

## II. RASGOS FUNDAMENTALES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En los discursos jurídicos se trata de la justificación<sup>700</sup> de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Pueden distinguirse dos aspectos de la justificación: la *justificación interna* (internal justification) y la *justificación externa* (external justification)<sup>701</sup>. En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación<sup>702</sup>; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas<sup>703</sup>.

### 1. La justificación interna

Los problemas ligados con la justificación interna han sido ampliamente discutidos bajo el rótulo de «silogismo jurídico». Ahora existe una serie de publicaciones en las que se trata este círculo de problemas aplicando los métodos de la lógica moderna<sup>704</sup>.

---

700 En lugar de «Justificación» [RECHTSFERTIGUNG] aquí cabría hablar también de «fundamentación» [BEGRÜNDUNG]. Sobre el carácter ampliamente intercambiable de estos conceptos cfr. *supra*, p. 64.

701 Sobre estos conceptos cfr. J. WRÓBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, en: «Rechtstheorie» 5 (1974), pp. 39 y ss.: *Id.*, *Legal Decision and its Justification*, en: *Le raisonnement Juridique*. Actas del Congreso mundial de filosofía jurídica y social. Bruselas. 1971, ed. de H. Hubien, Bruselas, 1971, pp. 412 y ss.

702 Cfr. *Id.*, *Legal Decision and its Justification*, p. 412: «Internal justification deals with the validity of inferences from given premisses to legal decision taken as their conclusion.»

703 *Ibid.*, p. 412: «External justification of legal decision tests not only the validity of inference, but also the soundness of premisses.»

704 Cfr. por ejemplo U. KLUG, *Juristische Logik*, 3.<sup>a</sup> ed. Berlin/ Heidelberg/ New York, 1966, pp. 47 y ss.; G. RÖDIG, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnis-*

La forma más simple de justificación interna tiene la siguiente estructura:

- (J.1.1)      · (1) (x) (x → ORx)  
                  · (2) Ta  
                  (3) ORa (1), (2)<sup>705</sup>

«x» es una variable de individuo en el dominio de las personas naturales y jurídicas, «a» una constante de individuo, por ejemplo un nombre propio, «T» un predicado tan complejo como se quiera que representa el supuesto de hecho de la norma (1) en cuanto propiedad de personas, y «R» un predicado, igualmente tan complejo como se quiera, que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma.

Hay cuestiones jurídicas en las que es suficiente una justificación de la forma (J.1.1). Un ejemplo de ello sería:

- (1) El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio (§ 13, ap. 1 de la Ley del soldado).
- (2) El señor M es un soldado.
- (3) El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio. (1) (2).

---

*verfahrens*, Berlin/Heidelberg/New York, 1973, pp. 163 V ss.; J. WRÓBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, pp. 33 y ss.; R. SCHREIBER, *Logik des Rechts*, Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1962, pp. 24 y ss.; para el análisis del silogismo jurídico con los medios de la lógica tradicional cfr. sobre todo K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1960.

705 Sobre los problemas ligados con este esquema de deducción así como sobre la explicación de los símbolos cfr. *supra*, pp. 109 y ss. Para un esquema de deducción de este tipo en cuanto forma básica de la inferencia jurídica» cfr. U KLUG, *Juristische Logik*, pp. 52 y ss.

(J.1.1) satisface la justificación mediante reglas universales<sup>706</sup> requerida por el principio de universalidad (1.3'). El principio de universalidad sirve de base al principio de justicia formal. El principio de justicia formal exige «observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría»<sup>707</sup>. Para observar una regla en una fundamentación jurídica se exige que, como en (J.1.1), la decisión jurídica se siga lógicamente de esta regla. En otro caso, si bien se podría ciertamente aducir una regla en el curso de la fundamentación, se podría sin embargo afirmar cualquier conclusión. Por ello, pueden formularse, como concreción del principio de universalidad, las siguientes reglas de la justificación interna:

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

(J.2.1) y (J.2.2), justamente como el principio de universalidad, no deben ser sobrevaloradas. No establecen cómo deba ser la norma universal y tampoco excluyen que la norma universal sea cambiada, por ejemplo, mediante la introducción de una cláusula de excepción. Sin embargo, esta cláusula de excepción tiene de nuevo que valer universalmente.

Es de gran importancia que (J.2.1) y (J.2.2) valgan tanto en los casos en los que puede utilizarse para la fundamentación una norma del Derecho positivo, como también en los casos en que no haya una tal norma de Derecho positivo. Si

---

706 Cfr. sobre ello *supra*, p. 109 y s.

707 Ch. PERELMAN, *Eine Studie über Gerechtigkeit*, p. 58.

no se puede extraer ninguna regla de la ley, entonces hay que construirla<sup>708</sup>.

El esquema de fundamentación (J.1.1) es insuficiente en todos los casos complicados. Tales casos complicados se presentan, por ejemplo: (1) cuando una norma, como por ejemplo el § 823 ap. 1 del BGB, contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho, (2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas<sup>709</sup>, (3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas<sup>710</sup>, o (4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones.

---

708 Por ello (J.2.1) Y (J.2.2) sirven para asegurar lo que LUHMANN llama «praxis de decisión universalista» (N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 29). La universalidad es vista por WIEACKER como característica necesaria de la decisión jurídica. Cfr. Fr. WIEACKER, *Über strengere und unstrengere Verfahren der Rechtsfindung*, pp. 440 y ss.; *Id.*, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtsfindung*, pp. 411 y ss. WIEACKER proporciona aquí no sólo argumentos conceptuales (analíticos) sino también una fundamentación de Derecho positivo: Puesto que las fundamentaciones exigidas por las leyes procesales, por ejemplo por el § 312 párr. 1 Nr. 4 ZPO, «son comprobables por los jueces de instancia, deben ser intelectualmente objetivadas (en este sentido: racionales); y como son comprobadas por los tribunales de apelación por 'infracciones de ley' (cfr. §549 ZPO) y por 'no aplicación o no correcta aplicación de la ley' (cfr. §550 ZPO), deben permitir que se reconozca como razón para la determinación de una regla general (ley o principio jurídico; art. 2 EGBGB; art. 20 GG)» (*Ibid.*, *Über strengere und unstrengere Verfahren der Rechtsfindung*, p. 442). Cfr. además H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> ed. p. 250: «Sólo en cuanto aplicación de una tal norma general no positiva es justificable jurídicamente la norma individual establecida judicialmente.»

709 Sobre estos conceptos cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.<sup>a</sup> ed., pp. 239 y ss. Tales reglas aclarativas, limitativas o extensivas pueden a su vez tomarse de la ley o formularse por los aplicadores del Derecho.

710 Cfr. sobre ello J. WRÓBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality, of Judicial Decision*, pp. 43 y ss.

Un ejemplo sencillo puede aclarar esto. Es un hecho que «a» ha matado a su mujer mientras esta dormía y que no existe ni circunstancias ni razones especiales que justifiquen este hecho o que excluyan o disminuyan la culpa. El juez tiene que probar –justamente como el científico del Derecho que discute el caso– si es de aplicación la norma expresada en el § 211 ap. 1 del StGB («El asesino será castigado con la pena de cadena perpetua»)<sup>711</sup>. Esta norma puede formularse en la siguiente forma lógica<sup>712</sup>:

$$(1) (x) (Tx \rightarrow ORx)$$

T está definido en el § 211 ap. 2 por medio de nueve características ( $M_1 - M_9$ )<sup>713</sup>. El § 211 ap. 2 puede ser reducido a la siguiente forma:

$$(2) (x) (M_1^1 x \vee M_2^1 x \vee \dots \vee M_9^1 x \leftrightarrow Tx).$$

De (1) y (2) se sigue:

$$(3) (x) (M_1^1 x \vee M_2^1 x \vee \dots \vee M_9^1 x \leftrightarrow ORx).$$

---

711 Sobre la posibilidad de expresar normas, como sucede en el código penal, mediante enunciados en indicativo, cfr. G. H. v. WRIGHT, *Norm and Action* p. 101 y s.

712 Hay que destacar que son posibles muchas otras formalizaciones del § 211 parr. 1 StGB. Así, se podría entender como una norma sobre la aplicación de las sanciones dirigida a los jueces, y establecer que el juez es considerado como destinatario de la norma en el campo de los operadores deónticos. Cfr. sobre ello K. MAKONEN, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*, Turku, 1965, pp. 27 y ss., así como H. H. KEUTH, *Zur Logik der Normen*, Berlin, 1972, pp. 25 y ss.). Aquí no es necesario decidir qué formalización sea la mejor. La mencionada en el texto no es imposible: «... será castigado con la pena de privación perpetua de libertad» puede considerarse como predicado, y ello es suficiente para los objetivos de esta investigación.

