumentar la racionalidad de las valoraciones, en cuanto que permite la discusión con una referencia precisa y controlable, contrariamente a lo que ocurriría cuando la justificación de la valoración que conduce a la decisión remite a principios abstractos o valores ideales, en cuyo caso no habría referencia posible para el control de la arbitrariedad valorativa (72). La introducción de consideraciones empíricas como fundamento de las valoraciones hace que éstas sean revisables y controlables en el marco social.

Este criterio presenta dos tipos de problemas. Por un lado, remite necesariamente a otro criterio, aquél a cuya luz han de ser medidas las distintas consecuencias para fijar su orden de preferencia. Aquí parece en muchas ocasiones que el factor decisivo acaba situándose en el consenso social respecto a las consecuencias preferibles (73).

En segundo lugar, al elegir entre las consecuencias previsibles de las decisiones se está operando con juicios de probabilidad que no son ni auténticos juicios de probabilidad estadística, ni de probabilidad inductiva, con lo cual lo que queda son apreciaciones subjetivas de probabilidad por parte del juzgador. Por esta vía se ha vinculado este método a los cálculos de la teoría de la decisión, tratando de proporcionar orientaciones formales que puedan regir la interrelación de las variables constituidas por las diferentes consecuencias que se valoran, el grado de probabilidad con que se prevé su acaecimiento y la escala de preferencias que se maneja (74).

4.5. *Consenso como criterio de racionalidad.*

El criterio que cuenta en la teoría actual con mayor número de referencias es el del consenso. Así es como se dice que el término «racionalidad» se emplea «en el sentido de posibilitación de

(71) A. PODLECH, *Wertungen und Werte im Recht*, en «Archiv des öffentlichen Rechts», 995, 1970, p. 209.

(72) *Ibidem*, pp. 197 ss.

(73) En H.-J. KOCH, H. RUESSMANN, *Juristische Begründungslehre*, cit., p. 230.

(74) W. KILIAN, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung*, cit., pp. 221 ss.

consenso sobre cuestiones de justicia, en el marco de instituciones sociales y jurídicas positivamente dadas» (75).

Este papel que al consenso se atribuye es siempre matizado en estas teorías. Alexy, por ejemplo, puntualiza que no basta la mera invocación del consenso fáctico sobre un tema para que exista un adecuado criterio de racionalidad, pues las convicciones sociales son difícilmente averiguables con exactitud, a menudo se constatan en el grupo social valoraciones divergentes, y cabe cuestionar si del simple predominio fáctico de una opinión se sigue con fundamento bastante la racionalidad de una valoración (76).

Una ulterior relativización de este criterio viene dada por la conciencia de que no proporciona ningún tipo de pauta intemporal o de validez general, sino que es relativo a cada contexto socio-político. Es dentro de cada uno de estos ámbitos donde proporciona el consenso un cierto criterio de corrección, a partir de lo que en cada sociedad y momento se tiene por evidente y por valores compartidos, de lo que Clemens llama la «base del consenso» (77). De este modo, el consenso no supone «ninguna garantía de corrección en sentido ontológico», sino que se limitaría a ser el único indicio verificable de lo que en sociedad se tiene por correcto (78).

Para evitar la confusión en este tema se han de distinguir dos cuestiones distintas y a menudo entremezcladas:

— El consenso como meta que el que decide pretende para su decisión. No es la única meta, pero hasta cierto punto es condición de la posibilidad de obtener la satisfacción de otros objetivos primarios.

— El consenso como fundamento de la racionalidad de la decisión.

Confundir ambos aspectos supone:

— O bien entender que la racionalidad de la decisión sobreviene *a posteriori*, en virtud de la obtención efectiva del consenso para ella.

— O bien confundir, como si no hubiera entre ellas solución de continuidad, fundamentación racional y aceptación empírica (79).

La salida que a menudo se busca para tal dilema, y que enlaza ambos aspectos, es entender que racional es aquella decisión que *tendencialmente* se orienta al consenso. Se piensa que no todo acuerdo sirve de pauta de lo correcto, pues cabe el consenso ma-

(75) J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt/M., Athenäum, 2.^a ed. 1972, p. 15.

(76) R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 27-28.

(77) CHR. CLEMENS, *Strukturen juristischer Argumentation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1977, p. 24.

(78) J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., p. 29.

