

## El Estado de Derecho y el carácter argumentable del Derecho

### INTRODUCCIÓN

**E**l Estado de Derecho es una virtud destacable de las sociedades civilizadas. Cuando rige el Estado de Derecho, el gobierno de un Estado o de una institución política no estatal como la Unión Europea, o de entidades políticas dentro de Estados, tales como Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte en el Reino Unido, se realiza dentro de un marco establecido por el Derecho. Esto proporciona una importante seguridad para la independencia y la dignidad de cada ciudadano. Cuando prevalece la ley, uno sabe dónde está y qué puede hacer sin verse enredado en litigios civiles o en el sistema de justicia penal.

No puede haber un Estado de Derecho sin reglas para el Derecho. Estas pueden tomar la forma de disposiciones en tratados o en textos constitucionales o en actos legislativos o en precedentes judiciales. Valores como la seguridad jurídica y la certeza jurídica solo pueden ponerse en práctica en la medida en que un Estado esté gobernado de acuerdo con reglas previamente anunciadas que sean claras e inteligibles en sí mismas. También deben formar parte de un sistema jurídico caracterizado por la consistencia entre sus numerosas reglas, y por una cierta coherencia global de principio en el sistema en conjunto. Así que las reglas solas no son suficientes por

sí mismas. Desde un punto de vista moral, la seguridad jurídica y la certeza jurídica tienen un valor considerable debido a la calidad de vida que ofrecen a los ciudadanos, del modo mencionado hace un momento. Al contrario que la moral, o el orden moral, los sistemas jurídicos comprenden, entre otras cosas, un gran conjunto de reglas enunciadas con autoridad. A menudo están respaldadas por un gran conjunto de precedentes cuidadosamente registrados en los informes de decisiones judiciales, y por discusiones jurídicas y doctrinales sobre los principios y los valores que se exploran en los precedentes y que están implícitos en la legislación. Todo ello establece un marco de previsibilidad razonable en la propia vida y una protección razonable de intervenciones arbitrarias, ya sea de funcionarios públicos o de ciudadanos particulares.

Existen razones para pensar que el juicio moral es bastante particularista, que cada decisión depende de sus propios hechos y circunstancias particulares, y que conduce a la acción sobre la base de un juicio sólido sobre las razones para la decisión que están presentes en cada contexto de decisión<sup>12</sup>. Esta visión es discutible (y yo, por ejemplo, no la comparto), pero al menos podemos convenir con quienes la mantienen en que la moral carece de algo similar a un libro de leyes, y no da lugar a bibliotecas llenas de decisiones registradas que sirvan como precedentes. Así que la parte del particularismo moral que afirma que los juicios morales se producen sin recurrir a un conjunto establecido de reglas y principios puede aceptarse<sup>13</sup>. Al aceptarla, al momento reconocemos una diferencia grande e importante entre el orden jurídico y el orden moral. También encontramos un aspecto del Derecho que tiene valor moral. Pues es moralmente valioso para la gente tener reglas comunes que estén disponibles para propósitos tales como regular la distribución de posesiones entre las personas, o enfrentarse a problemas complejos de coordinación como el planteado por el tráfico de vehículos de motor en las calles y

---

<sup>12</sup> Véase una representación reciente y muy fuerte de esta visión en Jonathan DANCY, *Ethics Without Principles* (Oxford: Clarendon Press, 2004).

<sup>13</sup> Compárese con DANCY, *Ethics Without Principles* pp. 82, 190, que se comenta posteriormente en el Capítulo 5 sección 1.

carreteras contemporáneas<sup>14</sup>. El Derecho, por supuesto, no tiene un valor moral concluyente, ya que las reglas jurídicamente establecidas en ocasiones, o quizá incluso a menudo, puede que no lleguen a ser un ideal moral razonable, e incluso puede que a veces un examen tal las condene.

Esto no significa que el Derecho sea siempre cierto y la moral incierta. A veces ocurre lo contrario. A pesar de que el Derecho comprende o incluye un gran cuerpo de reglas, también puede ser un lugar de amargas e interminables discusiones y disputas. La interpretación y la aplicación adecuadas de las reglas jurídicas, así como la demostración e interpretación de los hechos pertinentes a la aplicación de la ley, pueden ser enormemente problemáticos. Las teorías sobre la indeterminación del lenguaje crean dudas sobre la posibilidad de la seguridad jurídica que proclaman los partidarios del Estado de Derecho. Los problemas son evidentes cuando se presentan argumentos que ponen en duda las que parecían ser las certezas más apreciadas del Derecho. El reconocimiento del Estado de Derecho como ideal político no es más antiguo que el reconocimiento del dominio del Derecho como un lugar de argumentación, un vivero para la retórica más elegante y persuasiva pero también a veces la más dudosa. Entonces la retórica puede volverse contra sí misma.

El argumento a partir de proposiciones comunes o puntos de partida (*topoi*) es común en la retórica, pero puede parecer a veces que las verdades comunes del pensamiento ordinario están en flagrante contradicción mutua. Acabamos de identificar un caso concreto. La idea del carácter argumentable del Derecho parece echar un jarro de agua fría sobre cualquier idea de certeza o seguridad jurídica. Si no puede haber seguridad jurídica, ¿cómo puede ser el Estado de Derecho tan valioso como se afirma? ¿Qué posibilidad hay de reconciliar las dos? La propia retórica podría ser la disciplina que se aplique para intentar encontrar una reconciliación o un equilibrio convincentes entre dos lugares comunes en aparente contradicción mutua<sup>15</sup>. Este capítulo introductorio, por tanto, propondrá algunas reflexiones sobre

---

<sup>14</sup> Véase T. HONORÉ, 'The Dependency of Morality on Law' *Oxford Journal of Legal Studies* 13 (1993) 1-13.

<sup>15</sup> Compárese con Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *The New Rhetoric: A Treatise on Argument* (trad. J. Wilkinson y P. Weaver), (Notre Dame, Ind. y

la retórica y la argumentación en el Derecho con vistas a trazar el camino hacia una posible reconciliación<sup>16</sup>.

## 1. PRIMER LUGAR COMÚN: EL CARÁCTER ARGUMENTABLE DEL DERECHO

El Derecho es una disciplina argumentativa. Sea cual sea la pregunta o problema que tengamos en mente, si la planteamos como una pregunta o un problema jurídico, buscamos una solución o una respuesta en términos de una proposición que parezca correcta en tanto que cuestión de Derecho, al menos que se pueda defender que es correcta, aunque preferiblemente que sea concluyente. Para comprobar si es correcta o genuinamente defendible, o quizá incluso concluyente, pensamos en qué argumentos podrían presentarse a favor de la respuesta o la solución planteada. Podemos poner a prueba los argumentos que hemos planteado construyendo todos los contraargumentos que se nos puedan ocurrir. Si se dice tal cosa en los argumentos de un lado, se dirá aquella otra en los del otro lado. Al pensar en lo que parece ser el argumento más fuerte o los argumentos más fuertes en aquel lado, comprobamos la fuerza de los argumentos en este lado. Al averiguar cuál es el caso en contra que tienen que afrontar y, si es posible, derrotar, los abogados modelan sus argumentos de la mejor forma posible. La opinión sobre la fuerza de un caso depende de una evaluación de la fuerza rival de conjuntos de argumentos opuestos. También puede depender (cuando se trata de una cuestión basada en demostraciones de hechos) de la opinión sobre la fuerza o el peso de las pruebas en relación con los hechos en cuestión. Asimismo, puede depender de la probabilidad de que, una vez demostrados, encajen bien en el argumento jurídico que uno desea hacer.

---

London: University of Notre Dame Press, 1969) 83-85. [Traducido como *Tratado de la argumentación: La nueva retórica* (Madrid: Gredos, 1989). (N. del T.)]

<sup>16</sup> Este capítulo es una versión modificada considerablemente de una presentación en el Simposio Perelman en el XX Congreso Mundial de Filosofía, celebrado en Boston en agosto de 1998, y publicada en las actas del Congreso y también, en otra versión, en D. DYZENHAUS (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order* (Oxford: Hart Publishing 1999) 163-195.

Esto no es una ciencia exacta, dado que no es una ciencia en absoluto sino una habilidad práctica, un arte práctico. Sin embargo, mucho depende del conocimiento y el aprendizaje (no es casual que se llame al Derecho una ‘profesión liberal’). Los argumentos jurídicos son siempre de algún modo argumentos sobre el Derecho, o argumentos sobre cuestiones de hecho, de pruebas o de opinión, de acuerdo con la relación que estas tienen sobre el Derecho, o el Derecho sobre ellas. Conocer un gran cuerpo de aprendizaje jurídico, y de hecho estar íntimamente familiarizado con él, es esencial tanto para presentar como también para evaluar argumentos de alta calidad en el Derecho. Las ciencias jurídicas, el estudio estructurado y ordenado de la doctrina jurídica, son por tanto una de las bases esenciales del Derecho como praxis. Muchas personas de gran erudición manifiestan poco talento para la argumentación forense; algunas personas de considerable talento y habilidad carecen de la dedicación necesaria para dominar completamente el Derecho. Lo necesario es la combinación.