713 El índice «1» en « $M_1^1$ » significa que aquí se trata de una característica del primer nivel del desarrollo; el índice «9», que «M» es la novena de varias características.

(3) dice que si se da al menos una de las propiedades, se produce la consecuencia jurídica  $ORx$ . « $M_5^1$ » significa «... ha matado a un hombre con alevosía». De (3) se sigue ahora

$$(4) (x) (M_5^1 x \leftrightarrow ORx).$$

Según la definición usada por los tribunales, mata alevosamente quien «se aprovecha conscientemente de la buena fe e indefensión de su víctima para matarla» ( $M_5^2$ )<sup>714</sup>.

Por tanto vale:

$$(5) (x) (M_5^2 x \leftrightarrow M_5^1).$$

« $M_5^2$ » por su lado se da si el autor mata a alguien que no espera ser atacado y que sólo tiene una reducida posibilidad de defenderse del ataque ( $M_5^3$ )<sup>715</sup>.

Por tanto vale:

$$(6) (x) (M_5^3 x \leftrightarrow M_5^2 x).$$

Resulta ahora obvio que alguien que mata a una persona dormida, sin que existan especiales circunstancias, como medidas de seguridad de la víctima (S), debe considerarse como alguien que cumple « $M_5^3$ » y, por tanto, hay que aceptar

$$(7) (x) (Sx \rightarrow M_5^3 x)^{716}.$$

Establecido como presupuesto

$$(8) Sa$$

De (1)-(8) se sigue

$$(9) ORa.$$

---

714 BGHSt 23,119 (120); en forma semejante BGHSt 9,385 (390); 11,139 (143).

715 BGHSt 23,119 (120); cfr. además A. SCHÖNKE/ H. Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 18.<sup>a</sup> ed. München 1976, § 211 subs. 13 a.

716 BGHSt 23,119 (120).

Aquí no está en juego la corrección de las premisas utilizadas para la fundamentación de (9). Esto es objeto de la justificación externa. En este contexto sólo es importante la comprensión de la estructura de la justificación interna que permite este ejemplo.

Y lo más importante que permite ver es que con ayuda de cada una de las premisas (2), (5), (6) y (7) que sirven para el desarrollo de la norma a aplicar (1), se puede obtener una norma cada vez más concreta. La cadena de las normas cada vez más concretas puede especificarse de la siguiente manera:

- (3)  $(x) (M_1^1x \vee M_2^1x \vee \dots M_9^1x \leftrightarrow ORx)$  (de [1] y [21])
- (4)  $(x) (M_5^1x \rightarrow ORx)$  (de [3])
- (5')  $(x) (M_5^2x \rightarrow ORx)$  (de [3] y [5])
- (6)  $(x) (M_5^3x \rightarrow ORx)$  (de [5'] y [6])
- (7)  $(x) (Sx \rightarrow ORx)$  (de [6] y [7])

Cada una de estas normas, junto con las condiciones dadas en el antecedente, es suficiente para fundamentar la decisión jurídica en cuestión. Esto muestra la relevancia normativa de las premisas (2), (5), (6) y (2). Estas premisas pueden entenderse como reglas para el uso de las expresiones utilizadas en los anteriores pasos de la fundamentación. Sin proceder a ulteriores diferenciaciones, pueden denominarse «reglas de uso de las palabras». Tales reglas de uso de las palabras pueden tener, como lo muestra el ejemplo, una forma fuerte  $(x) (Fx \leftrightarrow Gx)$  y una forma débil  $(x) (Fx \rightarrow Gx)$ . Las premisas de forma fuerte pueden ser sustituidas, en la fundamentación, por las de forma débil. Por ello, la forma débil puede verse como forma standard.

Si no es seguro si *a* es un *T* al que por tanto no le es aplicable sin más la forma más simple de justificación interna antes indicada (J.1.1), entonces hay que aducir al menos reglas de la forma standard para el uso de *T*. Sin tales reglas sería posible tratar a dos individuos *a* y *b*, iguales en todos los aspectos relevantes, una vez como *T* y otra vez como no *T*. Esto contradice el principio de universalidad. La exigencia de aducir reglas de uso de las palabras puede fundamentarse, por tanto, a través del principio de universalidad. Dicha exigencia no vale sólo para el caso en que es dudoso si *a* es un *T*, sino también para los casos en que se plantean dudas en otros niveles de fundamentación. Rige en consecuencia la regla siguiente, la tercera de justificación interna:

(J.2.3) Siempre que exista duda sobre si *a* es un *T* o un *M*<sup>i</sup>, hay que aducir una regla que decida la cuestión<sup>717</sup>.

(J.2.3) proporciona, junto con (J.2.2), la siguiente forma de justificación interna que es, al mismo tiempo, rudimentaria y general:

---

717 Para una exigencia que se corresponde con (J.2.3) cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 300: «Incluso si el juez tiene que interpretar de nuevo una determinada expresión o un determinado enunciado jurídico en el caso a decidir por él, puede hacerlo no sólo precisamente para este caso, sino de tal manera que su interpretación pueda mantenerse también para todos los otros casos semejantes. Contradiría a la exigencia de justicia de tratar igual a los casos iguales, así como también a la seguridad jurídica procurada por la ley, si los jueces interpretaran las mismas disposiciones en casos semejantes, ahora de una manera, ahora de otra.

- (J.1.2)
- (1)  $(x) (Tx \rightarrow ORx)$
  - (2)  $(x) (M^1x \rightarrow Tx)$
  - (3)  $(x) (M^2x \rightarrow (M^1x)$
  - 
  - 
  - 
  - (4)  $(x) (Sx \text{ — } M^n x)$
  - (5) Sa
  - (6) Ora (1)-(5)<sup>718</sup>

(J.1.2) es rudimentaria porque no tiene en cuenta la posibilidad de estructuras más complicadas de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas. (J.1.2) es general porque aclara la estructura lógica de cada desarrollo de una específica característica siguiendo la descripción de los hechos (Sa)<sup>719</sup>.

---

718 El esquema (J.1.2) muestra con claridad que la cuestión de si la interpretación depende de la obtención de la premisa mayor o menor puede tratarse como un problema terminológico. A partir de (2)-(5) en (J.1.2) se sigue «Ta» (5'). A partir de (1) y (5') se sigue (6). Ahora podría considerarse a (1) como premisa mayor, a (5') como premisa menor y a (2)-(5) como la fundamentación de la premisa menor. Una alternativa a ello consistiría en considerar como premisa mayor a la norma « $(x) (Sx \rightarrow ORx)$ » (4') que se obtiene a partir de (1)-(4), como premisa menor a (5), y como fundamentación de la premisa mayor a (1)-(4). (4') sería algo así como la norma de decisión de EHRlich (cfr. E. EHRlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München/Leipzig, 1913, pp. 104 y ss.). Entre estas posibilidades, un número creciente de pasos de desarrollo da lugar a un número creciente de nuevas soluciones.

719 En (J.1.2) se trata de la fundamentación de una obligación. (J.1.2) se podría entender fácilmente de forma totalmente general, de manera que pudiera sustituirse el operador deóntico «O» por una variable de operadores deónticos. De esta manera (J.1.2) representaría también la forma lógica de fundamentación de prohibiciones y permisos. Aquí no se usa tal variable únicamente por razones de simplificación.

Surge ahora la pregunta de cuántos pasos de desarrollo son necesarios. Para esto se pueden formular dos reglas:

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

En este caso,  $M^n$  se convierte en  $S^{720}$ . Muy pocos y muy amplios pasos de desarrollo pueden hacer resaltar sólo oscuramente el contenido normativo de estos pasos. Por un lado, son fácilmente atacables; por otro lado, tales ataques serán con frecuencia no específicos. Efectuar muchos pasos es en verdad engorroso, pero arroja claridad. Tiene por tanto pleno sentido exigir:

(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

Las reglas y formas descubiertas hasta ahora se refieren a la estructura formal de la fundamentación jurídica. El punto decisivo es el de la seguridad de la universabilidad. Pueden designarse por ello como «reglas y formas de la justicia formal».