(79) Ver, sobre la diferenciación entre validez cognitiva o fundamentación y validez social de las normas, H. LÜBBE, *Die Begründbarkeit von Normen und die sogenannte Wertfreiheit der Wissenschaften*, en A. PAUS (ed.), *Werte-Rechte-Normen*, Graz, Butzon und Bercker Kevelaer, 1979, pp. 171 ss.

nipulado o circunstanciales acuerdos respecto de injusticias evidentes. De ahí que «el acuerdo debe hacerse depender de algo». Se tratará de delimitar las condiciones que el proceso discursivo ha de cumplir para que el consenso pueda ser tenido por racional. «Cuando al término de un discurso se da un consenso, éste sólo puede ser valorado como criterio de corrección si las argumentaciones en el discurso fueron racionales». Y esto sólo se puede establecer en el marco de una «doctrina prescriptiva de la argumentación» (80).

Tal doctrina es la que, por ejemplo, desarrolla Alexy de modo prototípico y aún no superado. Pero se trata de una teoría procedimental de la argumentación jurídica, en la que el consenso sólo es racional cuando es la culminación de una argumentación racional, y la racionalidad de la argumentación viene dada por la satisfacción de ciertas condiciones ideales que hacen posible tal consenso. Desde el momento que se reconoce que el conjunto que componen esas condiciones es un cuadro ideal que nunca va a ser plenamente realizado en la práctica (81), el consenso perfectamente racional que se toma como referencia de lo correcto es un consenso «ficticio» (82), y los consensos reales que puedan acontecer no serán racionales sino de modo aproximativo. Siempre quedará abierta la cuestión de a partir de qué momento un tal consenso imperfecto en cuanto a su racionalidad sirve efectivamente como pauta suficiente para poder decir que una decisión es correcta.

Otro tema problemático en relación con el consenso es el de su alcance. Generalmente parece sobreentenderse que es la posibilidad de consenso en el seno del grupo social amplio lo que determina la racionalidad de las valoraciones. Pero una forma de eludir los problemas a los que nos estamos refiriendo consiste en sostener que el consenso que se busca con la justificación argumentativa de la decisión es únicamente el de los participantes en el proceso decisorio concreto, esto es, el juez, las partes en litigio y sus defensores y los órganos superiores llamados a decidir posibles recursos. Pero no desaparecen con esta delimitación los problemas, pues con ello deja de verse uno de los sentidos que generalmente se otorgan a la fundamentación de las decisiones y, además, se pierde de vista que en asuntos jurídicos litigiosos la decisión normalmente no sobreviene por acuerdo entre las partes, sino mediante resolución del juzgador, y que en caso de recurso en última instancia se resuelve también motivadamente, aún cuando ya no

(80) J. SCHNEIDER, U. SCHROTH, *Sichtweisen juristischer Normanwendung: Determination, Argumentation und Entscheidung*, en A. Kaufmann, W. Hassemer (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, Müller, 4.^a ed., 1985, pp. 403-404.

(81) R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 36.

(82) Véanse las críticas de O. WEINBERGER, *Die Rolle des Konsenses in der Wissenschaft, im Recht und in der Politik*, en «Rechtstheorie», Beiheft 2, 1981, pp. 147 ss.

queda ningún órgano superior al que convencer ni es posible ya el acuerdo entre las partes enfrentadas respecto a la bondad de la solución que se sanciona.

Por encima de estos problemas de concreción práctica del consenso decisivo, se encuentran las justificaciones filosóficas y políticas de su invocación genérica como fuente legitimadora. En este sentido, la defensa del consenso es, como dicen Koch y Rüßmann, un «acto de fe», ligado a la fundamentación de una determinada filosofía del hombre y la sociedad. Si el fundamento del derecho se sitúa en su reconocimiento y en el sometimiento libre al mismo por parte de hombres libres hay que concebir que toda norma general, del tipo que sea, ha de poder contar con el hipotético consenso de todos los sujetos (83).