El proceso de evaluación de la fuerza relativa de argumentos opuestos será sin duda una cuestión de grado, una cuestión de opinión en la que es necesario el juicio. Si a menudo los argumentos parecen empatados, ¿cómo podemos saber con seguridad cuál es el más fuerte? La respuesta es que muy escasas veces podemos saberlo con certeza, no de la misma forma que en los argumentos demostrativos<sup>17</sup>, donde la aceptación de las premisas como axiomáticas o como empíricamente verdaderas nos permite derivar de ellas una conclusión que no puede ser puesta en duda si se mantienen sus premisas. En el Derecho, la convicción subjetiva es posible en ocasiones, cuando para usted o para mí un cierto conjunto de argumentos apunta firmemente hacia cierta conclusión, y todos los contraargumentos que se han presentado ante nosotros o que se nos puedan ocurrir parecen tremendamente débiles

---

\* *N. del T.* En inglés: *learned profession*.

<sup>17</sup> Ronald DWORKIN es un proponente especialmente enérgico de la acertada idea de que el carácter no demostrativo de los argumentos jurídicos no impide que sean sin embargo argumentos sólidos, en un contexto en el que un argumento sólido puede rebatir genuinamente a otro. Véase *Law's Empire* (London: Fontana Books, 1986) pp. 9-15 [Traducido como *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 2009). (*N. del T.*)], y compárese con S. Guest, *Ronald Dworkin* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991) pp. 141-144.

en comparación. Esta puede ser una certeza compartida o intersubjetiva, cuando una comunidad de expertos<sup>18</sup> comparte tal visión, hasta el punto incluso de tratarla como prácticamente axiomática. Pero tal convicción compartida, tal actitud compartida de estar seguro de algo, no es lo que se entiende por certeza en el otro sentido: lo que es ciertamente verdadero, tanto si alguien lo cree como si no.

Supongo que todo esto es un lugar relativamente común entre quienes tienen algún interés en el Derecho, ya sea como materia de estudio o como profesión práctica. Es el tipo de opinión común que conduce a otras posturas relacionadas, tales como: (a) que el Derecho no es lógico; (b) que la lógica no realiza ninguna contribución a la argumentación jurídica; (c) que el Derecho no tiene nada que ver con la verdad, sino únicamente con lo que puede ser demostrado según los procesos del Derecho y los estándares probatorios, aplicados a cualquier prueba que el Derecho considere pertinente y admisible. El que tales posturas sean realmente corolarios necesarios de nuestro punto de partida común dista mucho de ser obvio. Las cuestiones relacionadas con la lógica se discutirán en los capítulos tercero y cuarto de este libro. Pero el propio punto de partida se mantendrá como un elemento clave que debe comprender quien quiera entender la naturaleza y el carácter del Derecho como actividad práctica. Este es, por lo tanto, nuestro lugar común inicial sobre el Derecho: en la medida en que el Derecho es lo que subyace a las reclamaciones jurídicas o acusaciones y las defensas jurídicas, el Derecho es algo argumentable, a veces, pero no siempre, de manera concluyente, pero siempre al menos de manera persuasiva.

## 2. SEGUNDO LUGAR COMÚN: EL ESTADO DE DERECHO

Al primer lugar común debe contraponerse al instante el segundo lugar común opuesto que ya hemos señalado sobre el Estado de Derecho. Cuando en alguna organización política hay un cuerpo de leyes establecidas y reconocidas que gobiernan el comportamiento de

---

<sup>18</sup> Compárese con Aulis AARNIO, *The Rational as Reasonable* (citado en lo sucesivo como *Rational as Reasonable*) (Dordrecht: Kluwer Academic, 1987) pp. 221-225. [Traducido como *Lo racional como razonable* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991). (N. del T.). Existe una versión actualizada que forma parte de esta misma colección, Palestra, Lima 2016 (N. del E.)].

las personas dentro de las facultades de tal organización política, el estricto cumplimiento de todas esas leyes, especialmente por parte de quienes ostentan el poder gubernamental, es de un valor incalculable. Cuando las leyes se cumplen fielmente, rige el Estado de Derecho; y las sociedades que viven bajo un Estado de Derecho disfrutan de grandes beneficios en comparación con las que no lo hacen. El Estado de Derecho es una condición que es posible conseguir bajo gobiernos humanos. Entre los valores que puede garantizar, ninguno es más importante que la seguridad jurídica, excepto quizá sus compañeros, la seguridad de las expectativas jurídicas y la protección de los ciudadanos de la intervención arbitraria de los gobiernos y sus agentes<sup>19</sup>. Esto es así porque una sociedad que logra la seguridad jurídica y la certeza jurídica permite a sus ciudadanos llevar vidas autónomas en condiciones de confianza mutua.

Cuando se respeta el Estado de Derecho, la gente puede tener una certeza razonable por adelantado acerca de las reglas y los estándares por medio de los cuales su conducta será juzgada, y los requisitos que deben satisfacer para que sus transacciones tengan validez jurídica. De esta forma pueden tener una seguridad razonable en sus expectativas sobre las conductas de otros, y en especial de quienes ostentan puestos oficiales bajo el Derecho. Pueden poner en cuestión acciones gubernamentales que afecten a sus intereses exigiendo una justificación jurídica clara de la acción oficial o la anulación de actos injustificables por medio de su revisión por parte de un cuerpo judicial independiente. Se dice a menudo que esto es posible siempre y cuando haya un sistema jurídico compuesto principalmente de reglas claramente enunciadas que normalmente solo funcionen de manera prospectiva, que estén expresadas en términos de categorías generales, que no sean mandatos a individuos o grupos pequeños escogidos con una atención especial. Las reglas deben establecer unos requisitos de conducta que sean realizables de manera realista, y conjuntamente

---

<sup>19</sup> Compárese con J. RAZ, 'The Rule of Law and its Virtue', en RAZ, *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979) pp. 210-229. [Traducido como *La autoridad del Derecho* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1985). (N. del T.)]

deben formar un patrón común, no un caos de exigencias arbitrarias y contradictorias<sup>20</sup>.

Muchas personas, y ciertamente yo soy una de ellas, encuentran atractivos tanto el primer lugar común como el lugar común contrario expuestos arriba. Creo en la cualidad argumentativa del Derecho, y la encuentro admirable en una sociedad abierta. Debemos mirar todos los aspectos de esta importante cuestión, no conformarnos enseguida con un prejuicio o una aparente certeza. Debemos escuchar todos los argumentos y celebrar, no deplorar, la cualidad argumentable que parece intrínseca al Derecho.

Pero también creo en el Estado de Derecho, y creo que nuestra vida como humanos en comunidad con otros se enriquece enormemente con él. Sin él, no hay posibilidad de hacer realidad la dignidad de los seres humanos como participantes independientes aunque interdependientes en las actividades públicas y privadas de una sociedad. Tal tipo de dignidad y tal independencia en la interdependencia son, desde mi punto de vista, valores morales y humanos fundamentales. ¿Cómo es posible creer en ambos? ¿Puede ser esto algo más que una creencia ilusoria? Estas son las preguntas que se nos plantean. ¿Podemos reconciliar el lugar común del ‘carácter argumentable del Derecho’ con la ideología del ‘Estado de Derecho’?

### 3. HACIA LA RECONCILIACIÓN

#### a) Teorías retóricas

La estrategia para intentar reconciliar los lugares comunes opuestos que adoptaré aquí depende del reconocimiento de una restricción fundamental en el proceso de la argumentación jurídica. Esta restricción puede encontrarse en la llamada ‘tesis del caso especial’ sugerida por Robert Alexy<sup>21</sup>. Es decir, la argumentación jurídica debe

<sup>20</sup> El *locus classicus* para este tipo de visión sigue siendo L. L. FULLER, *The Morality* (New Haven, Conn.: Yale University Press, ed. revisada, 1969) cap. 2.

<sup>21</sup> Véase R. ALEXY, *Theory of Legal Argumentation* (trad. R. Adler y N. MacCormick), (Oxford: Clarendon Press 1989), pp. 5-10, 212-220, 294-295 (citado en lo sucesivo como *Argumentation*) [Traducido como *Teoría de la argumentación jurídica* (Lima: Palestra, 2015). (*N. del T.*)]; y compárese con N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory* (citado en lo sucesivo como *Legal Reasoning*) (Oxford: Clarendon Press, 1978; 2ª ed., 1994), donde se plantea esencialmente lo mismo (pp. 272-274);



ser reconocida como un caso especial del razonamiento práctico general, y de esta forma debe cumplir las condiciones de racionalidad y razonabilidad que se aplican a todo tipo de razonamiento práctico. Esto implica al menos que no puede haber afirmaciones sin razones, ya que cualquier cosa que se afirme puede ser puesta en duda y, una vez puesta en duda, debe ofrecerse una razón para lo que se afirme, tanto si la afirmación es de tipo normativo como si es sobre algún estado de cosas, alguna ‘cuestión de hecho’.