Las anteriores observaciones pueden dar lugar a algunos malentendidos. El malentendido más grave sería interpretar la exigencia de deducibilidad lógica expresada a través de (J.2.2), de manera que la fundamentación jurídica consista sólo en la deducción a partir de las normas previamente dadas. El ejemplo indicado muestra que lo que se afirma no es esto. Muestra claramente que en los casos más complicados se necesita, para la fundamentación de las decisiones jurídicas, una serie de premisas como (5), (6) y (7) que no pueden ser deducidas de ninguna ley. En muchos casos, la norma con que se comienza no es ni siquiera una norma de Derecho positivo. La exigencia de la deducción lleva precisamente a lo contrario del encubrimiento de la parte creativa de la

---

720 Cfr. sobre ello, J. RÖDIG, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahren*, p. 183.

aplicación del Derecho: las premisas no extraídas del Derecho positivo aparecen claramente en toda su extensión. Este es quizás el aspecto más importante de la exigencia de justificación interna. El justificar estas premisas no extraídas directamente del Derecho positivo es tarea de la justificación externa.

Otra equivocación sería pensar que el modelo antes establecido no toma suficientemente en consideración la interrelación entre hecho y norma. Parte demasiado unilateralmente de la norma a desarrollar y por ello no hace justicia a la exigencia del «ir y volver de la mirada»<sup>721</sup>.

Tampoco esto parece acertado. Para fundamentar las reglas necesarias para cada particular nivel de desarrollo, es necesario entrar en profundidad tanto en las especificidades de los hechos como en las particularidades de la norma. Esto ocurre en la justificación externa, en la que son posibles todos los argumentos admisibles en el discurso jurídico. Las reglas expuestas de la fundamentación interna que tienden un puente sobre el abismo existente entre la norma y la descripción del hecho pueden, si así se desea, ser vistas como el resultado del proceso caracterizado con la metáfora del ir y volver de la mirada.

---

721 Este concepto fue introducido por ENGISCH en la discusión del método jurídico con una observación más bien casual (cfr. K. ENGISCH *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, p. 15, así como su aclaración en: *Id.*, *Einführung in das juristische Denken*, p. 203 [nota 361], p. 206 [nota 54]). Fue acogida en particular por la hermenéutica jurídica (cfr. sobre ello K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pp. 183 y ss., 263 y ss.). Juega también un papel relevante en el modelo de KRIELE de decisión jurídica (cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 197 y ss.). ESSER observa críticamente que con esta fórmula no se ha ganado aún mucho. Para que el camino de ida y vuelta no se convierta en un «camino sin fin» son necesarios criterios «que permitan encarrilarse en favor de una determinada subsunción» (J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 79). Señalar tales criterios es tarea de la teoría de la justificación externa.

Con ello resulta al mismo tiempo claro que las formas de la justificación interna no pretenden reproducir el curso de las deliberaciones efectuadas de hecho por los órganos decisorios. Hay que distinguir claramente entre el proceso de descubrimiento (*process of discovery*) y el proceso de justificación (*process of justification*)<sup>722</sup>. Como descripción del proceso de descubrimiento puede valer el modelo elaborado por KRIELE de hallazgo y comprobación de hipótesis de normas<sup>723</sup>. Aquí sólo interesa que las deliberaciones del decisor o de los decisores deben llevar a una justificación que se corresponda con las formas señaladas. Por ello, claro está, las exigencias del proceso de justificación repercuten en el proceso de descubrimiento.

Es muy fácil además sobrevalorar o infravalorar el significado de las formas y reglas de la justificación interna.

ENGISCH indica con razón que «extraer una conclusión como tal... (supone) un esfuerzo mínimo; la principal dificultad estriba en hallar las premisas»<sup>724</sup>. Sin embargo, la exigencia de justificación interna no carece de sentido. En la justificación interna debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente. Presupuestos que de otra manera quedarían escondidos, deben ser formulados explícitamente<sup>725</sup>. Esto aumenta

---

722 Cfr. sobre ello R. A. WASSERSTROM, *The Judicial Decision*, Stanford, 1961, p. 27.

723 Cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 197 y ss.

724 K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, p. 13; de manera semejante KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 51; J. WRÓBLEWSKI, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*. p. 43.

725 Cfr. sobre ello J. RÖDIG, *Über die Notwendigkeit einer besonderen Logik der Normen*, p. 178; *Id.*, *Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, p. 151. Cfr. además U. DIEDERISCHSEN, *Die «reductio ad absurdum» in der Jurispru-*

la posibilidad de reconocer y criticar errores<sup>726</sup>. El aducir reglas universales facilita la consistencia de la decisión y contribuye, por ello, a la justicia y a la seguridad jurídica.

(J.1.1) y (J.1.2), así como (J.2.1)-(J.2.5), aseguran por ello sin duda una cierta medida de racionalidad. La racionalidad que garantizan es ciertamente relativa a la racionalidad de las premisas. El juicio sobre la racionalidad de una decisión pertenece, pues, al campo de la justificación externa. De ello hay que tratar ahora.

## 2. La justificación externa

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se puede distinguir: (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo.

Estos distintos tipos de premisas se corresponden con distintos métodos de fundamentación. La fundamentación de una regla en tanto regla de Derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En la fundamentación de premisas empíricas puede recurrirse a una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso.

---

*denz*, en: *Festschrift K. LARENZ*, München, 1973, p. 156: «Puesto que el jurista... también está vinculado por las leyes fundamentales del pensamiento, la parte valorativa de la decisión de un problema jurídico, por la que él debe asumir la responsabilidad con su fundamentación, sólo resulta clara del todo si se tienen presente previamente las estructuras... de validez general de la fundamentación de la decisión

726 Cfr. R. A. WASERSTROM, *The Judicial Decision*, p. 173.

Finalmente, para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo sirve lo que puede designarse como «argumentación jurídica».

En particular, existen múltiples relaciones entre estos tres procedimientos de fundamentación. Así, en la fundamentación de las premisas que no tienen un carácter jurídico-positivo ni empírico juegan un papel considerable las reglas del Derecho positivo y los enunciados empíricos. En la fundamentación de una norma según los criterios de validez de un ordenamiento jurídico puede ser necesario interpretar las reglas que definen los criterios de validez. Esto tiene especial importancia si entre los criterios de validez se encuentran límites constitucionales; por ejemplo, un catálogo de derechos fundamentales<sup>727</sup>. La argumentación jurídica puede ser de una importancia decisiva no sólo en la interpretación de una norma válida, sino también en el establecimiento de la validez de esa norma. Finalmente, esto vale también para el establecimiento de hechos empíricos. Así, de la interpretación de una regla de la carga de la prueba puede depender qué sea lo que se considere como hecho en la fundamentación. Precisamente, estas variadas interrelaciones hacen necesario, si uno no quiere confundirlo todo, distinguir cuidadosamente los tres métodos de fundamentación mencionados. Sólo así pueden analizarse sus interconexiones.

En la exposición que sigue se resaltaré la fundamentación de las premisas que no son ni reglas de Derecho positivo, ni enunciados empíricos. Cuando en lo que sigue se hable de «justificación externa» hay por ello que referirlo a la justificación de estas premisas.

---

727 Cfr. sobre ello H. L. A. HART, *The Concept of Law*, p. 102 y s.

### 2.1. *Los seis grupos de reglas y formas de justificación externa*

Las formas de argumentos<sup>728</sup> y las reglas de justificación externa pueden clasificarse grosso modo en seis grupos: reglas y formas (1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general y (5) de la argumentación empírica<sup>729</sup>, así como (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos<sup>730</sup>. Si uno quisiera designar estos grupos con una sola palabra, podría elegir las palabras: (1) ley. (2) dogmática, (3) precedente, (4) razón, (5) empirie y (6) formas especiales de argumentos jurídicos.

Tarea de una teoría de la justificación externa es, en primer lugar, el análisis lógico de las formas de argumentación que se reúnen en estos grupos. El principal resultado de este análisis es la comprensión de la necesidad y posibilidad de su vinculación. La investigación de las interconexiones entre argumentos de distintas formas debe aclarar ante todo el papel de la argumentación empírica y de la argumentación práctica general en el discurso jurídico.

---

728 Sobre el concepto de forma de argumento cfr. *supra*, pp. 142 y s.

729 La argumentación empírica sirve tanto directamente para la justificación de los enunciados empíricos que se emplean en la justificación interna, como también para la justificación de los enunciados empíricos que se emplean en la justificación externa de enunciados no empíricos.

730 Para la clasificación de las reglas y formas de la justificación externa cfr. Fr. MÜLLER, quien distingue los seis grupos siguientes de «elementos de concreción»: (1) elementos metodológicos, (2) elementos del campo normativo, (3) elementos dogmáticos. (4) elementos de teoría, (5) elementos de técnicas de solución de problemas y (6) elementos de política constitucional y jurídica (Fr. MÜLLER, *Juristische Methodik*, pp. 266, 146 y ss.).