A ello se añade que la organización democrática del Estado de Derecho presupone que mediante el intercambio de opiniones puede cristalizar un acuerdo respecto de las pautas básicas de la convivencia, y tal supuesto es condición de posibilidad y fuente de legitimidad de toda práctica argumentativa. Kriele lo ha expresado con particular claridad: la teoría del discurso o teoría de la argumentación es una «renovación de la teoría democrática clásica, que se basaba en la idea de que se pueden alcanzar razón y progreso mediante la discusión pública. La teoría del discurso trae al recuerdo la idea socrática de que en cuestiones prácticas puede obtenerse consenso «ideal» mediante argumentos o contraargumentos, siempre que sólo se participara en el discurso de modo imparcial, sincero, inteligente y bien intencionado y que el discurso pueda proseguir indefinidamente, sin compulsión práctica a la decisión». La utilidad de la teoría del discurso jurídico racional radica en que «hace consciente lo que está presupuesto en todo discurso, la posibilidad de la razón, que depende del respeto de las reglas del discurso. Este hacer consciente tiene también una función política: defiende la forma estatal de la discusión, el Estado constitucional democrático, contra las teorías políticas que cuestionan sus fundamentos filosóficos». Y el mismo Kriele añade: «el consenso es una posibilidad pensable, y tal posibilidad es, al mismo tiempo, *condición de posibilidad del pensamiento práctico*. El discurso (...) presupone que la posibilidad de un consenso subyace idealmente, aunque no necesariamente de modo real, y no de un consenso falaz, sino de un consenso fundamentado» (84).

4.6. Racionalidad sistémica.

Generalmente se entiende hoy que la labor argumentativa que se desarrolla a lo largo del proceso de aplicación del derecho

(83) H.-J. KOCH, H. RUEßMANN, *Juristische Begründungslehre*, cit., páginas 365 ss.

(84) M. KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, s. a., pp. 30 ss. Véase también A. OLLERO, *Consenso: ¿racionalidad o legitimación?*, en ACFS, 23-24, 1983-84, pp. 181.

tiene una función ilustradora de las conciencias de los sujetos, de modo que, a partir de los datos, valoraciones y puntos de vista que en este intercambio comunicativo tiene lugar, se sientan las bases para que pueda darse un consenso racional respecto de la solución alcanzada. Este consenso, en su modelo ideal, será fruto de la reflexión madura e imparcial de sujetos intelectualmente capaces y libres.

Sin embargo, existe un tipo de teoría que, pese a negar la autonomía ética e ideológica del sujeto y, consiguientemente, la posibilidad de que el criterio decisivo para la racionalidad de las decisiones jurídicas pueda seguirse de ningún tipo de ponderación reflexiva en las conciencias individuales, no se alinea con ello junto con las doctrinas irracionalistas de la decisión jurídica, sino que proclama la vigencia para ésta de un tipo distinto de racionalidad, de carácter sistémico. Es así como dice Krawietz que «aparece hasta hoy como irracional mucho de lo que, contemplado desde una perspectiva jurídica y sistemática, resulta racional en virtud del sistema» (85). Desde este enfoque, tanto el sistema social global como sus subsistemas, entre los que se encuentra el jurídico, aseguran por sí mismos, las condiciones de su subsistencia, autorregulan sus propios mecanismos integradores y adaptadores al medio respectivo. Con ello, los sujetos particulares, considerados individualmente, no poseen las claves para influir el funcionamiento del sistema, sino que son ellos los que están determinados por éste como meros engranajes, poseedores sólo del grado de autonomía suficiente para cumplir su función para el sistema, pero no para influir sus mecanismos.

Desde el momento en que se revela ilusoria la autonomía moral y de decisión del individuo, la racionalidad de sus acciones sólo puede comprenderse desde el punto de vista del sistema para el que prestan su función. De ahí que las categorías éticas con que las acciones de los sujetos suelen ser calificadas sólo conserven sentido como descripciones de caracteres del sistema. Justicia, por ejemplo, será para Luhmann «la adecuada complejidad del sistema jurídico» (86).

Acorde con esta orientación, para Luhmann la aplicación del derecho no es un acontecimiento para cuya racionalidad tengan que aportar nada las valoraciones del juez. Las decisiones de éste están «condicionalmente programadas» en las normas generales, de modo que cuando se da el supuesto previsto en el antecedente o supuesto de hecho de la norma la decisión debe recaer como mera aplicación de lo establecido en el consecuente de la

(85) W. KRAWIETZ, *Recht und Rationalität in der modernen Systemtheorie*, en *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984, p. 732.

(86) Ver N. LUHMANN, *Gerechtigkeit in dem Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, en N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt/M., Suhrkamp, 1981, pp. 374 ss.

misma (87). La racionalidad de la decisión programada que el juez lleva a cabo consiste en su coincidencia con los criterios marcados en la decisión programadora del legislador (88).