De este modo, lo que se revisará y defenderá aquí es una versión restringida del carácter argumentable del Derecho. La discusión se limitará a considerar lo que es racionalmente argumentable. Esto implica una distinción entre el uso de las palabras como simples armas de coerción o engaño intelectual y su uso como instrumentos de persuasión razonable, donde la coerción se da solo en el sentido de la fuerza de convicción de un argumento. Es el segundo, el argumento como justificación racional, el que se revisará aquí. Y la cuestión será si puede haber un ‘Estado de Derecho’, si el ‘Derecho’ es una cuestión de lo que es argumentable en este sentido. La cuestión de si los abogados y los jueces en un Estado determinado limitan su uso de la argumentación al dominio de lo prácticamente razonable, o hasta qué punto lo hacen, seguirá siendo una pregunta empírica abierta.

A pesar de la restricción de lo que es racionalmente argumentable, la misma idea del Derecho como algo argumentable nos conduce inmediatamente a considerar el carácter retórico de la argumentación jurídica. Donde haya un proceso de argumentación pública, habrá retórica. El redescubrimiento moderno de la retórica como una disciplina de importancia jurídica debe mucho a la reflexión sobre el razonamiento jurídico. Theodor Viehweg, apoyándose en Aristóteles, ha llamado la atención sobre la importancia de los *topoi*, o ‘lugares comunes’ en los argumentos retóricos<sup>22</sup>. Un argumento para una regla

---

la *Theorie der Juristischen Argumentation* de Alexy se publicó por primera vez en 1978, casi exactamente al mismo tiempo que *Legal Reasoning and Legal Theory*, así que cada uno de nosotros llegó a prácticamente las mismas conclusiones por medio de investigaciones independientes.

<sup>22</sup> Véase T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz* (Munich: C. H. Beck, 5ª ed., 1974) pp. 15-26 [Traducido como *Tópica y jurisprudencia* (Madrid: Civitas, 2007). (N. del T.)]; también ‘Some Considerations concerning Legal Reasoning’, en G. HUGHES

o proposición concreta puede respaldarse haciendo referencia a algún *topos* aceptado, y los argumentos progresan avanzando hacia tales posiciones comunes o a partir de ellas. En el Derecho hay máximas, así como principios y presunciones de larga tradición, tales como ‘una persona debe ser considerada inocente hasta que se demuestre que es culpable’, ‘nadie puede transmitir un mejor derecho que el que él/ella mismo/a posee’, ‘una ley posterior deja sin efecto una anterior’, o ‘nadie debe beneficiarse de la pérdida de otra persona’, y similares. Igualmente, hay formas argumentativas tales como el *argumentum a fortiori*<sup>23</sup>, *argumentum a maiori ad minus*<sup>24</sup>, *argumentum per analogiam*<sup>25</sup>, y similares. Un argumento que tenga una de tales formas reconocidas y que parta de un *topos* reconocido o avance hacia él puede estimarse persuasivo en un determinado contexto. El mismo argumento presente parte de dos ideas que considero lugares comunes bien establecidos entre quienes reflexionan, aunque sea esporádicamente, sobre el Derecho.

Haciendo uso de un concepto no muy alejado del de ‘lugar común’, Duncan Kennedy sugiere que los argumentos del *common law* anglosajón habitualmente proceden por medio de la aducción de ‘unidades argumentativas’ (*argument bites*) estándar. Estas tienden a encontrarse frecuentemente en pares correspondientes, de modo que un argumento jurídico persuasivo será un agregado de unidades argumentativas construidas en relación a la situación de hecho en cuestión. Esto, sin embargo, no ocurre antes de que alguien constru-

---

(ed.), *Law, Reason and Justice: Essays in Legal Philosophy* (New York: New York University Press, 1969) pp. 257-269 y 266-268; aquí ‘*topoi*’ se traduce como ‘puntos de vista’; véase también Alexy, *Argumentation* pp. 21-24.

- <sup>23</sup> Es decir, un argumento que va de una hipótesis más fuerte a una más débil, que se supone que es sostenible si lo es la más fuerte. Si una persona fuese absuelta de homicidio en circunstancias de implicación en una muerte sospechosa, entonces, *a fortiori*, debe considerarse inocente de asesinato en la situación en cuestión (y se la protegería sobre la base de ‘excepción de la cosa juzgada’ si se presentaran nuevos cargos sobre los mismos hechos).
- <sup>24</sup> Es decir, un argumento de lo mayor a lo menor. Si un vehículo está autorizado a transportar sesenta pasajeros, entonces debe ser legal que transporte treinta.
- <sup>25</sup> Argumento por analogía, un argumento de un caso similar a otro caso similar. Si se pueden plantar rábanos con éxito en un terreno, es razonable suponer que ahí también se pueden plantar zanahorias. Los argumentos jurídicos por analogía se comentan en los capítulos 8 y 11, más adelante.

ya un contraargumento usando un conjunto igualmente adecuado al contexto de contraargumentos en la forma de ‘unidades’ (*bites*) correspondientes pero opuestas<sup>26</sup>. James Palmer ha sugerido que esta idea puede explotarse empleando la informática y la inteligencia artificial como apoyo en los procesos de razonamiento jurídico. Pueden concebirse sistemas inteligentes basados en el conocimiento que generarían una batería de unidades argumentativas pertinentes para ser aducidas en relación con problemas de determinados dominios del Derecho. Hasta el momento, al menos, no hay ninguna sugerencia de que la evaluación de argumentos opuestos contruidos de esta forma pueda o deba delegarse a los ordenadores. El objetivo es más bien asegurarse de que los abogados y los jueces se pongan a la tarea de construir sus argumentos finales para ser expuestos ante un tribunal, o elaborar la justificación de una decisión, con una lista cuidadosamente realizada de los argumentos disponibles basada en la práctica anterior (precedentes) y, cuando proceda, leyes parlamentarias<sup>27</sup>. El presente argumento tal como ha sido planteado hasta ahora toma dos unidades o *topoi* y los sitúa en mutua oposición. La pregunta es adónde puede llevarnos finalmente esta aparente contradicción.

Ciertamente, deben tenerse en cuenta las enseñanzas de Josef Esser sobre la importancia de las *Vorverständnisse*, ‘precomprensiones’, las asunciones que se dan por sentadas y que se introducen en cualquier juicio sobre lo que es aceptable en el contexto de la argumentación jurídica —y en la preferencia de un método argumentativo sobre otro en un caso particular—. Una vez establecidas las premisas y el modo del argumento, es relativamente fácil crear un argumento que justifique de manera satisfactoria la conclusión a la que se llega. Pero entonces el problema es la elección razonable de las premisas y

---

<sup>26</sup> Véase D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication* (citado en lo sucesivo como *Adjudication*) (Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1997) pp. 137-156, y fíjese en los otros autores y trabajos de los ‘*Critical Legal Studies*’ citados en la p. 393; como Kennedy reconoce, la idea fundamental aquí se remonta al menos hasta los primeros trabajos de Karl LLEWELLYN; véase, p. ej., *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (Chicago: Chicago University Press, 1962) pp. 70-71.

<sup>27</sup> Véase J. PALMER, ‘Artificial Intelligence and Legal Merit Arguments’ D. Phil. Thesis (Oxford University, 1998) pp. 109-128.

el método, así que deben investigarse las precomprensiones<sup>28</sup>. Aulis Aarnio ha sugerido que al final estas pueden evaluarse simplemente como la ‘forma de vida’ que constituyen<sup>29</sup>.

En varias excepcionales contribuciones a la ‘nueva retórica’, Chaim Perelman enfatizó que los argumentos se dirigen necesariamente a un auditorio, y que el poder de persuasión es relativo al auditorio. Esto es especialmente evidente en la práctica jurídica, donde abogados formados presentan casos ante tribunales de la manera más persuasiva posible, y los jueces toman una decisión después de ponderar sus argumentos rivales sobre cuestiones de Derecho. En aquellos sistemas en que los jurados son responsables de la determinación de los hechos, o de las conclusiones jurídicas a las que se llegue por medio de sus propias averiguaciones de hecho a la luz del Derecho tal como es explicado por el juez presidente, el carácter retórico de la argumentación forense es aún más patente. Pero, desde el punto de vista de la racionalidad práctica, el poder persuasivo inmediato y concreto de un argumento no es necesariamente lo mismo que su solidez. El problema para una teoría del razonamiento como justificación no es qué argumento persuade de hecho a un juez o un jurado particular, sino cuál debería convencer a cualquier decisor racional. En conexión con esto, Perelman postula un ‘auditorio universal’ como aquello que proporciona la prueba final: cualquier argumento que convencería al auditorio de todas las personas inteligentes y concernidas, que evaluaran las cuestiones de manera desinteresada, es un argumento sólido<sup>30</sup>.

