

EL USO DEL SILOGISMO EN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL Y SUS LÍMITES

The Use of Syllogism in Judicial Reasoning and its Limits

Recepción: 2/11/2019

Aceptado para su publicación: 31/01/2020

MARIZA MARTÍNEZ MARAVILLA*

RESUMEN: En el presente artículo analizamos el uso del silogismo judicial que realiza el juez cuando aplica el Derecho, es decir, cuando fundamenta y argumenta sus decisiones en el ámbito de su competencia. El uso del razonamiento deductivo en el Derecho está paradigmáticamente representado por el uso del silogismo jurídico, conlleva una serie de problemas teóricos y prácticos, así como críticas y limitaciones en cuanto a su uso. Así, los teóricos debaten sobre la existencia o no de una lógica especial, distinta a la lógica formal que es aplicable en el Derecho, diferencian entre caso fácil y caso difícil, justificación interna y externa. Analizaremos y evaluaremos las argumentaciones que se han producido sobre la importancia de la lógica en el Derecho, es decir, la lógica jurídica y la lógica deóntica, expondremos la teoría del silogismo y sus críticas, así como el uso de este en los casos fáciles y su limitación en los casos difíciles. Analizaremos las propuestas de Viehweg, Perelman, Toulmin, Alexy y MacCormick en torno al tema principal de nuestra investigación y finalmente discutiremos sobre la necesidad de apoyarnos en un razonamiento retórico, tópico y dialéctico.

PALABRAS CLAVE: lógica jurídica, razonamiento judicial, argumentación jurídica.

ABSTRACT: In this article we analyze the use of the judicial syllogism employed by the judge when applying the Law, when he argues and settles his decisions within the scope of his competence. The use of deductive reasoning in Law is paradigmatically represented by the use of the judicial syllogism, as it entails a series of theoretical and practical problems. As well as criticisms and limitations regarding its use. Thus, theorists debate on the existence or not of a special logic, different from the formal logic that is applicable in the Law and distinguish an easy case from a difficult one, or

* Estancia de Investigación Doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Berlín, Alemania en 2008. Maestra en Derecho con orientación docente y mención honorífica por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Master en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España, 2012. Especialista Universitaria en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España en 2006. Licenciada en Derecho con mención honorífica por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

between internal and external justification. Subsequently, we examine and evaluate the arguments that have been produced about the importance of logic in Law, that is to say, legal logic and deontic logic. We also review the theory of syllogism and its criticisms, as well as its use in easy cases and its limitation in difficult ones. We analyze the propositions of Viehweg, Perelman, Toulmin, Alexy and MacCormick in regard to the main theme of our research. Finally, we discuss the need to rely on a rhetorical, topical and dialectical reasoning.

KEYWORDS: juridical logic, judicial reasoning, juridical argumentation.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA LÓGICA Y SU IMPORTANCIA EN LA APLICACIÓN AL DERECHO. 3. DEFENSA MATIZADA DE USO DEL SILOGISMO JUDICIAL POR NEIL MACCORMICK. 4. PROPUESTAS TEÓRICAS DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DEL USO DEL SILOGISMO. 5. DISCUSIÓN Y REFLEXIONES FINALES. 6. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La aplicación del Derecho es una tarea central del jurista, que busca inferir las pautas a aplicar al caso concreto partiendo de las directivas genéricas contenidas en el ordenamiento jurídico, incluyendo, en sentido amplio, el Derecho Consuetudinario. El juez, particularmente, al momento de aplicar el Derecho, tiene que indagar la norma aplicable a la situación o, en caso que se le presente, indagar sobre los principios jurídicos que le ayuden a encontrar la solución del caso planteado, además paralelamente realiza otras actividades consistentes en interpretar y argumentar.

Tradicionalmente, la aplicación del Derecho se ha identificado con el uso del silogismo judicial. “La teoría que identifica a la estructura del juicio en un silogismo cuya premisa mayor está dada por la norma que debe aplicarse al caso, mientras que la premisa menor está representada por los hechos relevantes que ya se han comprobado la conclusión está constituida por la decisión sobre los hechos concretos”.¹

Recaséns Siches considera que la interpretación empieza en el momento en el que el jurista averigua cuál es la norma aplicable al caso

¹ TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, traducción por LORENZO CORDOVA, Vianello, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 147.