Este reparto de funciones entre legislador y judicatura se explica como mecanismo de reducción de la complejidad social. Es imposible que ante cada problema se plantee la consideración de todos sus aspectos e implicaciones teóricas y prácticas, pues ello privaría al sistema social de su capacidad para dar respuestas homogéneas a los problemas sociales y de generar así expectativas de comportamiento, por las que los sujetos puedan regir con suficiente confianza su vida social. De ahí que haya de atenerse en cada decisión de aplicación del derecho a los marcos generales que el legislador establece por medio del derecho positivo. Al legislador es al que corresponde la consideración cognitiva de los datos oportunos, a los efectos de programar la práctica jurídica mediante el derecho positivo que, a la vista de esos datos, se considere más adecuado. Por contra, la perspectiva del que aplica ese derecho positivo a la solución de casos no es de carácter cognitivo. La decisión del juez no estará afectada en su contenido por el conocimiento de la realidad, es una decisión programada que recae a partir de la mera constatación de la coincidencia entre supuesto de hecho normativo y los caracteres del caso que se enjuicia. Y son las necesidades de la dinámica social en las sociedades complejas modernas las que imponen este reparto de tareas y perspectivas como mecanismo de reducción de complejidad, que impida el colapso del sistema por obra de una sobresaturación de estímulos.

La necesidad de pautas generales de comportamiento impide que pueda ante cada nuevo caso cuestionarse la normatividad vigente. «En la perspectiva de este proceso decisorio programado, los programas son tomados con premisas y no se problematizan más. La realización de la decisión programadora en los casos dudosos toma el carácter de interpretación y de reducción a lo ya conocido. Ello impide una reactualización del problema de la decisión legislativa» (89).

Esta visión del juez como aplicador aséptico de las normas positivas parece justificar el hecho de que, a propósito de Luhmann y quienes siguen sus orientaciones metodológicas, se haya hablado de «escuela de la neo-exégesis» (90). El problema de la legitimación de las valoraciones del juez desaparece y se sustituye por la

(87) Ver, por ejemplo, N. LUHMANN, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, en *Ausdifferenzierung des Rechts*, cit., pp. 275-276.

(88) N. LUHMANN, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, en *Ausdifferenzierung des Rechts*, cit., p. 134.

(89) *Ibidem*, p. 136.

(90) P. BARCELONA, *I soggetti e le norme*, Milán, Giuffré, 1984, pp. 56 ss. Ver también J. J. GIL CREMADES, *La motivación de las decisiones jurídicas*, en Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches, México, UNAM, 1980, p. 426.

legitimidad que su función para el sistema atribuye a sus actuaciones. La legitimidad no tiene que ver con los contenidos de sus actuaciones o valoraciones, sino que le es inducida desde fuera, desde el sistema, y es el propio sistema el que asegura los mecanismos para el reconocimiento de esa legitimidad por medio de las instituciones.

Puesto que la elevada complejidad social hace imposible la formación es un auténtico consenso social respecto de cada concreta cuestión, el necesario acuerdo que posibilite la convivencia se articula en torno a las instituciones. Es la institucionalización lo que hace posible la «generalización de consenso». La práctica concreta de estas instituciones estará así legitimada de antemano por el consenso en torno a ellas constituido, como soporte de la organización social (91). Y en lo que a la decisión jurídica se refiere, su legitimación vendrá dada por el respeto de ciertas formalidades institucionales, no por el acuerdo respecto al contenido, pues éste es fruto de una institución distinta y legitimada a su vez en razón de sus propios mecanismos, como es el aparato legislativo. Se tratará, por tanto, de una «legitimación por el procedimiento», como radicalmente diversa de una legitimación por el contenido o la fundamentación argumentativa del mismo (92).