Más o menos contemporáneo del trabajo de Perelman y Olbrechts-Tyteca sobre la retórica fue el de Stephen Toulmin sobre los usos de la argumentación. Este ofrecía una forma de cubrir el aparente hueco entre la racionalidad supuestamente intemporal y pura de la lógica formal y el carácter contextual de la argumentación y la persuasión

---

<sup>28</sup> J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1970), pp. 3-20.

<sup>29</sup> AARNIO, *Rational as Reasonable* pp. 213-218.

<sup>30</sup> Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *La Nouvelle Rhétorique* (Paris: Presses Universitaires de France, 1958), *The New Rhetoric: A Treatise on Argument* (trad. J. Wilkinson y P. Weaver), (Notre Dame, Ind. y London: University of Notre Dame Press, 1969), ver pp. 76-86 sobre el ‘auditorio universal’ [Traducido como *Tratado de la argumentación: La nueva retórica* (Madrid: Gredos, 1989). (N. del T.)].

retóricas. Toulmin propuso una reinterpretación de la lógica tradicional como una especie de ordenamiento normativo de los procesos mentales y las presentaciones públicas de razones, un proceso que regula los movimientos en el juego de la argumentación. De forma parecida a como un billete da derecho a emprender un cierto viaje por tren o avión, las formas apropiadas del argumento proporcionan garantías que dan derecho a pasar de premisas a conclusiones. La validez del movimiento depende de la solidez de la garantía presentada en relación con su contexto<sup>31</sup>.

El giro retórico en el análisis del razonamiento práctico no debe entenderse como algo que reduzca la aceptabilidad racional de un argumento a su poder persuasivo real, si ello significa si persuadió (o no) a una persona concreta en una ocasión determinada. La ‘retórica’ tiene mala fama entre mucha gente debido a la notoria posibilidad de que un buen orador pueda ganarse a un auditorio con un mal caso. El estudio de la retórica puede así parecer como una entrega de recetas sobre cómo hacer que las peores razones parezcan las mejores, o cómo apabullar a un auditorio crédulo hasta que acepte una conclusión que no está bien respaldada por las razones disponibles. Una manera de contrarrestar esto es relacionar el poder persuasivo con un ideal o un auditorio universal. Si lo que uno dice tuviera que ser persuasivo en el sentido de ‘persuasivo en los mismos términos para todos’ (no solo para su auditorio concreto en ese momento) sus trucos quedarían en evidencia. Sin embargo, existe una dificultad al usar ‘el auditorio universal’ como examen, o incluso algún supuesto consenso de contemporáneos razonables. Hacerlo parece una petición de principio, dado que posiblemente tengamos que averiguar qué es lo que persuadiría al auditorio universal por referencia a lo que es sólido, y no viceversa. Además, no tenemos ninguna garantía de que un consenso contemporáneo, cuando exista, esté en lo correcto. Por otro lado, perspectivas ‘críticas’ recientes del pensamiento jurídico típico del siglo veinte insisten en que la afirmación de una solidez objetiva de las razones jurídicas es el mayor giro retórico de todos.

---

<sup>31</sup> S. E. TOULMIN, *The Uses of Argument* (Cambridge: Cambridge University Press, 1958) pp. 94-145 [Traducido como *Los usos de la argumentación* (Barcelona: Península, 2007). (N. del T.)].

La observación de los ‘críticos’ en parte ha sido tenida ya en cuenta. A menudo puede construirse un conjunto de razones persuasivas o ‘unidades argumentativas’ para proporcionar un fuerte apoyo a una solución para un problema o una controversia jurídica. Pero en cualquier situación real o imaginaria podemos encontrar una razón contraria o una unidad contraria para cada una de ellas. Así que el problema no es el de propugnar un caso sólidamente argumentable a expensas de un caso manifiestamente más débil. Es más bien, muy a menudo, una cuestión de elección entre dos casos argumentables y argumentados con fuerza, en una situación dialéctica en la que cada uno de los argumentos que presenta cualquiera de las partes es contrarrestado firmemente por un buen argumento propuesto por la otra. Quizá, por lo tanto, como Jack Balkin y Peter Goodrich sostienen, solo se pueda llegar a una decisión justificada por referencia a consideraciones ideológicas extrañas al Derecho. En tal caso, el fundamento justificativo último es una ideología particular, no el Derecho en tanto que fundamento último de apelación ideológicamente neutral<sup>32</sup>. La breve discusión de Hans Kelsen sobre la interpretación en *La teoría pura del Derecho* señala en la misma dirección que esta línea ‘crítica’ de pensamiento<sup>33</sup>.

### b) Teorías procedimentalistas

Una perspectiva procedimental del razonamiento práctico, sin embargo, puede proporcionar una solución parcial para el problema de qué es persuasivo en un sentido objetivo. Hay varias perspectivas ‘procedimentalistas’, pero tienen en común un interés por compren-

---

<sup>32</sup> Véase J. BALKIN, ‘The Crystalline Structure of Legal Thought’ *Rutgers Law Rev.* 39 (1986) 195; ‘Nested Oppositions’ *Yale Law Journal* 99 (1990) 1669; ‘Ideological Drift and the Struggle over Meaning’ *Conn. Law Rev.* 25 (1993) 369; compárese con KENNEDY, *Adjudication* pp. 133-138, y véase Peter Goodrich, *Reading the Law: A Critical Introduction to Legal Method and Techniques* (Oxford: Blackwell, 1986) pp. 213-223.

<sup>33</sup> Véase H. KELSEN, *The Pure Theory of Law* (trad. M. Knight) (Berkeley y Los Angeles: University of California Press, 1967) [Traducido como *La teoría pura del Derecho* (México: Porrúa, 2009). (N. del T.)], pp. 251-254 sobre el carácter ‘político’ de las decisiones interpretativas tomadas en el marco de las leyes parlamentarias.

der las limitaciones del razonamiento práctico que deben reconocerse para llegar a conclusiones racionalmente aceptables en un contexto interpersonal. Así que uno de los puntos de partida es efectivamente el énfasis retórico en el contexto interpersonal de la argumentación. A la luz de esto, el concepto de universalidad tiene dos usos. En primer lugar, exige la universalizabilidad de las razones. Para que el presente caso de circunstancias C cuente como una razón en este momento para llegar a la decisión D, y actuar sobre la base de D, tendría que ser aceptable considerar apropiada una decisión del tipo D siempre que se diera un caso de C. En segundo lugar, sugiere una forma de examinar si está justificado afirmar que D es apropiado siempre que tiene lugar C. Esta razón universalizada, según sus propios términos, será aplicable a todos los casos de C, no solo al caso concreto que nos ocupa ahora. Por lo tanto, los intereses, sentimientos y opiniones de todos los seres humanos están potencialmente en juego, y se puede preguntar si la fórmula '*Siempre que C, entonces D*' podría ser rechazada por cualquiera que esté dispuesto a que todos tengan la misma oportunidad de poner en cuestión principios prácticos de decisión<sup>34</sup>.

Como sostienen Jürgen Habermas y otros pensadores afines tales como Robert Alexy, puede ser posible examinar proposiciones prácticas por referencia, al menos en principio, a los intereses, sentimientos y opiniones de la totalidad de las personas afectadas de alguna manera o interesadas en ella. La estrategia de Habermas consiste en proponer una prueba por referencia a un diálogo en una 'situación ideal de habla', concebida como una en la que toda forma de coerción o de poder o dominación interpersonales se ponen a un lado con el objetivo de llevar a cabo (o imaginar que se lleva a cabo) un discurso interpersonal. El análisis de las restricciones necesarias en tal discurso proporciona una perspectiva procedimental del examen de los tipos de principios que los participantes en el discurso racional podrían aceptar, reconociendo los tipos de deseos e intereses que tienen realmente<sup>35</sup>. Lo importante aquí es la idea de que los principios o los lugares comunes aceptados (*topoi*) deben estar sujetos

---

<sup>34</sup> Compárese con ALEXY, *Argumentation* pp. 65-69, 146-147, 267-277, MACCORMICK *Legal Reasoning* pp. 76-86.

<sup>35</sup> J. HABERMAS, *The Legitimation Crisis* (trans. A McCarthy) (Cambridge: Polity Press, 1988), pp. 109-112 [Traducido como *Problemas de legitimación en el*

a disputa, pero se consideran aceptables hasta que sean puestos en cuestión con éxito. Pueden ser puestos en cuestión sobre la base de que no pueden pasar el examen de universalizabilidad o sobre la base de que sus orígenes residen en relaciones sociales de poder pasadas o presentes que habrían sido rechazadas en la situación ideal de habla<sup>36</sup>. Una idea similar, pero más simple y por tanto más persuasiva, es la de T. M. Scanlon<sup>37</sup>. Él sugiere que una acción está mal si cualquier principio que la permitiera sería uno que, simplemente por permitir tal acción, podría ser razonablemente rechazado por cualquier persona cuyo objetivo fuese encontrar principios para la regulación general del comportamiento que otros, igualmente motivados, no podrían rechazar razonablemente<sup>38</sup>.