## 2.2. Sobre la argumentación empírica

La argumentación empírica en sí misma no puede examinarse aquí en detalle. Sólo puede señalarse su relevancia, que consiste en que casi todas las formas de argumentación jurídica –al igual que casi todas las formas de argumentación práctica general– incluyen enunciados empíricos. Aquí hay que tomar en consideración enunciados de tipos completamente distintos. Así, algunas formas de argumentación presuponen enunciados sobre hechos singulares, sobre acciones concretas, motivos de los actores, sucesos o estados de cosas. En otros se requieren enunciados sobre regularidades de las ciencias naturales o de las ciencias sociales. Además, se puede distinguir entre enunciados sobre acciones, sucesos o estados de cosas pasados, presentes y futuros. Estos enunciados pueden corresponder de nuevo a diversos campos científicos, como la economía, la sociología, la psicología, la medicina, la lingüística, etc.<sup>731</sup>.

De ello resulta claramente que una teoría que tenga en cuenta consecuentemente la argumentación empírica necesaria en las fundamentaciones jurídicas tendría que ocuparse de casi todos los problemas del conocimiento empírico<sup>732</sup>. A ello se añaden los problemas de la inclusión del conocimiento empírico en la

---

731 Para un análisis de los enunciados empíricos usados por el Tribunal Constitucional Federal cfr. K. J. PHILIPPI, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, Köln/ -Berlin/Bonn/München, 1971. Para los distintos tipos de conocimientos necesarios en la argumentación jurídica cfr. además Chr. STARCK, *Empirie in der Rechtsdogmatik*, en: «J7» 1972, p. 614. Sobre la importancia del conocimiento científico-social sólo se citará, de entre la amplia literatura existente, K. D. OPP, *Soziologie im Recht*, Reinbek, 1973, pp. 79 y ss., y W. NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, Frankfurt a. M., 1972, pp. 34 y ss.

732 En este lugar habría que referirse a toda la teoría de la ciencia, así como a toda la literatura psicológica y sociológica que se ocupa del proceso de conocimiento.

argumentación jurídica, que sólo pueden resolverse mediante una cooperación interdisciplinaria<sup>733</sup>.

En la teoría del discurso práctico general se toma en cuenta la importancia del conocimiento empírico por medio de la regla de transición (6.1): «Cualquier hablante puede en cualquier momento pasar a un discurso teórico (empírico).» Esta regla rige también en el discurso jurídico. Al igual que en el discurso práctico general, también aquí queda abierta la cuestión de cómo hay que proceder en el discurso empírico.

Tanto en el discurso práctico general como en el discurso jurídico surge el problema de que frecuentemente el conocimiento empírico necesario no puede obtenerse con la certeza deseable. En esta situación se necesitan reglas de la presunción racional. Al mismo tiempo, la relevancia del conocimiento empírico para las argumentaciones jurídicas difícilmente puede ser sobrevalorada<sup>734</sup>. En numerosas disputas jurídicas la apreciación de los hechos juega el papel decisivo. Si hay acuerdo sobre los enunciados normativos que hay que aceptar, la decisión depende únicamente de qué hechos hay que tomar como base.

Ciertamente, sería equivocado pensar que se puede reducir el discurso jurídico a un discurso empírico. Esto es tan poco posible en el caso del discurso jurídico como en el caso del discurso práctico general. Las razones que se exponen para ello en la teoría del discurso práctico general valen también para el discurso jurídico.

Aunque en las consideraciones que siguen se pondrá también siempre de manifiesto la relevancia de los argumentos

---

733 La capacidad de cooperación interdisciplinaria presupone desde luego una adecuada formación. Sobre esto cfr. por todos K. D. OPP, *Ibid.*, pp. 219 y ss.

734 Sobre ello cfr. por ejemplo R. ROTTLEUTHNER, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, pp. 205 y ss.

empíricos, sin embargo, el punto esencial reside en la relación de las formas de argumentación práctica general y las formas de argumentación jurídica. Se procurará analizar la interrelación de las distintas formas de argumentación desde esta perspectiva.

### 2.3. *Los cánones de la interpretación*

Los cánones de la interpretación han sido, desde SAVIGNY<sup>735</sup>, objeto de muchas discusiones. Hasta hoy no hay acuerdo en cuanto a su número, su formulación precisa, su jerarquía y su valor. Tiene poco sentido tomar postura en esta disputa sin saber lo que son estos cánones. Por ello, hay que tratar en primer lugar de su estructura lógica.

Es conveniente discutir la estructura lógica de los cánones mediante un modelo lo más sencillo posible de justificación interna. En lo que sigue se utilizará la expresión abreviada de (J.1.2.)

- (1)  $(Tx \rightarrow ORx)$  (R)
- (2)  $(Mx \rightarrow Tx)$  (W)
- (3) Ma
- (4) ORa      (1)-(2)

A partir de (1), la norma R, y de (2), la regla de uso de las palabras, W, se sigue la norma concreta R'

- (2')  $(x) (M x \rightarrow ORx)$

R' puede designarse como «Interpretación de R a través de W» ( $I_{W}^R$ ). Una de las tareas más importantes de los cánones consiste en la fundamentación de tales interpretaciones. Sin embargo, su función no se agota aquí. Se pueden utilizar también directa-

---

735 Fr. C. V. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 1, Berlin, 1840. pp. 212 y ss.

mente en la fundamentación de normas no positivas, así como en la fundamentación de muchos otros enunciados jurídicos.

La discusión sobre los cánones que sigue no tiene la finalidad de suministrar un análisis ni completo ni detallado de las formas de argumentación que se sintetizan tradicionalmente con los argumentos interpretativos. Su sentido consiste simplemente en aclarar la función de estas formas de argumentación en el discurso jurídico. A tal efecto, es suficiente con destacar algunas características típicas de algunas formas. Para ello, los cánones pueden agruparse en seis grupos: los de la interpretación semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica<sup>736</sup>. Se mostrará que estos grupos constituyen clases bastante distintas de formas de argumentos.

### 2.3.1. *Sobre las formas concretas de argumentos*

(1) Puede hablarse de *argumento semántico* cuando se justifica, se critica o se afirma como posible, con referencia al uso del lenguaje, una interpretación R' de R. La regla W debe entenderse aquí como una *especificación* del lenguaje natural o de un lenguaje técnico, en particular el de la Jurisprudencia. Si W supone una *determinación*<sup>737</sup> de la decisión en relación con uno de estos lenguajes, entonces no existe ningún argumento semántico, pues tal determinación no puede justificarse por referencia a un uso existente. Para esto se necesitan otros argumentos adicionales.

Los argumentos semánticos pueden usarse para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible, al menos semánticamente. De acuerdo con ello, se pueden distinguir tres formas de argumentos:

---

736 Para otras clasificaciones cfr. *supra*, pp. 27 y s.

737 Sobre los conceptos de especificación [*Festsellung*] y determinación [*Festsetzung*] de un lenguaje cfr. E. V. SAVIGNY, *Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren*, München, 1970, p. 22.

(J.3.1) R' debe aceptarse como interpretación de R, sobre la base de  $W_i$

(J.3.2) R' *no puede aceptarse* como interpretación de R sobre la base de  $W_k$ :

(J.3.3) Es *posible* aceptar R' como interpretación de R, y es *posible* no aceptar R' como interpretación de R, pues no rigen ni  $W_i$  ni  $W_k$ .

El uso de argumentos de esta forma implica la afirmación de la validez o de la no validez de  $W_i$  y/o  $W_k$ . Aquí no hay que discutir sobre cómo pueda fundamentarse la afirmación de que una regla semántica tiene o no validez. Pueden imaginarse tantas formas distintas, como distintas sean las invocaciones del hablante a su competencia lingüística, la investigación empírica y la referencia a la autoridad de diccionarios.