La teoría de Luhmann sobre nuestro tema acaba por tropezar con el mismo obstáculo que todas las que pretenden hacer de la decisión judicial una pura aplicación de la norma general: el desfase entre los términos necesariamente generales de la norma y los perfiles concretos de cada caso. «El problema —dice Luhmann— no radica para los juristas en el cálculo y la justificación de los efectos de su actuación, sino en la interpretación de las normas establecidas. En tanto éstas no definan inequívocamente las condiciones de determinadas decisiones —y sólo entonces— se toma en consideración la finalidad o la función de la norma para la búsqueda de auxilios adicionales para la decisión» (93). Si esto es así, mal puede entenderse que la teoría de Luhmann sea capaz de sustituir con éxito los postulados de las actuales teorías de la argumentación jurídica. Ya hemos visto que éstas no pretenden generalmente negar la primacía de la norma general para la decisión jurídica, sino únicamente ofrecer criterios para la corrección de las valoraciones que en la decisión acontecen dentro de los márgenes de las normas, y de modo prototípico a la hora de interpretar éstas.

En última instancia, las diferencias parecen quedar explicadas únicamente por un problema numérico o de distinta apreciación

(91) N. LUHMANN, *Institutionalisierung. Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft*, en H. Schelsky (ed.), *Zur Theorie der Institution*, Düsseldorf, Bertelsmann, 1970, pp. 29 ss.

(92) N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Darmstadt, Luchterhand, 3.ª ed., 1978; *Positivität des Rechts...*, cit., pp. 132-133.

(93) N. LUHMANN, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, cit., pp. 277-278.

de frecuencias. Mientras para Luhmann parece que la aplicación mecánica e inequívoca de las normas generales es la regla, y la necesidad de optar entre interpretaciones divergentes de la misma la excepción, para las teorías de la argumentación jurídica la realidad sería justamente la inversa. De todos modos, y con independencia de cuál sea a este respecto la apreciación más acertada, parece posible que ambas teorías puedan entenderse como complementarias, en cuanto que se centran en aspectos distintos y compatibles de la aplicación del derecho (94). Y tal vez no sea descaminado hablar de la posibilidad de un doble tipo de racionalidad de la decisión, sistémica y discursiva, según que se atienda a su función para la organización social o a su dependencia de la conciencia racional del sujeto. Pero para ello hay que partir de dejar a salvo la posibilidad de que ésta posea un cierto margen para su autonomía y libre desarrollo.

En la obra de Luhmann y quienes lo siguen tal complementariedad de perspectivas no aparece recogida de modo claro. Luhmann se ocupa de negar de modo general la legitimidad de criterios de corrección extralegales para la decisión jurídica, como la ponderación de las consecuencias de la decisión (95). Y expresamente dice también que quien como juez aplica derecho y está llamado a interpretarlo no posee la libertad con que el sociólogo del derecho puede problematizar las normas a partir de la consideración de todo tipo de datos sociales. «Al jurista —dice Luhmann— le están prohibidas tales miradas entre bastidores» (96).

En el aire queda, pues, en la obra de Luhmann la cuestión del criterio de corrección de las opciones interpretativas en los casos, abundantes o escasos, en que sean necesarias para la decisión. Insistir aquí en la función social que cumple el juez que en tales condiciones decide, como aspecto único de la racionalidad de la decisión, supone extremar uno solo de los tipos de racionalidad a los que hace un momento nos referíamos, en detrimento del otro.

4.7. Racionalidad procesal.

Un aspecto clave de las teorías metodológicas actuales estriba en la relación que se establece en ellas entre argumentación jurídica racional y racionalidad del resultado de la argumentación, es decir, racionalidad de la decisión jurídica. No se piensa ya que unas determinadas reglas metódicas o argumentativas puedan conducir a un único resultado cierto y sustraído a toda discusión, ya por ser el único legalmente admisible, ya porque respecto de él

(94) Ver, sobre la posibilidad de tal compatibilidad, R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 47-48.

(95) Ver N. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 59 ss. (trad. de Ignacio de Otto).

(96) N. LUHMANN, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, cit., p. 291.

quepa una determinación exacta de su mayor racionalidad a la luz de algún criterio material, como la ponderación de consecuencias o el consenso. Lo que la argumentación jurídica correcta o racional define son las «condiciones estructurales» (97) para que la decisión pueda tenerse por racional, aun cuando no sea la única decisión racional posible.

Se trata de establecer reglas de la argumentación que definan un procedimiento que sirva como modelo ideal de todo proceso decisorio que pueda pretenderse racional. La decisión sólo será correcta «cuando pueda ser el resultado de un determinado procedimiento, es decir, el del discurso racional». Se trata, pues, de una teoría *procesal* de la racionalidad (98).