No está claro que tales perspectivas procedimentales eliminen completamente el recurso a los sentimientos personales o las intuiciones subjetivas. Pues uno mismo tiene que hacerse preguntas sobre las razones que lo llevarían a rechazar un cierto principio, y aun así debe afrontarse la pregunta de qué es ‘razonable’ que cualquiera rechace dados los sentimientos y las precomprensiones que cada persona trae al juicio. El procedimiento de examinar los argumentos procedimentalmente parece correr el riesgo de caer en un regreso al infinito. Pero sin duda es un mérito de tales perspectivas procedimentales el que

---

*capitalismo tardío* (Madrid: Cátedra, 1999). (N. del T.); compárese con Alexy, *Argumentation* pp. 111-137.

<sup>36</sup> Véase ALEXY, *Argumentation* pp. 151-153, 204-205.

<sup>37</sup> Véase T. M. SCANLON, ‘Contractualism and Utilitarianism’, en A. SEN y B. WILLIAMS (eds), *Utilitarianism and Beyond* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982) pp. 103-128 [Traducido como ‘Contractualismo y utilitarismo’. *Estudios Públicos*, 101 (2006), 283-314. (N. del T.)]; y *What We Owe to Each Other* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1998) [Traducido como *Lo que nos debemos unos a otros* (Barcelona: Paidós, 2003). (N. del T.)] Dado que realmente no hay ningún acuerdo o contrato implicado en tal razonamiento, y las obligaciones generadas por él o bajo él no son en realidad de naturaleza contractual, me resulta lamentable que este estilo de examen procedimental de los principios prácticos haya sido denominado ‘contractualista’, pero su valor como modo de razonamiento no se ve afectado por su nombre. Compárese con MACCORMICK, ‘Justice as Impartiality: Assenting with Anti-contractualist Reservations’, en *Political Studies* 44 (1996) 305-310.

<sup>38</sup> Citado de T. M. SCANLON, ‘Promises and Contracts’, capítulo 3 de P. BENSON (ed.) *The Theory of Contract Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).



ambas pospongan y limiten las apelaciones a la intuición<sup>39</sup> o al instinto. Nos permiten examinar las afirmaciones sobre lo que es razonable a la luz de las limitaciones reconocidas del discurso racional. Siguen siendo necesarios unos principios comunes como puntos de partida, pero pueden ser puestos en cuestión durante la argumentación.

La racionalidad de la argumentación introduce otra limitación significativa. Aunque cualquier dilema práctico concreto o tema de interés pase a ser considerado por sus propios méritos, y esté sujeto a procedimientos como los que hemos discutido hasta ahora, debe recordarse que los universales (*siempre que C, entonces D*) a los que aspiramos no pueden ser concebidos como compromisos aislados puntuales. Quienes decidimos sobre ellos, lo hacemos como una parte de una vida social continua e interpersonalmente comprometida en la que las decisiones y los dilemas tienen un carácter recurrente. Esto tiene una gran influencia en lo que uno puede aceptar o rechazar razonablemente en términos del metaprincipio de Scanlon o de la situación ideal de habla de Habermas. De este modo, los principios y las reglas de decisión y de conducta tienen que pertenecer a un cuerpo de pensamiento y compromiso prácticos que sea internamente consistente, y también caracterizado por una cierta coherencia global<sup>40</sup>. Esto implica al menos algunas directrices sobre la clasificación de las prioridades y procedimientos para determinar el peso relativo de las razones prácticas con el fin de resolver conflictos *prima facie*.

Es útil recordar aquí el punto de partida del presente razonamiento. Comenzamos con el problema del aparente conflicto entre el Derecho como algo argumentable y el Derecho como algo que garantiza la seguridad y la estabilidad en la vida social dentro de un Estado de Derecho<sup>41</sup>. Hasta ahora el contexto ha sido una consideración algo

---

<sup>39</sup> M. J. DETMOLD, *The Unity of Law and Morality* (London: Routledge, 1984) en pp. 115-122 enfatiza correctamente el elemento de la intuición en el juicio, pero deja demasiado abierto su rango de aplicación.

<sup>40</sup> Véase A. PECZENIK, *On Law and Reason* (Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishing, 1989). [Traducido como *Derecho y razón* (México: Fontamara, 2000). (N. del T.)]

<sup>41</sup> En otro lugar, siguiendo a Åke Frändberg, he sugerido que se adopte el término 'law-state' como traducción inglesa del alemán *Rechtsstaat*. Véase N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty* pp. 9-11. Véase también pp. 27-48, donde hay una extensa explicación del Estado de Derecho como un valor político-jurídico.

abstracta de la idea de que el estudio de la retórica podría arrojar luz sobre el carácter de la argumentación en el Derecho. Hemos discutido hasta qué punto un desarrollo de ideas procedimental o discursivo teórico que surgió de la ‘nueva retórica’ podría darnos la esperanza de un marco racional aceptable para nuestra argumentación en el Derecho y, de hecho, en otros dominios prácticos.

En el contexto jurídico, sin embargo, la idea recientemente mencionada de coherencia tiene un significado particular y evidente<sup>42</sup>. En un argumento jurídico nadie empieza con una hoja en blanco e intenta elaborar una conclusión razonable *a priori*. La solución que se ofrezca debe fundamentarse en alguna proposición que pueda presentarse con un mínimo grado de credibilidad como una proposición de ley, y debe mostrarse que tal proposición es coherente de algún modo con otras proposiciones que consideramos como expresiones de leyes establecidas. Quienes elaboran argumentos jurídicos y toman las decisiones no abordan problemas de decisión y justificación en el vacío, sino en el contexto de una plétora de material que guía y justifica las decisiones, y restringe el ámbito en el que se pueden tomar legítimamente las decisiones de los organismos públicos.

El material en cuestión incluye constituciones, tratados, leyes de parlamentos estatales o subestatales, regulaciones y directivas de entidades supranacionales, y los numerosos informes de las decisiones de tribunales judiciales, reconocidos en algunos sistemas como ‘precedentes’ en el sentido de una ‘fuente formal de Derecho’. Estos últimos se usan en prácticamente todos los sistemas de Derecho al menos como un tipo de guía relativamente (más o menos) autoritativa para la interpretación de leyes parlamentarias, artículos constitucionales, y otras disposiciones jurídicas formalmente vinculantes<sup>43</sup>. También

---

<sup>42</sup> Véase KENNEDY, *Adjudication* pp. 33-34; N. MACCORMICK ‘Coherence in Legal Reasoning’, en W. KRAWIETZ et al. (ed.) *Theorie der Normen* (Berlín: Duncker & Humblot, 1984) pp. 37-53 y ‘Time, Narratives, and Law’, en J. BJARUP y M. BLEGVAD (eds), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft 64, Time, Law, and Society* pp. 111-125, o el Capítulo 11 más adelante.

<sup>43</sup> Véase D. N. MACCORMICK y R. S. SUMMERS, *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (citado en lo sucesivo como *Interpreting Precedents*) (Aldershot: Dartmouth Publishing Co., 1997).

se incluyen tratados y otros escritos académicos sobre el Derecho de expertos jurídicos reconocidos.

### c) Leyes

Resulta trivial decir que toda esa cantidad de material no es ni puede imaginarse que sea autointerpretable y autoaplicable. Es el Derecho visto en lo que Ronald Dworkin sugiere que debemos llamar una fase 'preinterpretativa'<sup>44</sup>. Desde la perspectiva del ideal del 'Estado de Derecho', debe entenderse como la materia prima de un 'sistema jurídico'. Como sistema, debemos suponer que toma la forma de un cuerpo de material que es pertinente para intereses humanos concretos dentro de ramas o dominios del Derecho tradicionalmente entendidos, tales como la propiedad, los contratos, el Derecho de familia, el Derecho penal y el Derecho administrativo<sup>45</sup>. Estas, en cualquier caso, son las ramas típicas del Derecho de los Estados, no es que los Estados en sí mismos tengan Derecho (en el sentido de 'orden normativo institucional'). Los Estados son asociaciones coercitivas territorialmente organizadas de seres humanos, lo que hace que el Estado de Derecho sea especialmente importante en su contexto. Los gobiernos de los Estados (y por tanto los seres humanos que ostentan puestos gubernamentales) están facultados para actuar con autoridad frente a otros. Es más, pueden respaldar sus afirmaciones de autoridad con decisiones de empleo de un poder coercitivo, y con amenazas de hacerlo. En este contexto, la exigencia de una justificación racional de la acción gubernamental es urgente para que el gobierno no sea una simple máscara de la tiranía. Así, se ha llegado a entender generalmente que es legítima la exigencia de que cualquier acto gubernamental esté justificado por disposiciones explícitas que usen términos específicos y que estipulen circunstancias especificadas con claridad que deben darse para ordenar, permitir o autorizar

---

<sup>44</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire* (Cambridge, Mass; Harvard University Press, 1986) 65-66 [Traducido como *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 2009). (N. del T.)].