planteado, dentro del orden jurídico vigente. La interpretación, también conocida como hermenéutica, es una actividad compleja, porque incluye un conjunto de operaciones mentales recíprocamente entrelazadas de modo solidario o inescindible. La interpretación que se realiza de las normas jurídicas no se realiza de manera abstracta, sino que es necesaria la interpretación en función del estudio de las realidades concretas a las cuales van a ser aplicadas las normas. Además, se tiene que interpretar en conexión con las valoraciones presentes en el orden jurídico positivo con el que se trabaja. Recordemos que el punto de partida en el razonamiento jurídico consiste en aplicar las disposiciones del orden jurídico positivo, es decir, el jurista no puede sustituir lo que éste ordene con su criterio personal.²

La teoría del silogismo jurídico expresa una postura metodológica sistemático-deductiva de matriz juspositivista, “es la que configura al juicio y a la motivación a través de la categoría del silogismo judicial.”³

Aclaremos que existe paralelamente a esta postura sistemático-deductiva, otras posturas antisistemáticas o antilegalistas que nacen por la crisis del positivismo jurídico clásico y reconocer que no se puede prescindir de las valoraciones al momento de aplicar el Derecho, así el juez desarrollará una actividad argumentativa en donde tiene primordial importancia el discurso tópico-retórico, pensemos en las posturas de Viehweg o Perelman, o como en el caso de Robert Alexy, la jurisprudencia, al no poder prescindir de las valoraciones recurre a un discurso moral para poder fundamentar las decisiones jurídicas.

Es muy conocida la teoría del silogismo porque tuvo durante un largo tiempo un papel dominante en Alemania e Italia. Es un modelo excesivamente sintético, incluso para sus autores (Schultze, Wehli, Wach, Rosenber-Schwab, Scheuerle, Scheider, Klüg, Krile, Esser, Larenz, Engisch, Alfredo Rocco, Menestrina, Calamandrei, Carnelutti), los cuales advirtieron su falta de idoneidad frente a la complejidad del razonamiento del juez.

² RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 17ª edición, México, Porrúa, 2003, p. 4.

³ *Ibidem*, p. 141.

García Máynez expone la estructura del raciocinio, por el cual los preceptos de carácter genérico son aplicados a casos concretos de la experiencia jurídica, y explica las doctrinas desarrolladas por Karl Engisch y Ulrich Klüg sobre el tópico de la teoría del silogismo judicial. Engisch Karl publicó en noviembre de 1942 el libro *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, donde discute los problemas de orden lógico relacionados con el proceso aplicador de normas generales, especialmente los relativos a la forma del llamado silogismo jurídico y a los métodos de los cuales los órganos jurisdiccionales suelen valerse para formular las premisas de tal razonamiento. Engisch sostiene que la ley para el jurista contemporáneo es siempre la fuente de conocimiento más importante, su investigación pretende esclarecer la estructura lógica del razonamiento aplicador de preceptos legales a casos singulares, con la finalidad de obtener un juicio jurídico concreto y fundado.⁴

Karl Larenz expone el esquema lógico de la aplicación de la ley, las normas jurídicas son reglas de conducta o de decisión expresadas en forma lingüística, para cumplir su función tienen que ser aplicadas. ¿Cómo se aplica una norma jurídica? La respuesta parece ser fácil, se dispone de un esquema lógico aparentemente simple. No obstante, surge la duda de si resulta suficiente este esquema, porque no sólo aplicamos normas jurídicas individuales, sino que la mayoría de las veces, aplicamos una regulación en conjunto, con inclusión de las decisiones *negativas* que en ella se encuentran. “La principal dificultad resulta, sin embargo, de la naturaleza de los medios de expresión lingüística y la inevitable discrepancia entre la regulación proyectada para una realidad determinada y la variabilidad de esta realidad, es decir, el carácter *fluyente* de la mayor parte de los hechos ocultados.”⁵

El armazón lógico propuesto o el caso más sencillo de silogismo lo define Larenz como *silogismo de determinación de la consecuencia jurídica* y lo representa así:

Si S está realizado en un hecho cualquiera, la consecuencia jurídica C vale para este hecho (premisa mayor).

⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, Distribuciones Fontamara, S.A., 1994, p. 127.

⁵ LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción por RODRÍGUEZ MOLINERO, M., 2ª edición, España, Ariel, 2001, p. 265.

Este hecho H determinado realiza S, es decir, es un caso de S (premisa menor).

Para H vale C (conclusión)

Se puede también expresar este silogismo, sin la formulación hipotética de la premisa mayor y, por ello, más brevemente sería así:

$S \rightarrow C$ (es decir, para todo caso de S vale C)

$H = S$ (H es un caso de S)

$H \rightarrow C$ (Para H vale C).