Alexy ha establecido un cuadro de veintidós reglas y seis formas de la argumentación práctica general y una serie de reglas y formas específicas de la argumentación jurídica racional. Por ser el discurso jurídico un caso especial del discurso práctico general, participa de las reglas y formas de éste y posee, en razón de su especialidad, reglas específicas. En común con el discurso práctico general tiene, según Alexy, el hecho de ser un discurso orientado a la fundamentación de criterios de corrección respecto de cuestiones prácticas. «Discurso práctico es todo aquel que trata de la corrección de proposiciones normativas». La especialidad del discurso jurídico vendría relacionada, para Alexy, con su vinculación a la ley, con el papel de los precedentes y de la dogmática y con las limitaciones que le imponen las reglas jurídicas procesales (99).

La justificación de la necesidad del discurso jurídico como supuesto especial del discurso práctico general deriva, según este autor, de las limitaciones prácticas de éste. El discurso práctico general no garantiza que para cada cuestión se alcance un acuerdo racional y no susceptible de nuevo cuestionamiento, pues sus reglas sólo pueden ser realizadas de modo imperfecto, todos los pasos de la argumentación no pueden ser prefijados y cada discurso se liga a concepciones normativas históricamente dadas y cambiantes. Sin embargo, las necesidades prácticas imponen que hayan de recaer en ciertos asuntos decisiones que pueden tenerse por definitivas e inatacables, y es así como se justifica la existencia del derecho como normatividad y del discurso jurídico, como supuesto especial del discurso práctico (100).

Las reglas que Alexy formula para el discurso práctico general (101) se pueden reconducir a seis principios: consistencia,

(97) N. HORN, *Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation*, en «Rechtstheorie», 6, 1975, p. 145.

(98) R. ALEXY, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, en E. Garzón Valdés (ed.), *Derecho y filosofía*, Barcelona, Alfa, 1985, p. 44 (trad. de E. Garzón Valdés).

(99) R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 32 ss.

(100) *Ibidem*, pp. 255-257.

(101) No cabe aquí enumerar todas y cada una de esas reglas. Pero pode-

racionalidad finalística, revisabilidad, coherencia, generalidad y sinceridad (102). Todas estas reglas o principios procedimentales se presentan con total independencia de los concretos contenidos con que la argumentación se integre. Para Alexy, se da por sentado que, en cuanto a contenidos, el punto de partida del discurso se sitúa en las convicciones normativas fácticamente existentes, en deseos, interpretación de necesidades o informaciones empíricas, pero no es tarea de las reglas de la argumentación definir o establecer tales puntos de partida relativos al contenido. Tal cosa no compete a la teoría, sino a los partícipes en la discusión (103).

Al delimitar únicamente un marco procedimental, las reglas de la argumentación de Alexy no sirven para adquirir certeza respecto a la idoneidad de una solución única o perfecta, sino que simplemente sirven para determinar negativamente aquellas soluciones que, en virtud de deficiencias intrínsecas de la argumentación, no pueden tenerse por racionales. Como dice el mismo autor, «lo importante es tener en cuenta que del hecho de que sean posibles respuestas diferentes no se infiere que todo sea posible» (104). Ya hemos aludido antes a que las direcciones metodológicas emparentadas con la teoría de la argumentación sientan como uno de sus presupuestos que no cabe un conocimiento seguro en materia valorativa y, consiguientemente, en materia de decisión jurídica. «Quien equipara racionalidad con certeza —dice Alexy— debe, por lo mismo, renunciar a una teoría de la argumentación jurídica racional». Y añade que «no es la producción de certeza lo que conforma el carácter racional de la jurisprudencia, sino la satisfacción de una serie de condiciones, criterios o reglas». Y esto es lo que define una teoría procesal de la argumentación (105).

5. SOBRE LOS LIMITES DE LA RACIONALIDAD EN LA DECISION JURIDICA.

Los criterios o perspectivas de la racionalidad de la decisión jurídica a que acabamos de aludir muy raramente se dan de modo aislado, sino que, según los autores, se proponen distintas combinaciones de ellos, acorde con la idea de que «racionalidad es un concepto muy complejo» (106).

mos mencionar alguna a título de ejemplo: «ningún hablante puede contradecirse», «cada uno sólo puede afirmar lo que él mismo cree», «todo hablante puede tomar parte en el discurso», etc. En cuanto a las reglas específicas del discurso jurídico, cabe citar las de que «para la fundamentación de una sentencia jurídica se debe introducir al menos una norma universal», «se han de agotar los cánones interpretativos disponibles», etc.