Los argumentos de la forma (J.3.1) y (J.3.2) son definitivos si, sobre la base de una regla semántica, se establece que a cae bajo la norma R o bien que no es este el caso. El argumento semántico es suficiente aquí para la fundamentación de una decisión por medio de R<sup>738</sup>. La situación es bastante distinta en el caso de aplicabilidad de (J.3.3). Aquí, la interpretación semántica lleva al resultado de que, sólo con medios semánticos, no se puede

---

738 Argumentos de la forma (J.3.1) y (J.3.2) sustentan la fundamentación de una decisión sólo relativamente a una norma R (aquí:  $R_1$ ). Si no se quiere aceptar este resultado fundamentado por medio de argumentos semánticos de las formas indicadas, es posible modificar  $R_1$ . En caso de aplicabilidad indeseada de  $R_1$ , esto puede tener lugar limitando  $R_1$  ((x) [ $T_1x \rightarrow ORx$ ]), con ayuda de una característica F adecuada para a, a  $R_2$  ((x) [ $T_1x \wedge \neg Fx \rightarrow ORx$ ]) (reducción teleológica). En caso de inaplicabilidad indeseada de  $R_1$  es posible, por ejemplo por medio de la forma de argumento por analogía, fundamentar una norma  $N_3$  ((x) [ $T_2x \rightarrow ORx$ ]) en la que a cae bajo  $T_2$  en forma diferente que bajo  $T_3$ . Se puede establecer

alcanzar ninguna decisión<sup>739</sup>. Sólo se puede determinar que T es vago y que a cae dentro del campo de vaguedad de T<sup>740</sup>. La cuestión de si a cae bajo T no puede contestarse por medio de una especificación del lenguaje, sino por medio de una determinación. Las formas de argumentos que ahora se van a discutir sirven, entre otras cosas, para justificar tales determinaciones.

(2) Se tiene un *argumento genético* cuando se justifica una interpretación R' de R, porque la misma se corresponde con la voluntad del legislador. Se pueden distinguir dos formas fundamentales de argumentos genéticos. La primera existe cuando se dice que  $I_W^R = R'$  era el objeto directo de la voluntad del legislador; la segunda, cuando se afirma que el legislador persiguió con R los fines  $Z_1, Z_2, \dots Z_n$  en la combinación K ( $[Z_1, Z_2, \dots Z_n] K$ ), y la validez de R en la interpretación  $I_W^R$  es necesaria para la realización de  $(Z_1, Z_2, \dots Z_n) K$ . Esta segunda forma fundamental viene a ser una variante del argumento teleológico. Si se escribe  $(Z_1, Z_2, \dots Z_n) K$  abreviadamente como Z, entonces ambas formas tienen la siguiente estructura:

(J.4.1)     · (1) R' ( $=I_W^R$ ) es querido por el legislador  
              · (2) R'

(J.4.2)     · (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z.  
              · (2)  $\neg R' (=I_W^R) \rightarrow \neg Z$   
              · (3) R'

---

por ello de manera general que quien quiere argumentar contra una decisión fundamentada a través de (.1.3.1) o (J.3.2), debe estar en condiciones de fundamentar una norma no jurídico-positiva como R<sub>2</sub> o R<sub>3</sub>.

739 Cfr. sobre ello la pertinente observación de SAVIGNY sobre el conocimiento de la vaguedad: «Pero precisamente por ello, termina con la clara comprensión de la naturaleza de la duda existente y al mismo tiempo no se cierra con sudisolución» (Fr. C. V. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 1, Berlin, 1840, p. 228).

740 Sobre el concepto de vaguedad cfr. W. P. ALSTON, *Vagueness*, en: *The Encyclopedia Philosophy*, vol. 8, pp. 219 y ss.; con bibliografía adicional.

Ni en (J.4.1) ni en (J.4.2),  $R'$  se sigue lógicamente de la o de las premisas mencionadas. En (J.4.1) es necesaria una premisa adicional o regla de inferencia<sup>741</sup> que tenga, por ejemplo, el siguiente contenido:

(a) El que el legislador desee que  $R$  se interprete mediante  $W$  ( $I_W^R = R$ ) es una razón para la validez de  $R'$ .

Más interesantes son las premisas o reglas de inferencia presupuestas en (J.4.2):

(b) El que el legislador persiga con  $R$  el fin  $Z$  es una razón para que en la aplicación de  $R$  sea obligatorio perseguir  $Z$ .

(c) Si es obligatorio perseguir el fin  $Z$ , entonces también es obligatorio cualquier medio necesario para la realización de  $Z$ .

(a) y (b) están formulados en forma relativamente débil. La voluntad del legislador es sólo *una razón* para una interpretación. Esto abre la posibilidad de razones en contra. Más interesante es la regla de inferencia (c) que se basa en el esquema<sup>742</sup>:

---

741 Sobre la cuestión de si reglas como (a)-(c) deben clasificarse como premisas o como reglas de inferencia cfr. *supra*, pp. 131 y ss.

742 Un argumento de la forma (S) puede reducirse sin dificultades a una forma como (4.2) o (4.3). En un caso de (4.2), se aduce por ejemplo como razón para  $N$  la consecuencia  $F$  de una acción  $a$  que, a través de  $N$ , se afirma como ordenada. La descripción de la consecuencia  $F$  en (4.2) se corresponde con  $Z$  en (S). En (4.2)  $R$  significa que una acción está ordenada si tiene como consecuencia a  $F$ . Esto se expresa en (S) no aduciendo una regla, sino por medio de  $OZ$ . La premisa  $\neg M \rightarrow \neg Z$  está presupuesta en (4.2), al afirmar que  $F$  es una consecuencia de  $a$ . En (4.2)  $N$  significa que  $a$  está ordenado. En (S) la correspondiente  $a$  está ordenada en cuanto al medio  $M$  para  $Z$  ( $OM$ ).

En este lugar hay que subrayar una vez más que tanto (4.2) como también (S) son las formas básicas más simples. No sólo se pueden distinguir muchas otras formas, sino que estas mismas formas pueden analizarse con un detalle considerablemente mayor. Aquí sólo es importante el hecho de que argu-

- (S) · (1) OZ
- (2)  $\neg M \rightarrow \neg Z$
- (3) OM

En el lenguaje ordinario, (S) se puede formular, entre otras, de la de la forma siguiente:

- (1) Es obligatorio lograr el estado de cosas Z
- (2) Si no se da M, entonces no se logra tampoco Z. (es decir, M es una condición para Z)
- (3) Es obligatorio que se dé M.

(S) puede verse como una variante de un silogismo práctico<sup>743</sup>. Para probar la validez de (S) serían necesarias consideraciones fundamentales en relación tanto con la lógica deóntica como con la teoría de la relación medio-fin. Tales consideraciones no pueden efectuarse aquí. La intuitiva plausibilidad de (S), sin embargo, permite suponer que tales investigaciones llevarían a muchas precisiones, modificaciones y limitaciones que, sin embargo, no afectarían básicamente a la validez de (S)<sup>744</sup>. Con esta restricción puede aceptarse (S) y, por tanto, (c) y (J.4.2).

Las formas de la interpretación semántica incluyen enunciados sobre la validez de las reglas semánticas; las de la interpretación genética, enunciados sobre la voluntad del legislador. Estos enunciados no

---

mentos de las formas de argumento antes mencionadas (S), como también (J.4.2), pueden transformarse, de la manera descrita, en las formas correspondientes a (4.2) o (4.3). Esto vale también para las otras formas de argumentos jurídicos, aún por elaborar, que se basan en (S).

743 Sobre los distintos significados de este concepto cfr. *supra*, p. 136.

744 Para un esquema como (S) cfr. O. WEIMBERGER, *RECHTSLOGIK*, Wien/ New York, 1970, p. 219 y s., quien considera tal esquema «bastante convincente, aunque no por encima de toda duda.»

son frecuentemente explícitos. Se afirma sencillamente que una determinada interpretación expresa el tenor de la norma, la voluntad del legislador o el fin de la norma. En tal caso, el argumento es incompleto. Para completarlo son necesarios enunciados del tipo indicado. Esto puede llamarse «requisito de saturación». La validez de los argumentos en las diversas formas depende de la validez de los enunciados que se establecen para dicha saturación. Para fundamentar la validez de estos enunciados son necesarios argumentos de nuevas formas.

La fundamentación de los enunciados necesarios para la saturación de las formas del argumento genético es a menudo muy difícil y, con frecuencia, imposible. Ello va unido al hecho de que, por un lado, no es claro quién deba considerarse como sujeto de la «voluntad del legislador», y a que, por otro lado, no es posible con frecuencia determinar claramente el contenido de esta voluntad. ¿Es la totalidad de los parlamentarios el sujeto de la voluntad en cuestión? Si es así, qué ocurre si la mayoría de los parlamentarios no tiene ninguna idea sobre una determinada prescripción de uno de los productos legislativos. ¿Deben adoptarse las interpretaciones de quienes, por ejemplo en un ministerio, han redactado la ley y han debatido en distintos comités y comisiones? ¿Qué ocurre si se expresaron distintas opiniones o si la propia expresión de estas opiniones necesita a su vez de interpretación?<sup>745</sup>

Estas preguntas muestran claramente las dificultades de las argumentaciones genéticas<sup>746</sup>. Aquí sólo puede señalarse que tan-

---

745 Sobre estos problemas cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pp. 315 y ss., así como A. MENNICKEN, *Das Ziel der Gesetzesauslegung*, Bad Homburg/Berlin/Zürich, 1970, pp. 30 y ss. con numerosas indicaciones bibliográficas.