<sup>45</sup> Véase J. WRÓBLEWSKI, *The Judicial Application of Law* (citado en lo sucesivo como *Judicial Application*) (Z. BANKOWSKI y N. MACCORMICK (eds)) (Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic, 1992), 75-85.

decisiones que afecten a otros ciudadanos. Cuando exista un elemento discrecional en tal facultad, debe darse únicamente dentro de unos límites muy claramente establecidos. A las disposiciones de este tipo, especialmente cuando son promulgadas específicamente por algún proceso legislativo, pero también cuando pueden ser derivadas en términos razonablemente definidos de otros materiales tales como los precedentes, se las llama habitualmente 'reglas', en contraposición a otros tipos de normas, tales como convenciones, estándares, valores o principios<sup>46</sup>.

Una regla jurídica es una disposición normativa expresada en una fuente jurídica reconocida, o construida a partir de ella, cuya forma vincula una determinada consecuencia normativa con determinados hechos operativos. En la naturaleza de una regla está el estipular que, siempre que tenga lugar cierto estado de hechos, se siga de ello cierta consecuencia normativa. Puesto en una forma estándar: 'Siempre que *HO*, entonces *CN*'. Esto es algo más preciso que lo sugerido por el modelo anterior en relación con la universalización de las razones para la acción en una situación en la que se requiere una decisión práctica, donde parecía suficiente considerar que una decisión 'D' estaba justificada siempre que se dieran ciertas circunstancias 'C'. Todas las reglas jurídicas influyen en la decisión, pero en absoluto lo hacen todas de manera tan directa. Puede que prescriban condiciones en las que se adquiere la propiedad, o circunstancias que implican incumplimiento de contrato, o frustración de contrato, etcétera. Estas están incluidas en lo que yo llamo 'consecuencias normativas', y en relación con esas consecuencias normativas el Derecho hace que actos y sucesos del tipo especificado sean 'hechos operativos', es decir, hechos que operan en el Derecho para provocar la consecuencia pertinente. En el siguiente capítulo veremos que a menudo es necesario refinar aún más este refinamiento, extrayendo todos los elementos componentes que especifica el Derecho de lo que aquí por simplicidad trato como un manojito indiscriminado de hechos operativos.

En el núcleo de la idea liberal de gobierno libre, y en el núcleo de la distinción entre gobiernos libres y despóticos, está la idea de que,

---

<sup>46</sup> Para una aclaración de estas distinciones, véase N. MACCORMICK, 'Norms, Institutions, and Institutional Facts' *Law and Philosophy* 17 (1998) 1-45.

cuando los gobiernos actúan frente a los ciudadanos, sus acciones deben poder justificarse mediante una regla que manifieste las características estructurales que acabamos de mencionar. Esto también es válido cuando el gobierno, normalmente por medio de los tribunales, pretende regular o emitir un juicio sobre reclamaciones, quejas y demandas presentadas por unos ciudadanos contra otros ciudadanos. En tal caso, el Estado de Derecho también exige que exista alguna regla que justifique la reclamación de una persona contra otra si es probable que la resolución consista en una orden ejecutable contra esa otra. (Por ejemplo, si toma la forma de una indemnización por daños y perjuicios compensatoria o punitiva o de un mandato judicial o un interdicto.)

Los códigos y las leyes del periodo moderno, y otros materiales similares, representan una respuesta institucional a la ideología<sup>47</sup> del Estado de Derecho como condición de libertad. El Estado que gobierna por medio del Derecho se preocupa por proporcionar por adelantado los textos que contienen (o que puede entenderse que contienen) las reglas que justifican las intervenciones públicas en vidas privadas, siempre que tales intervenciones estén provocadas por autoridades públicas o por litigantes privados. La seguridad de los individuos que así se garantiza consiste en el hecho de que la aplicación de las reglas precisa evidentemente de la previa existencia de hechos específicos que constituyan un caso de los hechos operativos 'HO' expresados de forma genérica por la regla pertinente. Así, por ejemplo, una ley parlamentaria puede establecer una compensación para las personas que sufran discriminación en su lugar de empleo 'por razón de sexo'. Bajo tal ley, no se puede justificar ninguna acción que implemente la(s) consecuencia(s) normativa(s) que la regla prevé a menos que haya tenido lugar algún acto de discriminación en un caso concreto, que haya ocurrido en el contexto de una relación laboral, y que sea atribuible al sexo de la persona que ha sido discriminada, ¿pero qué significa 'sexo' para este propósito<sup>48</sup>? O puede que una regla ordene la anulación del permiso de conducir o alguna otra sanción dentro

---

<sup>47</sup> Por supuesto, 'ideología' no se usa en este contexto en su sentido peyorativo. Compárese con Wróblewski, *Judicial Application*.

<sup>48</sup> Véase *Oncala contra Sundowner Offshore Services Inc.*, (1998) 523 US 140, L. Ed 2d 201 118 S. Ct. 998, donde el Tribunal Supremo afirmó que el acoso entre

de un margen determinado a discreción del juez cuando una persona conduce un vehículo de motor estando incapacitada por un consumo de alcohol superior a una proporción especificada en su sangre. En tal caso, no es legítimo exigir ninguna sanción para una persona determinada excepto si hay pruebas apropiadas y está justificado por el hecho de que esa persona se encontraba en el estado especificado y 'conducía' un 'vehículo' en tal estado. ¿Puede aplicarse esto por analogía a alguien que monta a caballo<sup>49</sup>?

Si el Estado de Derecho debe ser realmente una protección contra la intervención arbitraria en la vida de la gente, parece claro que en la práctica no es suficiente exigir que ocurrieran o se dieran efectivamente los hechos operativos en alguna ocasión. Es necesario que se realice alguna acusación o alegato específicos y recurribles de los hechos pertinentes al individuo que se amenaza con una acción. Ello a su vez debe estar respaldado por pruebas en un procedimiento abierto en el que la parte acusada pueda objetar cada una de las pruebas, tanto una por una como el efecto acumulativo de la totalidad de las pruebas aducidas, y pueda ofrecer las pertinentes pruebas en contra que elija. Es más, también debe ser posible poner en cuestión la pertinencia de la acusación o reclamación jurídica. Tal cuestionamiento puede basarse en que, sean cuales sean los hechos de la cuestión, los materiales jurídicos que supuestamente justifican la afirmación de que una regla rige el caso no la justifican en absoluto en la situación de hecho alegada o realmente probada.

Aquí pasamos al terreno familiar de la indeterminación relativa del Derecho<sup>50</sup>. Esta indeterminación aumenta de una forma curiosa

---

personas del mismo sexo constituía un incumplimiento de las disposiciones contra la discriminación del Título VII de la Ley de derechos civiles de 1964.

<sup>49</sup> Véase *Estado contra Blowers* ((Tribunal Supremo de Utah, 1986), 717 P. 2d 1321; 1986 Utah Lexis 781; 31 Utah Adv. Rep. 42; 71 ALR 4th 1121) sobre la cuestión de si una persona que monta a caballo estando ebria puede ser considerada como una persona que maneja un 'vehículo' en estado de embriaguez, J. PALMER, *Merit Arguments* pp. 36-38 cita una fascinante serie de precedentes de varias jurisdicciones que ilustran la indeterminación del predicado 'conducir' en el contexto de las determinaciones judiciales sobre la tipificación del delito cometido por quienes 'conducen' un vehículo de motor estando incapacitados.

<sup>50</sup> Véase S. J. BURTON, *An Introduction to Law and Legal Reasoning* (citado en lo sucesivo como *Introduction*) (Boston/Toronto: Little Brown & Co, 2ª ed., 1995)

justo por las mismas consideraciones que llevan a exigir un Derecho determinado, puesto que el carácter dialéctico o argumentativo de los procedimientos judiciales es un aspecto intrínseco de un contexto constitucional en el que los ciudadanos pueden impugnar cualquier caso presentado en su contra. Pueden hacerlo si tienen un derecho irrestricto a cuestionar cualquier alegación de hecho y las afirmaciones de Derecho que las agencias gubernamentales, ya sea por voluntad propia o a iniciativa de litigantes privados, presentan como lo que legitima una intervención coercitiva en sus vidas o sus asuntos. Una de las partes vitales de la garantía de libertad en la principal concepción del Estado de Derecho es que se otorgue a toda persona la oportunidad de interponer tal recurso en condiciones justas y con la asistencia jurídica adecuada<sup>51</sup>. Y sin embargo esa misma concepción requiere un Derecho relativamente claro y determinado en forma de reglas previamente anunciadas.

Así que la indeterminación jurídica no es simplemente (aunque también) un resultado del hecho de que los Estados comuniquen sus materiales jurídicos en lenguas naturales ('oficiales'), y de que estas estén afectadas por la ambigüedad, la vaguedad y la textura abierta<sup>52</sup>.

---

pp. 27-28, 54-58, 77-85.

<sup>51</sup> Por ejemplo, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ahora Parte II del Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa, Artículo II-107 se prescribe que

'Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia'.