(102) A. AARNIO, R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 25-36.

(103) R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 35-36.

(104) R. ALEXY, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica*, cit., p. 50.

(105) R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 356.

(106) A. PECZENIK, *Legal Rationality and its Limits*, en «Rechtstheorie»,

Pero también han ido poniéndose de manifiesto ciertos límites de la racionalidad posible de la decisión, implícitos en las distintas teorías.

Hay quienes proclaman de mano su escepticismo respecto de la posibilidad de lograr «criterios intersubjetivos plenamente vinculantes para la corrección de las decisiones jurídicas» y hacen de la argumentación un mero recurso legitimatorio tendente a obtener el reconocimiento del carácter vinculante de la decisión, mediante el ocultamiento de la carga de subjetividad presente en toda decisión (107). Otros concluyen, a partir de la imposibilidad de fundamentaciones últimas de la decisión jurídica, que ésta no tiene una racionalidad mayor ni distinta que las decisiones políticas (108).

Ya hemos visto cómo para los defensores de la teoría de sistemas el tipo de racionalidad posible de la decisión no tiene que ver con pautas valorativas de la acción, sino con los mecanismos sociales que la determinan y a los que sirve.

También se ha hecho mención del modo cómo a menudo lo que se define son condiciones ideales de racionalidad que nunca se realizan en la práctica plenamente, con lo que la racionalidad de la decisión real parece oscilar siempre entre márgenes fluidos.

Por su parte, los criterios lógicos o formales precisan siempre del complemento material. Y al delimitar estos criterios materiales parece darse siempre una indefinida remisión de unos a otros como baremos últimos, como sucede, por ejemplo, entre las ideas de ponderación de consecuencias y consenso.

Por todo ello hay que decir que en la mayoría de estas más recientes doctrinas metodológicas, aún cuando no se puede afirmar que imperen el irracionalismo o el escepticismo, sí que domina un amplio relativismo. La racionalidad alcanzable para la decisión es siempre relativa a un contexto histórico y social determinado. Aarnio ha mostrado esto de modo particularmente claro mediante el recurso al concepto de «forma de vida» de Wittgenstein. Para Aarnio los valores no pueden nunca ser plenamente fundados por referencia a datos objetivos, pero tampoco son meras apreciaciones personales dependientes de una «cuestión de gustos»: «Hasta un cierto límite es posible hacerlos utilizables para la argumentación». Siempre es posible buscar sucesivas fundamentaciones a un valor hasta que llega un momento en que no cabe ofrecer un fundamento ulterior, hasta que se alcanza ese

15, 1984, p. 417. Para este autor, por citar un caso, hay que distinguir tres géneros de racionalidad: racionalidad formal, como resultado del respeto de las reglas de la lógica; la racionalidad resultante del hecho de que un enunciado determinado está apoyado por «buenas razones»; y la racionalidad discursiva, relativa a la satisfacción de ciertas condiciones de la argumentación. La tercera presupone la segunda y ésta presupone la primera.

(107) CHR. CLEMENS, *Strukturen juristischer Argumentation*, cit., p. 9.

(108) G.STRUCK, *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1977, pp. 152-153.

límite en que ya no cabe una justificación que vaya más allá. Pues bien, para Aarnio, tal límite está constituido por la *Lebensform*, por la «forma de vida» que enmarca socialmente la argumentación. El consenso posible, como criterio de corrección de las propuestas decisorias en litigio, cabe sólo en el seno de un auditorio cuyo factor aglutinante radica en el hecho de compartir una común *Lebensform*. Es de ésta de donde nacen los criterios sociales de corrección, no del azar o la arbitrariedad. Por todo ello, «un discurso racional sólo es posible *dentro* de los límites constituidos por la forma de vida» (109). Evidentemente, en contextos sociales definidos por formas de vida diferentes cambia ese armazón para el consenso y, consiguientemente, los criterios de racionalidad que han de tenerse por imperantes (110).

(109) A. AARNIO R. ALEXI A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, cit., pp. 80-83.

(110) A. AARNIO, *Linguistic Philosophy and Legal Theory*, en «Rechtstheorie», Beiheft 1, Berlín, Duncker & Humblot, 1979 pp 35 ss.