La premisa mayor constituye una norma jurídica completa, más exactamente, aclara Larenz, una proposición enunciativa cuyo contenido es que esta norma jurídica vale y la premisa menor la subordinación de un hecho concreto como un *caso* bajo el supuesto de hecho de la norma jurídica. La conclusión afirma aquí que, para este hecho, vale la consecuencia jurídica mencionada en la norma jurídica.⁶

El silogismo se define como: “La forma técnica del raciocinio en virtud del cual inferimos un juicio o proposición de otro juicio o proposición, mediante un tercer juicio o proposición. Aristóteles lo definió como un argumento en el cual, establecidas estas proposiciones se sigue necesariamente otra proposición distinta, por el solo hecho de haber sido puestas aquellas; Kant dice que es el conocimiento de que determinada proposición es necesaria (la conclusión) por la concordancia de su condición (la premisa menor) con una regla general dada (la premisa mayor).”⁷

Cuando pensamos en el silogismo de subsunción en lógica se entiende como el “que se lleva a cabo de modo que los conceptos de menor extensión se subordinen a los de mayor extensión, que se subsumen bajo ellos (ejemplo el concepto caballo puede ser subsumido al concepto mamífero), en el silogismo que sirve de base en la aplicación del Derecho no se subsumen conceptos, sino que se subsumen hechos bajo el supuesto de hecho descrito en la ley.”⁸

El uso del razonamiento deductivo en el Derecho está paradigmáticamente representada por el uso del silogismo jurídico, conlleva una serie de problemas teóricos y prácticos, así como críticas y limitaciones en

⁶ *Ibidem*, p. 265-266.

⁷ MANS PUIGARNAU, Jaime, *Lógica para jurista*, España, Bosch, 1978.

⁸ LARENZ, K., *op. cit.*, p. 268.

cuanto a su uso. Los teóricos debaten sobre la existencia o no de una lógica especial, distinta a la lógica formal que es aplicable en el Derecho, diferencian entre caso fácil y caso difícil, entre justificación interna y externa.

Analizaremos y evaluaremos las argumentaciones que se han producido sobre la importancia de la lógica en el Derecho, es decir, de la lógica jurídica y de la lógica deóntica, expondremos la teoría del silogismo y sus críticas, así como el uso de este en los casos fáciles y su limitación en los casos difíciles. Finalmente, analizaremos las propuestas de Viehweg, Perelman, Toulmin, Alexy y MacCormick en torno al tema principal de nuestra investigación: el uso de la lógica deductiva en el razonamiento jurídico y sus límites.

2. LA LÓGICA Y SU IMPORTANCIA EN LA APLICACIÓN AL DERECHO

La lógica es la ciencia que estudia la manera en que elaboramos nuestros razonamientos. La lógica es una ciencia auxiliar de enorme valor para todas las demás ciencias, es un poderoso instrumento que es utilizado en todas las disciplinas (incluso para actividades no científicas), ella ha hecho posible la comprensión de la estructura de la ciencia, constituye el cimiento de todo razonamiento, en palabras de Kant la lógica es el vestíbulo de las ciencias,⁹ incluso considera que la lógica es una ciencia perfecta y acabada por lo que no avanza. Lo cierto es que a partir de ella construimos nuestro pensamiento, creamos nuestros argumentos en la Ciencia de Derecho.

El Derecho, al ser una ciencia, necesita el uso de la lógica de forma indiscutible, sobre todo el uso de sus principios lógicos.¹⁰ Pero la lógi-

⁹ KANT, Immanuel, *Critica de la razón pura*. Prólogo, traducción, notas e índices por RIBAS, Pedro, México, Taurus, 2006, p. 13

¹⁰ Algunos principios en la lógica jurídica como el principio jurídico de identidad, el principio jurídico de contradicción, el principio jurídico de tercero excluido y el principio especial de contradicción. El primero nos dice que “todo objeto del conocimiento jurídico es idéntico a sí mismo”; el segundo, que “dos normas de derecho contradictorias no pueden ser ambas válidas”, el tercero, que “dos normas de derecho contradictorias no pueden ambas carecer de validez”; y el cuarto, que “toda norma jurídica de contenido contradictorio carece de validez”. También tenemos el principio de razón suficiente, que nos dice “toda norma jurídica, para ser válida, ha

ca utilizada en el Derecho es distinta, por contar con métodos de razonamiento propios, características y problemas de la razón práctica que expondremos a continuación, por lo que requiere de una denominación distinta. La denominación de lógica jurídica resulta problemática porque se considera que este término no existe, existe una sola lógica que es la lógica formal a secas. Chaïm Perelman considera que es ridículo hablar de lógica jurídica, al igual que lo sería hablar de la lógica bioquímica o de la lógica zoológica, cuando se utilizaran las reglas de la lógica formal en un tratado de bioquímica o de zoología. Kalinowski, quien apoya esta postura, originó la controversia sobre la existencia de la lógica jurídica.