<sup>52</sup> Compárese con H. L. A. HART, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 2<sup>a</sup> ed., 1994) cap. 7 [Traducido como *El concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998). (*N. del T.*)], y con B. BIX, *Law, Language, and Legal Determinacy* (Oxford: Clarendon Press, 1993) pp. 7-35, MACCORMICK 'On Open Texture in Law' en P. AMSELEK y N. MACCORMICK (eds), *Controversies about Law's Ontology* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991) pp. 72-74.

También es un resultado de, y en cierta medida se ve aumentada por, el debido reconocimiento de los 'derechos de la defensa' en el contexto de cualquier proceso penal o litigio civil. Toda duda que pueda plantearse contra la acusación o el demandante, referida tanto a hechos como al Derecho, puede ser planteada por la defensa. A la inversa, también se da el caso de que, siempre que parezca que se trata de alguna cuestión importante de justicia o de orden público, el demandante o el fiscal tienen motivos para buscar alguna disposición en los materiales del Derecho que establezca, tras alguna interpretación razonablemente argumentable, un fundamento adecuado para la acción civil o el proceso penal que se lleve a cabo en el caso dado. Y entonces la defensa de nuevo cuestionará lo que caracterice como una lectura forzada o ilegítima del Derecho según la forma en que previamente lo han entendido y han actuado en base a ello los tribunales, abogados y ciudadanos.

De este modo surgen disputas sobre la interpretación apropiada de los materiales jurídicos, sobre las inferencias que pueden realizarse con propiedad a partir de las pruebas, sobre la evaluación de pruebas en conflicto, sobre la caracterización apropiada de los hechos probados o acordados, o sobre su pertinencia para los materiales jurídicos aducidos<sup>53</sup>. Estas disputas no constituyen una especie de excrecencia patológica en un sistema que de otro modo funcionaría sin problemas. Son un elemento integral de un orden jurídico que funciona de acuerdo con el ideal del Estado de Derecho, ya que se insiste así en que los gobiernos presenten una justificación jurídica apropiada para todo lo que hacen, así como en el derecho del individuo a cuestionar la justificación que el gobierno presenta.

Ahora podemos avanzar hasta una conclusión. Lo que vemos es cómo los procesos jurídicos transcurren a través de una cadena de certezas putativas que son cuestionables en cada punto. No se puede presentar ninguna demanda o acusación sin una cita apropiada de la justificación jurídica que la respalda y sin informar de las alegaciones de hechos en virtud de las cuales se afirma que el Derecho justifica la conclusión propuesta (por la acusación o por el demandante). Esto po-

---

<sup>53</sup> Compárese con MACCORMICK, *Legal Reasoning* pp. 65-72.



see la certeza lógica completa que es inherente a la forma silogística<sup>54</sup>. Hay una regla 'Siempre que *HO* entonces *CN*', citada por la acusación o el demandante en su escrito de acusación o sus alegatos, donde también se alega que los *HO* han tenido lugar en un caso concreto y en un momento específico de un modo que materialmente implica a la persona acusada o al demandado. Así que debe implementarse la consecuencia normativa pertinente *CN* tal como se exige. Este es el silogismo jurídico estándar<sup>55</sup> incorporado de varias formas en los escritos y procedimientos penales o civiles.

Pero la conclusión es solo tan buena como lo sean las premisas, y estas pueden ser problematizadas. La idea de Estado de Derecho que se ha sugerido aquí insiste en el derecho de la defensa a cuestionar y refutar el caso planteado contra ella. No existe ninguna seguridad contra un gobierno arbitrario a menos que tales cuestionamientos se permitan libremente, y que sean resueltos por funcionarios del Estado que estén separados y distanciados de los funcionarios que realizan las acusaciones. En los litigios relacionados con el Derecho privado, surge un requisito similar en la necesidad de una imparcialidad manifiesta del juez entre las partes privadas en conflicto.

Tras escuchar las pruebas y los argumentos, el tribunal debe decidir. Al decidir sobre asuntos problemáticos (que se tratarán en detalle en el siguiente capítulo), puede que el tribunal considere necesario y apropiado desarrollar una nueva comprensión del Derecho, y establecer así un nuevo precedente, que puede confirmar o matizar comprensiones previas. Finalmente, o bien el caso es desestimado por ser poco concluyente, con lo que el demandado es absuelto, o el tribunal dicta alguna orden y la justifica a la luz del Derecho tal como ha sido aclarado por medio de la resolución de los problemas planteados. Y entonces hay en efecto un silogismo concluyente. Pero rara o ninguna vez es idéntico al silogismo inicial. Es una nueva certeza rebatible que ha surgido al plantear problemas sobre la antigua certeza

---

<sup>54</sup> Pero compárese con la visión opuesta de B. S. JACKSON, *Law, Fact and Narrative Coherence* (Liverpool: Deborah Charles, 1988) pp. 37-60; comentado más adelante en el Capítulo 4.

<sup>55</sup> Compárese con KENNEDY, *Adjudication* pp. 101-104, Burton, *Introduction* pp. 43-58.

rebatible y resolverlos por medio de la argumentación racional<sup>56</sup>. A partir de una confrontación con el carácter argumentable del Derecho, pasamos a replantear una nueva certeza putativa tras admitir dudas sobre la antigua y ocuparnos de ellas.

En consecuencia, debe reconocerse que la representación original del Estado de Derecho como la antítesis del carácter argumentable del Derecho era errónea por el énfasis que se ponía en la certeza en el Derecho. Ese no es el único valor del Estado de Derecho, o el único que esté presente en él, aunque es un beneficio que la gente espera correctamente que los legisladores y los jueces le confieran en la medida de lo posible. Los legisladores, los redactores de las leyes (*drafters*) o los jueces pueden poner todo el cuidado del mundo en preparar los materiales de las fuentes del Derecho, anotando opiniones que intenten expresar una fundamentación (*holding*) o *ratio* con carácter ilustrativo. Por mucho cuidado que se ponga, todo ello produce unas reglas y afirmaciones como justificaciones de la acción gubernamental dirigida a vindicar un Derecho público o privado que son siempre rebatibles, y a veces rebatidas después de un cuestionamiento de la defensa. La certeza del Derecho es, por tanto, una certeza rebatible. El hecho de que sea así no es, después de todo, algo que contraste con el carácter argumentable del Derecho, sino algo que comparte con él un mismo fundamento. Ese fundamento es una concepción de los derechos de la defensa que es intrínseca a la ideología del Estado de Derecho vista como una protección de la acción arbitraria de los gobiernos.

En un ensayo reciente extremadamente importante, Ronald Dworkin ha sugerido que la 'legalidad', es decir, el Estado de Derecho, es el valor político que reside en el núcleo de todo intento interpretativo de comprender y caracterizar el Derecho. Desarrollamos diferentes filosofías posibles del Derecho a partir de concepciones rivales de la legalidad, más que por medio de algún tipo de descripción empírica de las cosas tal como son o de la semántica del lenguaje ordinario<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Sobre la rebatibilidad (*defeasibility*), véase el Capítulo 12.

<sup>57</sup> Véase R. DWORKIN, 'Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy' (citado en lo sucesivo como 'Hart's Postscript') *Oxford Journal of Legal Studies* 24 (2004) 1-37 [Traducido como 'El post scriptum de Hart y el carácter de la filosofía política', en ORELLANA BENADO, M. E. (ed.) *Causas perdidas. Ensayos de*

La mayor o menor fuerza de una perspectiva filosófica depende de la solidez o el atractivo de la concepción que propone de un importante valor político fundamental tomado en consideración junto a otros importantes valores como la democracia, la libertad o la igualdad. La metodología que sigo en este libro está en bastante consonancia con esta idea de Dworkin.

En mi anterior *Legal Reasoning and Legal Theory*<sup>58</sup> sugería que una discusión sobre los cánones del buen razonamiento jurídico, incluso aunque esté estrechamente conectada con un sistema jurídico particular, no puede ser simplemente descriptiva, por muy fiel que pretenda ser al material que usa como prueba de sus afirmaciones. Al explicar los estándares de los buenos argumentos que uno considera que están reconocidos por jueces y abogados, inevitablemente uno se compromete con una visión de lo que es un buen argumento. En tal caso, los aparentes contraejemplos de casos resueltos o *dicta* judiciales pueden refutarse explicando por qué en realidad son casos de malos argumentos de acuerdo con los criterios auténticos. El presente trabajo es un nuevo tratamiento del tema de los buenos y los malos argumentos en el razonamiento jurídico, con el propósito de tomar en consideración algunas de las principales críticas que ha recibido mi posición durante años, así como reconsiderar aspectos de esa posición en términos más generales.

Ciertamente, mantengo la metodología de la ‘reconstrucción racional’, como describiría ahora lo que intentaba conseguir en *Legal Reasoning and Legal Theory*. Este enfoque pretende afrontar en lugar de evitar (y mucho menos declarar descaminado) el reto lanzado por Dworkin sobre el interpretivismo. Se reconoce que reflexionar sobre el Estado de Derecho es necesariamente entrar en un discurso sobre qué tiene valor, y que cualquier opinión sobre este valor dará forma a los intentos propios de crear una teoría del razonamiento jurídico o del Derecho.