746 Para un caso típico de argumentación crítica genética cfr. J. ESSER, *Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkzeugs*, en: «JZ» 1975, pp. 555 y ss.

to en la determinación de la voluntad de quienes participan en el proceso de la legislación como en la especificación de un uso del lenguaje, de lo que se trata es de establecer hechos<sup>747</sup>. Por ello, la argumentación semántica y la genética aparecen como casos especiales de la argumentación empírica.

(3) Se puede hablar de *argumento histórico* cuando se aducen hechos que se refieren a la historia del problema jurídico discutido, en cuanto a razones en favor o en contra de una interpretación. Aquí se aludirá a una forma especialmente interesante de argumento histórico. Consiste en exponer que: (1) ya una vez se practicó una determinada solución del problema discutido; (2) ésta condujo a la consecuencia F; (3) F es indeseable; (4) las situaciones no son entre sí tan distintas como para que F no ocurra ya hoy, y (5) por tanto, la solución en cuestión no es hoy aceptable. Se trata aquí de un caso de aprendizaje de la historia. Lo importante es que un argumento de esta forma no presupone sólo conocimiento histórico, sociológico y económico, sino que con (3) se incluye también una premisa normativa, que tiene que fundamentarse.

(4) En los *argumentos comparativos* se toma como referencia, en lugar de un estado de cosas jurídico anterior, uno de otra sociedad. La forma de argumento recién mencionada puede transformarse, mediante una pequeña modificación, en una de tipo comparativo. Una forma tal de argumento comparativo incluye, precisamente como en la del argumento histórico, además de numerosas premisas empíricas, al menos una premisa normativa.

---

747 Cfr. por ejemplo Fr. WIEACKER, *Über strengere und unstrenge Verfahren der Rechtsfindung*, p. 432, quien habla de la «intención empírica del legislador histórico».

(5) Con la expresión *argumento sistemático* se comprende tanto la referencia a la situación de una norma en el texto legal<sup>748</sup>, como la referencia a la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, fines y principios. Aquí sólo se tratará de lo último. Cuando entran en juego relaciones teleológicas estamos ante un argumento sistemático-teleológico<sup>749</sup>. Estos argumentos se entienden mejor en el contexto de la argumentación teleológica. En sentido estricto, sólo deben considerarse como argumentos sistemáticos aquellos que se refieren únicamente a las relaciones lógicas entre normas.

La forma más importante de argumento sistemático en este sentido estricto es la indicación de una contradicción normativa<sup>750</sup>. Si la interpretación de  $R_1$  por medio de  $W$ ,  $R'_1$ , contradice a la norma  $R_2$  que debe reconocerse como válida, entonces tiene que abandonarse  $R_1$ . La indicación de una contradicción lleva a un resultado, sólo si todas las interpretaciones de  $R_1$  menos una están excluidas por otras normas. Con frecuencia, no es este el caso.

(6) Un esclarecimiento completo del concepto de *argumento teleológico* presupone un análisis detallado de los conceptos de fin y de medio, así como de los conceptos vinculados a éstos de voluntad, intención, necesidad práctica y fin<sup>751</sup>.

---

748 Para esta argumentación a partir del «sistema externo», cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 313.

749 Para la conexión entre los argumentos sistemáticos y teleológicos cfr. K. LARENZ, *Ibid.*, p. 315; K. ENGISCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, p. 79.

750 Los argumentos relacionados con la evitación de contradicciones normativas son casos de aplicación de la regla general del discurso (1.1); Cfr. *supra*, pp. 264 y ss.

751 Para un análisis de este tipo cfr. W. STEGMÜLLER, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, vol. I *Wissenschaftliche Er*

Aquí no puede emprenderse semejante análisis de detalle. Sin embargo, es posible, incluso sin una investigación completa, efectuar algunas consideraciones sobre la estructura de la argumentación teleológica, que son importantes para este trabajo.

En el contexto de la discusión sobre la interpretación genética se mostró que hay argumentos teleológicos en los que quienes argumentan pueden aludir directamente a los fines del legislador histórico. Aquí se consideran aquellos argumentos teleológicos en los que esto no es posible. Siguiendo a LARENZ, se denominarán «teleológico-objetivos».<sup>752</sup>

Los argumentos teleológico-objetivos se caracterizan porque quien argumenta se refiere no a fines de personas realmente existentes en el pasado o en el presente, sino más bien a fines «racionales» o «prescritos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente». Con ello surge la cuestión de qué fin hay que contemplar como racional o como prescrito objetivamente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. La respuesta de la teoría del discurso consiste en afirmar que son fines racionales o prescritos objetivamente en el marco del ordenamiento jurídico vigente aquellos que establecerían quienes deben tomar decisiones en el marco del ordenamiento jurídico vigente sobre la base de la argumentación racional. La comunidad de quienes deben tomar decisiones en el marco del

---

*klärung und Begründung*, ed. corregida, Berlin/ Heidelberg/ New York, 1974, pp. 518 y ss.; G. H. v. WRIGHT, *On So-Called Practical Inference*, «Acta Sociologica» 15 (1972/73), pp. 39 y ss. De entre los escritos jurídicos cfr., en cuanto toma de postura crítica, R. DREIER, *Zum Begriff der «Natur der Sache»*, Berlin, 1965, pp. 103 y ss.

752 Cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 322.

ordenamiento jurídico vigente, sobre la base de la argumentación racional, es el sujeto hipotético de los fines propuestos en los argumentos teleológico-objetivos. Las afirmaciones finalistas de los intérpretes son hipótesis sobre los fines establecidos por este sujeto hipotético. Su corrección debe fundamentarse por medio de la argumentación racional.

Los fines de que se trata en la interpretación teleológica no son por ello fines que se determinen empíricamente, sino fines caracterizados normativamente. Dicho fin caracterizado normativamente debe entenderse aquí como un estado de cosas prescrito o un suceso prescrito<sup>753</sup>.

Que un estado de cosas o un suceso está prescrito puede simbolizarse mediante «OZ». Que la interpretación  $I_W^R = R'$  es necesaria para alcanzar Z (por tanto, que es un medio para Z)<sup>754</sup>, puede indicarse a través de una expresión de la forma  $\neg R' (= I_W^R) \rightarrow Z$ . La expresión más simple de un argumento teleológico-objetivo tiene por ello la siguiente forma:

- (J.5)           · (1) OZ  
                  · (2)  $\neg R' (= I_W^R) \rightarrow Z$   
                  (3) R'

(J.5) se corresponde con la forma de argumento genético (J.4.2) salvo en el hecho de que Z no es querido por el legislador,

---

753 Sobre los conceptos «estado de cosas» y «sucesos» cfr. G. H. v. WRIGHT, *Norm and Action*, pp. 25 y ss.

754 Que  $I_W^R = R'$  es un medio para Z puede significar varias cosas: (1) la aplicación de R' en un caso concreto es un medio para Z, (2) el seguimiento general de R' es un medio para Z, (3) la validez de R' es un medio para Z. Aquí se partirá de que la validez de R' es un medio para Z.

sino que debe ser afirmado como algo objetivo<sup>755</sup>. El esquema general en que se basa, precisamente como en (J.4.2), es

- (S)           · (1) OZ  
                  · (2)  $\neg M \rightarrow \neg Z$   
                  (3) OM

(J.5) presupone la validez de dos premisas completamente distintas. «OZ», (1), es un enunciado normativo, y « $\neg M \rightarrow \neg Z$ », (2), un enunciado empírico. Para fundamentar la verdad de (2) es necesario el conocimiento de legalidades empíricas. Los argumentos teleológicos remiten por ello a argumentaciones empíricas. Si, lo que no es raro, no existe disputa sobre (1), entonces la decisión depende sólo de argumentos empíricos. Esto muestra la considerable importancia de las argumentaciones empíricas en el discurso jurídico.

Aquí sólo interesa la fundamentación de (1). (1) es casi siempre fundamentado en relación con la norma a aplicar. Se afirma que, a causa de la validez de R, está prescrita la realización del estado de cosas Z. Frecuentemente, Z se fundamenta no por referencia a una única norma, sino por referencia a un grupo de normas. En ninguno de estos casos, sin embargo, Z se sigue lógicamente de las normas a que se alude en la fundamentación. Se necesitan por ello nuevos argumentos. Únicamente no es así, si una norma prescribe directamente la consecución de Z.