Esta es la razón por la que “algunos juristas, al analizar los métodos de razonamiento que les son propios, han preferido titular sus obras, muy conocidas por los demás, como *Introducción al razonamiento jurídico* o *Introducción al pensamiento jurídico*, abandonando el término de lógica jurídica.”¹¹ Otros autores como Rupert Schreiber hablan de lógica del Derecho.¹² Bobbio por su parte distingue dentro de la lógica jurídica dos campos de investigación diferentes, la lógica de los juristas y la lógica del Derecho, la primera tiene por objeto el análisis del razonamiento de los juristas, de las argumentaciones jurídicas y forma parte de la teoría de la interpretación jurídica y la segunda, la lógica del Derecho, (denominada también por otros autores como lógica deóntica o lógica de las normas) tiene como finalidad es el análisis de la estructura de las normas jurídicas (forma parte de la teoría general de la norma jurídica y del ordenamiento jurídico.)¹³ No obstante, lo anterior los juristas tradicionalmente han calificado a los razonamientos propios que se realizan en el Derecho como lógica jurídica.

La lógica jurídica es considerada como “aquella parte de la lógica que examina desde el punto de vista formal las operaciones intelectuales de

menester de un fundamento suficiente de validez”. *cf.*, GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *op. cit.*, pp. 95-125. *vid.*, GARCÍA MÁYNEZ, E., *Introducción a la lógica jurídica*, 9° edición, México, Colofón, 2001.

¹¹ PERELMAN, Chaïm, *Lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción por Luís Díez-Picazo, Madrid, Civitas S.A., 1979, p. 13.

¹² SCHREIBER, Rupert, *Lógica del Derecho*, traducción por GARZÓN VALDÉS, Ernesto México, Fontamar, 1991.

¹³ ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión racional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, pp. 369.

los juristas”.¹⁴ Para Ulrich Klug la lógica jurídica “es la teoría de las reglas lógico-formales que llegan a emplearse en la aplicación del derecho.”¹⁵ Propone que, dentro de la teoría lógica general, la lógica jurídica es la parte especial que se caracteriza por ser empleada en la aplicación del Derecho. Distingue y denomina a la lógica general como lógica pura o teórica y a la lógica jurídica como lógica práctica.

Los razonamientos jurídicos se caracterizan porque van acompañados de controversias, a diferencia de los razonamientos realizados en otras ciencias y, especialmente, las deductivas. Recordemos que, así como Aristóteles señala que todos los hombres participan del uso de la dialéctica o la retórica, de un modo u otro, todos los hombres son retóricos o dialécticos, porque todos se esfuerzan en descubrir y sostener un argumento e, igualmente, en defenderse y acusar, la mayoría de los hombres realiza esto ya sea al azar o por costumbre.¹⁶

Para algunos teóricos de la argumentación jurídica como Viehweg, Perelman y Toulmin, el uso de la lógica formal, aristotélica o deductiva, en el razonamiento jurídico resulta insuficiente, porque no toma en cuenta la parte valorativa o axiológica que se encuentra presente en el Derecho.

El funcionamiento y la vida del Derecho no consiste solamente en una operación lógica deductiva, lo han afirmado juristas eminentes de diversos países como Alemania, Francia, Inglaterra, países de Hispanoamérica y en los Estados Unidos de Norteamérica.

En la práctica, tanto la experiencia y los hechos nos han demostrado que la aplicación del Derecho no se desarrolla únicamente como un proceso lógico, en la elaboración de las sentencias y de las nuevas normas jurídicas, el procedimiento no se reduce a una operación deductiva, es una actividad más compleja que requiere de otros factores tales como la conciencia valorativa, es decir, un juicio estimativo.¹⁷

¹⁴ KALINOWSKI, Georges, *Introduction a la logique juridique*, cit. PERELMAN, Chaïm, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵ KLUG, Ulrich, *Lógica Jurídica*, Colombia, Temis, 1990, p.8

¹⁶ ARISTÓTELES, *Retórica*, 1354, p. 5-10.