---

*filosofía jurídica, política y moral* (Santiago, Chile: Catalonia, 2011), pp. 23-56. (N. del T.).

<sup>58</sup> Oxford: Oxford University Press, 1978; ed. revisada, 1994; sobre la metodología véase p. 13. Véase también MACCORMICK ‘Ethical Positivism and the Practical Force of Rules’ en T. CAMPBELL y J. GOLDSWORTHY (eds) *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism* (Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 2000) 37-55 y 53-54.

Por decir algo más sobre la 'reconstrucción racional', se trata de un enfoque desarrollado por un grupo de estudiosos afines dirigido en primer lugar al estudio de la actividad de la interpretación misma<sup>59</sup>. Tal como lo caracterizaría ahora, se trata de un método para la interpretación y la dilucidación de grandes cantidades de datos o de material en el contexto de las humanidades. Un ejemplo de ello es la ya mencionada masa de materiales disponibles para el estudio que se conocen como 'Derecho' —materiales que podrían ser llamados 'Derecho en bruto' (*raw law*)<sup>60</sup>—. Tales materiales a simple vista son habitualmente confusos y desordenados, y contienen espacios vacíos. La tarea de dilucidación y explicación incluye la selección entre la masa sin analizar y la reconstrucción posterior para hacerla comprensible, vista como diferentes partes de un conjunto coherente y bien ordenado.

Este es un proceso intelectual consistente en una nueva concepción y una descripción del orden implícito en el desorden potencial, basadas en algunos principios o valores que se atribuyen al conjunto y a sus partes. No es una reedificación literal de algo que estaba presente originalmente y que de algún modo se haya derrumbado<sup>61</sup>. En el contexto de la presente discusión, estaría ciertamente de acuerdo con la observación de Dworkin de que 'La aplicación de la legalidad es sensible, en mucha mayor medida que la libertad, la igualdad o la democracia, a la historia y las prácticas asentadas de la comunidad

---

<sup>59</sup> Véase D. N. MACCORMICK y R. S. SUMMERS (eds) *Interpreting Statutes: A Comparative Study* (citado en lo sucesivo como *Interpreting Statutes*), (Aldershot: Dartmouth Publishing Co., 1991), cap. 2 'On method and Methodology', por Z. BANKOWSKI, D. N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS, y J WRÓBLEWSKI; compárese también con MACCORMICK y SUMMERS, *Interpreting Precedents* cap. 1.

<sup>60</sup> Véase MACCORMICK, 'Four Quadrants of Jurisprudence' en W. KRAWIETZ, D. N. MACCORMICK y G. H. Von Wright (eds), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems* (Berlín: Duncker & Humblot, 1994) 53-70.

<sup>61</sup> Compárese con MACCORMICK, 'Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS' *Oxford Journal of Legal Studies* 10 (1990) 539-558 y 553-558. William Lucy me atribuye a mí y a otros una noción de la reconstrucción racional como una 'reedificación de buena fe del Derecho a partir de sus declaraciones a veces expresadas de manera imperfecta en las decisiones judiciales y las leyes'. Es más que eso, aunque quizá la palabra 'reconstrucción' provoque malentendidos. W. LUCY, *Understanding and Explaining Adjudication* (citado en lo sucesivo como *Understanding and Explaining*) (Oxford: Oxford University Press, 1999) p. 3.

que aspira a respetar este valor, porque una comunidad política manifiesta la legalidad, entre otros requerimientos, manteniendo la fe en su pasado de ciertas formas<sup>62</sup>. La cuestión es de qué formas se debe mantener la fe, y en qué medida debe hacerse con valores en tensión mutua tales como el de intentar crear y mantener un Derecho que posea un buen grado de certeza y previsibilidad y el de insistir en que en los procesos jurídicos se debe prestar atención a todos los argumentos razonables.

William Lucy, en una amplia explicación de las teorías de la resolución judicial, me sitúa en el terreno de lo que él llama 'ortodoxia', junto a Ronald Dworkin y Joseph Raz, alineados contra la 'herejía' del movimiento de los estudios críticos del Derecho. Los cuatro puntos que, según él, identifican al ortodoxo se resumen en las ideas de que las leyes limitan a los decisores, porque están relativamente determinadas y pueden ser aplicadas en un marco de argumentos justificativos que llevan a una previsibilidad razonable de los usos de la coerción estatal<sup>63</sup>. Si eso es la ortodoxia, los argumentos presentados en este capítulo muestran que es correcto ubicarme en ese terreno. Los herejes, por el contrario, creen que la práctica y la resolución jurídicas son un campo abierto para la disputa política a gran escala. Por mi parte, tras haber tomado parte activamente durante toda mi vida en la política electoral, e incluso haber sido elegido para ejercer un cargo en el Parlamento Europeo, creo que se sirve mejor a la causa de la reforma política por medio del activismo fuera del aula de Derecho. Lo que ocurre en el aula o en la sala de justicia también tiene un aspecto político, pues tiene que ver con el bien de la organización política y el desarrollo de lo que está implícito en el Derecho establecido. Repito que estoy de acuerdo con el comentario de Dworkin sobre mantener 'la fe en su pasado de ciertas formas'. El activismo en la política jurídica consiste en cambiar o dar forma a la dirección del futuro reformando algunas de las herencias del pasado. Si es ortodoxo respetar esa diferencia, entonces la ortodoxia es de un valor considerable.

---

<sup>62</sup> DWORKIN, 'Hart's Postscript', en 35.

<sup>63</sup> LUCY, *Understanding and Explaining* p. 3. Steven J. BURTON, debido a su admirable *Judging in Good Faith* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992) merece un lugar en las primeras filas de lo 'ortodoxo'. Véase pp. 229-233 sobre la política como algo distinto del Derecho.

Lucy sugiere, sin embargo, que mi posición es algo precaria debido a una renuncia relativamente reciente del no-cognitvismo humeano respecto a los juicios de valor. Muy correctamente, dice que tengo que aclarar qué pienso realmente del carácter de los valores político-jurídicos y del papel que representan en el razonamiento jurídico<sup>64</sup>. Fernando Atria ha hecho una observación esencialmente similar<sup>65</sup>. En el presente libro abandono implícitamente el no-cognitvismo humeano que adopté en *Legal Reasoning and Legal Theory* (véase el Capítulo 6 más adelante). Sin embargo, sigo aferrado a la perspectiva de emparejar de alguna forma (aún por explorar completamente) la teoría de los sentimientos morales de Adam Smith con una filosofía moral universalista kantiana modificada para que sea posible el universalismo rebatible (ver Capítulos 5 y 12). De esta y otras formas intento mejorar lo que he escrito antes, y en el proceso me sitúo más cerca de la posición de Ronald Dworkin de lo que previamente me parecía correcto.

Estos puntos se desarrollarán a su debido tiempo. La conclusión de este capítulo es preliminar. Desde el punto de partida del contraste retórico entre dos lugares comunes aparentemente opuestos, mi argumento ha tratado de conseguir una reconciliación entre ellos. Ello ha supuesto desentrañar su auténtico sentido en el contexto jurídico. Existe el riesgo de malinterpretar el 'Estado de Derecho' como un ideal aislado. Quizá por ello enfatizamos sus aspectos más estáticos, que prometen certeza jurídica y seguridad de las expectativas jurídicas. Pero también tiene un aspecto dinámico, ilustrado por los derechos de la defensa y por la importancia de permitir que todo lo que sea argumentable se argumente. En este aspecto dinámico, el carácter argumentable del Derecho no es la antítesis del Estado de Derecho, sino uno de sus componentes. No obstante, esto es solo la pretensión de una reconciliación si la misma visión 'ortodoxa' del razonamiento jurídico no se sostiene.

Para que se sostenga, es necesario un examen concienzudo de los elementos de los argumentos jurídicos sólidos. ¿Pueden estos ser

---

<sup>64</sup> LUCY, *Understanding and Explaining* pp. 149-150.

<sup>65</sup> Véase F. ATRIA, *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishing, 2002) 172-183.

concluyentes y demostrativos? ¿Pueden ser genuinamente sólidos o persuasivos en un sentido objetivo incluso si no son demostrativos? En uno de sus muchos sentidos, la 'retórica' es el estudio de los argumentos que no son demostrativos pero son persuasivos. Al discutir el lugar del 'silogismo jurídico' en los siguientes dos capítulos, estableceré el genuino pero modesto papel que representa el razonamiento lógicamente demostrativo en la argumentación jurídica. Después de identificar los puntos en los que el silogismo deja de funcionar, señalaré qué otras cuestiones tienen que ser tratadas por medio de modos de argumentación persuasivos, y cómo deben ser tratadas. Esto nos conducirá al final a unas conclusiones sobre la verdadera posibilidad de reconciliar la retórica y el Estado de Derecho.