---

755 (J.5) se corresponde con la combinación de las formas de argumentos analizadas por DREIER bajo la denominación de argumentación «práctica técnica» y «argumentación práctica objetiva a partir de la naturaleza de las cosas». (J.5) es práctica objetiva en la medida en que Z se complete como objetivamente debido. (J.5) es práctica técnica porque (J.5) incluye la proporción de que si R debe servir al fin Z, entonces R debe estar investido de la propiedad «interpretado a través de W» (cfr. R. DREIER, *Zum Begriff der «Natur der Sache»*, pp. 106 y ss., 120 y ss. y 124).

Usualmente ocurre que a una norma o un grupo de normas pueden atribuírsele no un fin, sino diversos fines que, o bien se excluyen entre sí, o bien sólo pueden realizarse limitándose recíprocamente<sup>756</sup>. Aquí es necesario mostrar como obligatoria una determinada combinación de fines ( $[Z_1 Z_2, \dots, Z_n] K$ ). Esto presupone la aplicación de reglas de preferencia.

Los problemas más difíciles de la argumentación teleológica surgen si  $Z$  o  $(Z_1 Z_2, \dots, Z_n) K$  –en lo que sigue, una vez más, sólo hablaremos de  $Z$ – no puede describirse únicamente a través de expresiones empíricas. Este es el caso cuando  $Z$  es un estado de cosas que es definido de manera que en él rigen determinadas normas<sup>757</sup>.

Un caso límite de tal estado de cosas se da cuando  $Z$  puede dominarse de manera que se trata de un estado de cosas en el que rige la norma a fundamentar  $R'$ . En este caso, la referencia a  $Z$  sólo puede cumplir la función de aclarar qué significa la validez de  $R'$ .

Por regla general, para la descripción de un tal estado de cosas son necesarias normas de tipo general o principios<sup>758</sup>.  $Z$  es entonces

---

756 Para la comprensión de que una norma es ningún caso está sólo ordenada a un fin, cfr. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 120; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, p. 80.

757 Cfr. sobre ello *supra*, p. 324.

758 Por «principios» debe entenderse aquí proposiciones normativas de un alto nivel de generalidad como: «debe respetarse la dignidad humana», «supuestos de hecho iguales deben tratarse igual» y «cada uno debe responder por las deficiencias en sus círculos comerciales». Debido a su alto grado de generalidad, estas proposiciones no son utilizables directamente para fundamentar una decisión. Se necesitan premisas normativas adicionales. Sobre el concepto de principio cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1965, pp. 87 y ss.; *Id.*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der richterlichen Rechtsfindung*, p. 42; C. -W CANARIS, *System-denken*

el estado de cosas en que rigen los principios P1, P2, ..., Pn. La argumentación teleológica se vuelve con ello argumentación a partir de principios<sup>759</sup>. El problema de la argumentación a partir de principios no consiste tanto en la justificación de los principios cuanto, mucho más, en que la norma a fundamentar no se sigue por regla general de los principios. Se necesita una concreción de los principios con ayuda de nuevos enunciados normativos.

### 2.3.2. *El papel de los cánones en el discurso jurídico*

Para clarificar el papel de los cánones en el discurso jurídico hay que distinguir seis puntos: (1) el campo de su aplicabilidad, (2) su status lógico, (3) el requisito de saturación, (4) las diversas funciones de las diversas formas, (5) el problema de su jerarquía y (6) la resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso jurídico.

(1) Las distintas formas de argumentos han sido consideradas hasta ahora como formas de argumentos en favor o en contra de una determinada interpretación I de una norma R presupuesta, a través de una regla de uso de las palabras, W ( $I_W^R = R'$ ).

Con la excepción de la interpretación semántica, todas las formas de argumentos pueden además utilizarse en una multitud

---

*und Systembegriff in der Jurisprudenz*, pp. 48 y ss.; K. LARENZ, *Ibid.*, p. 458. Sobre el concepto de generalidad cfr. R. M. HARE, *Principles*, p. 2 y, así como *supra*, p. 109.

759 Cfr. por ejemplo K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pp. 323 y ss., quien –desde luego sin distinguir entre estados de cosas y principios– incluye a principios como el de igualdad de trato y a los principios éticos entre los «criterios de interpretación teleológico-objetivos». Cfr. además K. ENGISCH, *Ibid.*, 81 quien por razones como las arriba mencionadas defiende la idea de que la denominación «interpretación a partir de razones» sería más adecuada que la de «interpretación a partir de fines».

de nuevos contextos. Tales contextos son, en particular, el conflicto de normas, la restricción del campo de aplicación de las normas, y la fundamentación de normas que no pueden deducirse de la ley. Así, por ejemplo, en un conflicto de normas puede aducirse que el legislador asignó a una norma una especial importancia. En caso de fundamentación de una interpretación restrictiva son posibles referencias a regulaciones paralelas y ya acreditadas en otros Estados, y en caso de fundamentación de una norma que no se extrae del Derecho positivo puede aducirse como argumento un fin que debe perseguirse. La caracterización tradicional de las formas de argumentos que se discuten dentro de los cánones de la interpretación es demasiado estrecha.

(2) Cuál sea el status lógico de los cánones es una cuestión discutida. ROTTLEUTHNER les niega carácter de regla. Sólo pueden tener la función de «informar sobre puntos de vista relevantes, de indicar líneas de investigación»<sup>760</sup>. HART los designa como «reglas generales para el uso del lenguaje»<sup>761</sup>. MÜLLER habla de «elementos de concreción» y de «momento(s) de un único proceso de interpretación»<sup>762</sup>, LARENZ de «puntos de vista rectores a los que se asigna un peso variable»<sup>763</sup>.

Las anteriores consideraciones han mostrado que las distintas formas de argumentos no son en realidad reglas. No indican qué deba hacerse o que haya que tratar de alcanzar condicionada o incondicionalmente. Por otro lado, son más que simples puntos

---

760 H. ROTTLEUTHNER, *Richterliches Handeln*, p. 30; *Id.*, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, p. 197.

761 H. L. A. HART, *The Concept of Law*, p. 123.

762 Fr. MÜLLER, *Juristische Methodik*, p. 145.

763 K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 332.

de vista o líneas de investigación. Como mejor cabe designarlas, para usar un concepto de PERELMAN, es como esquemas de argumentos (*schèmes d'arguments*)<sup>764</sup>. Se trata de esquemas de enunciados de una forma determinada, a partir de los cuales se sigue lógicamente un enunciado de forma determinada, o bien dicho enunciado puede ser fundamentado de acuerdo con una regla presupuesta. Por esta razón se les designa como «formas de argumentos»<sup>765</sup>.

En cuanto formas de argumentos, los cánones caracterizan a la estructura del ordenamiento jurídico. Un análisis completo de todas las formas de argumentos posibles en el discurso jurídico daría algo así como una gramática de la argumentación jurídica. Con ello, para proseguir con la analogía, ciertamente no se habría dicho todavía nada sobre lo que deba afirmarse por medio del lenguaje construido según esa gramática. Sin embargo, ello mostraría cómo debe procederse para alcanzar un resultado racional.

(3) Un argumento de una determinada forma sólo es completo si contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma. A ello se le llama el requisito de saturación<sup>766</sup>. Las premisas que necesitan ser saturadas son de distinto tipo. Con ello se corresponden maneras completamente distintas de fundamentación.

Un papel relevante lo juegan las fundamentaciones empíricas. Deben fundamentarse empíricamente la especificación de un uso del lenguaje, las afirmaciones sobre la voluntad del legislador o de las personas que participan en el proceso de la legislación,

---

764 Ch. PERELMAN/ L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, p. 252.

765 Sobre el concepto de forma de argumento cfr. *supra*. p. 142.

766 Cfr. *supra*, p. 327.

sobre anteriores estados de cosas jurídicos o sobre el estado del Derecho en otros Estados, así como las hipótesis que sirven de base a las afirmaciones sobre consecuencias.

Además de los enunciados empíricos, las formas de argumentos contienen premisas normativas que no se extraen de la ley. Esto vale, por ejemplo, para las formas de interpretación histórica, comparativa y teleológica, que presuponen la caracterización de estados de cosas. En la fundamentación de estos presupuestos normativos no hay que recurrir siempre, de ninguna manera, directamente al medio del discurso práctico general. Así, para la fundamentación puede utilizarse ante todo un argumento comparativo. Para la fundamentación de la valoración presupuesta en este argumento puede hacerse referencia a fines que están unidos a otras normas. Sólo en este punto pueden ser necesarios argumentos prácticos de tipo general.

La exigencia de saturación asegura la racionalidad del uso de los cánones. Ello excluye la simple afirmación de que un argumento pueda ser el resultado de una determinada interpretación literal, histórica o finalista de la norma. Siempre es necesario aducir premisas empíricas o normativas, cuya verdad o corrección puede ser en cualquier momento objeto de nuevas discusiones: La regla:

(J.6) debe resultar saturada toda forma de argumentación que haya que contar entre los cánones de la interpretación, impide por ello habladurías vacías.

(4) Las distintas formas cumplen diferentes funciones. Las formas de la argumentación semántica y genética se refieren a la vinculación de los órganos decisores, respectivamente, con el tenor de la ley y con la voluntad del legislador. Las formas históricas y comparativas permiten la incorporación de la experiencia del pasado y de otras sociedades. La interpretación sistemática sirve, entre otras cosas, para liberar de contradicciones al ordenamiento

jurídico. Finalmente, las formas teleológicas abren el campo a la argumentación práctica racional de tipo general. Con ello se caracteriza respectivamente sólo una función particularmente importante de los distintos grupos de formas.

(5) La distinta función de las distintas formas permite aclarar ya que argumentos de formas distintas puedan llevar, en el contexto de la discusión de un problema, a soluciones completamente distintas. De ello resulta una doble inseguridad en el uso de los cánones. Una forma puede ser saturada de distintas maneras, y puede emplearse distintas formas para la fundamentación de diferentes conclusiones.

La cuestión de la relación entre los argumentos de formas distintas se discute como un problema de establecer un catálogo de grados o una jerarquía de los cánones. Hasta hoy, ninguna propuesta de un tal catálogo ha encontrado un reconocimiento general<sup>767</sup>. La posibilidad, y también la necesidad, de tal ordenación es valorada de maneras distintas. Según ESSER, hay que «juzgar fracasada la esperanza de que se pueda indicar un catálogo de grados "en la serie de los pasos de interpretación"»<sup>768</sup>. KRIELE ha presentado sobre ello una serie de importantes argumentos<sup>769</sup>. LARENZ se esfuerza por conseguir una cierta determinación de la relación entre los cánones, pero también él llega a la conclusión de que no hay «una relación de orden invariable» entre las distintas formas. «Están en una relación de reciprocidad y sus pesos respectivos se determinan, y no en último término, de acuerdo con lo que resulta en cada caso»<sup>770</sup>. MÜLLER fundamenta una primacía de los argu-

---

767 Cfr. Fr. MÜLLER, *Juristische Methodik*, p. 198.

768 J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 124 y s.

769 M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 85 y ss.

770 K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 334 y s.

mentos semánticos y sistemáticos desde una perspectiva del Estado de Derecho<sup>771</sup>. ENGISCH es de la opinión de que si la determinación de la ordenación de los métodos de interpretación es «sencillamente imposible de resolver», entonces ya no hay «en absoluto ninguna vaga confianza en que basar la superación de los problemas de la aplicación del Derecho»<sup>772</sup>. Él plantea para la discusión un catálogo de prioridades según el cual, en primer lugar, de acuerdo con la teoría subjetiva, debe ser decisiva la voluntad del legislador, y sólo si ésta no puede determinarse con seguridad son pertinentes argumentos teleológico-objetivos<sup>773</sup>. Sin embargo, limita el valor de este catálogo al declarar que la polémica entre las teorías objetiva y subjetiva de la interpretación «aún no ha sido definitivamente resuelta y, como todos los verdaderos problemas de fundamentos, nunca podrá resolverse de manera definitiva»<sup>774</sup>.

(6) La teoría del discurso no puede tampoco ofrecer una solución del problema, por ejemplo mediante la elaboración de un catálogo de grados y decidiéndose en favor de la teoría objetiva o subjetiva de la interpretación, o mediante la construcción de una fórmula que ponga ambas cosas en relación. Pero puede efectuar una contribución a la desactivación del problema al mostrar de qué manera hay que usar oportunamente las distintas formas de argumentos.

Aquí aparecen como ventajosas dos características de la teoría del discurso. La primera de estas características consiste en que la teoría del discurso da cuenta también de la dimensión

---

771 Fr. MÜLLER, *Ibid.*, p. 202 y ss.

772 K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, p. 225 (nota 82 d).

773 *Ibid.*, pp. 230 y ss.

774 *Ibid.*, p. 96. Sobre la disputa entre la teoría subjetiva y objetiva de la interpretación cfr. A. MENNICKEN, *Das Ziel der Gesetzesauslegung*, pp.30 y ss., 75 y ss.

pragmática de la fundamentación; la segunda, en que en ella no se pretende proporcionar criterios tan fuertes como para que pueda determinarse con seguridad un resultado, simplemente sobre la base del conocimiento de la teoría del discurso<sup>775</sup>. Lo que se indica son reglas y formas cuyo cumplimiento o utilización hace que aumente la probabilidad de que en una discusión se llegue a una conclusión correcta, es decir, racional. Pero tan sólo sobre la base de estas reglas y formas no puede decirse – fuera de los casos de necesidad discursiva– cuál deba ser el resultado. Para ello hay que proceder a una discusión real o imaginaria.

Para asegurar la vinculación de esta discusión con el Derecho vigente, hay que exigir que los argumentos que expresan una vinculación tengan *prima facie* un mayor peso. Si un proponente (P) apela, en favor de su propuesta de solución, al tenor literal o a la voluntad del legislador histórico, y el oponente (O) en cambio aduce un fin racional en favor de una propuesta de solución divergente, entonces los argumentos de P deben prevalecer, a no ser que O pueda aducir no sólo buenas razones en favor de sus afirmaciones, sino también buenas razones en favor de que sus argumentos son más fuertes que los de P. En la duda, tienen preferencia las razones de P. La siguiente regla de carga de la prueba en la argumentación rige por tanto como regla pragmática:

(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen Sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

---

775 Sobre ello Cfr. *supra*, pp. 36 y ss., y 201 y ss.

Esta regla deja abierta la cuestión de cuándo existen motivos racionales para asignar un menor peso a los argumentos que expresan una vinculación. Esto queda librado a los participantes en el discurso jurídico. Sin embargo, ello no significa que esta decisión sea arbitraria. Sólo son motivos racionales los que pueden justificarse en una discusión jurídica racional. En una tal discusión sobre el uso de los argumentos jurídicos son admisibles todos los argumentos posibles en el discurso jurídico. Aquí ciertamente jugarán un papel decisivo los argumentos prácticos de tipo general pues, en todo caso, los argumentos jurídicos sobre los que se discute no pueden ser empleados en esta discusión. El problema de la jerarquía aparece por ello como un problema a resolver, ante todo, por medio de la argumentación práctica general.

El hecho de delegar la decisión en la razón de quienes argumentan no significa que la determinación de la relación entre los cánones esté siempre abierta y deba efectuarse de nuevo en cada caso. Las determinaciones de peso a efectuar por los participantes en el discurso en los distintos contextos de interpretación valen por ello, porque deben tener lugar a partir de razones, no sólo para el caso discutido, sino para todos los casos iguales en los aspectos relevantes<sup>776</sup>. El principio de universalidad, en cuanto principio básico de la teoría del discurso, exige por ello que el uso de las formas de argumentos tenga lugar según reglas que establezcan una relación entre los mismos que sea fundamentable racionalmente. Surge por ello la regla siguiente como variante del principio de universalidad:

(J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

---

776 Cfr. *supra*. pp. 106 y ss.

Tales reglas sólo pueden desarrollarse con referencia a determinados contextos de interpretación y determinados sectores del Derecho. Además, puesto que los contextos de interpretación y los sectores del Derecho cambian, nunca llega a tenerse una certeza definitiva.

(J.8) es una regla del discurso práctico general acerca del uso de los cánones. Se puede especificar todavía de manera análoga otra regla general del discurso.

(2.2.a) y (2.2.b) aseguran, con la exigencia de libertad de discusión, la admisibilidad de todos los argumentos. En relación con la argumentación jurídica, esto significa que hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible formular. Rige por ello la regla:

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación<sup>777</sup>.

Se puede decir, en resumen, que los cánones no ofrecen una garantía de que se «encuentre el único resultado correcto... con una seguridad relativamente grande»<sup>778</sup>, pero sin embargo son más que simples instrumentos de legitimación secundaria de una decisión la cual se puede encontrar y fundamentar de distintas maneras. Son formas de las que tiene que servirse la argumentación jurídica si quiere cumplir con la pretensión de corrección que se plantea en ella y que, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, se refiere también de manera especial a la vinculación a la ley.

---

777 Para una exigencia paralela cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 335.

778 Cfr. M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 85.