¹⁷ RECASÉN SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 3ª edición, México, Porrúa, 1980.

El razonamiento jurídico se caracteriza porque va acompañado de incesantes controversias, principalmente en el terreno judicial, pues se requiere de la actividad del juez para dar por terminada las controversias, incluso por medio de un argumento de autoridad. El juez, el legislador, el funcionario, el dogmático deben tomar decisiones, en cada problema planteado deberán de analizar tanto las razones a favor de una solución como las razones que apoyan una solución diferente, tendrán que ponderar ambas razones o argumentos, esta apreciación del valor de las razones es lo que caracteriza al razonamiento jurídico en donde cada individuo tomará una decisión de carácter personal. En cambio, en el razonamiento aplicable en las ciencias deductivas, éste si se puede reducirse a medidas, cálculos o demostraciones, pensemos en las matemáticas o la química.

La observación del hecho de que el legislador y el juez se inspiran en valores que son diferentes de la corrección lógica formal y la afirmación axiológica de que así deben hacerlo, pueden ambas parecer claras y justificadas. Tal observación y tal afirmación constituyen el punto de partida, constituyen el planteamiento de un problema, que, una vez percibido, parece inexcusable abordar.¹⁸

El Derecho ha estado dominado durante siglos por el ideal de una justicia absoluta, concebida como algo de origen divino o como algo natural o racional, lo que ha hecho definir al Derecho durante siglos como el arte de determinar lo que es justo y equitativo (*ars boni et aequi*). El papel del jurista consistirá en preparar, por medio de sus reflexiones y análisis, es decir, por medio de su razonamiento jurídico, la solución más justa de cada caso concreto.

El esfuerzo de los juristas, a todos los niveles y en toda la historia del Derecho, se ha dirigido a conciliar las técnicas del razonamiento jurídico con la justicia o, por lo menos, con la aceptabilidad social de la decisión. Esta preocupación basta para subrayar la insuficiencia, en Derecho, de un razonamiento puramente formal, que se contente con controlar la corrección de las inferencias sin formular un juicio sobre el valor de la conclusión. Cuando el resultado es inadmisibles, por una u otra razón, el jurista se ve empujado a introducir una distinción, que tal vez omitió al establecer las premisas de su razonamiento.¹⁹

¹⁸ *Ibidem*, 26-27.

¹⁹ PERELMAN, C. *op. cit.*, p. 22.

El desprestigio de la lógica formal ha provocado que algunos teóricos consideren que la lógica formal es inaplicable al Derecho, afirmación errónea, porque negar la importancia del uso de la lógica formal en cualquier área de conocimiento resulta falaz. Holmes llamó *la falacia de la forma lógica* a aquella que consiste en creer que es posible transportar al campo jurídico las rígidas demostraciones que caracterizan a la lógica formal.²⁰

Holmes señala: “La vida del derecho no ha consistido en lógica sino en experiencia”, es decir que los criterios para realizar las argumentaciones jurídicas no son los de la lógica formal, se considera que la experiencia y sólo ella, es la fuente de todo criterio auténtico utilizable en la apreciación (valoración) de las argumentaciones jurídicas, no se hablará de verdades necesarias, sino de verdades contingentes y variables, las que el juez, abogado, jurista, etc. utilizaran para evaluar los razonamientos que acontecen en su campo.

Manuel Atienza sostiene que la frase de Holmes ha sido malinterpretada ya que él no pretende afirmar que en el Derecho no hubiera lógica, lo que el pretendía era contraponer el formalismo jurídico a una concepción instrumental o pragmatista del Derecho, es decir, señalar que lo que guía al Derecho no es una idea inmutable de razón, sino la experiencia, la cultura cambiante.²¹

A la argumentación podemos analizarla, conocerla y entenderla desde varias concepciones o dimensiones, Atienza sostiene y propone tres: la formal, material y pragmática, en esta última se distingue entre la dialéctica y la retórica²². La concepción formal de la argumentación es la que encontramos paradigmáticamente en los libros de lógica formal.

El principal interés de los lógicos se dirige a los argumentos, para ellos un argumento es un conjunto de proposiciones de las cuales se dice que una se sigue de las otras, que pretende apoyar o fundamentar una verdad. Desde la perspectiva de la lógica, un argumento tiene una estructura, es decir, se construye con premisas para llegar a una conclusión.

²⁰ ALCHOURRÓN, Carlos (et. al.), *Análisis Lógico y Derecho. Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari*, p. 4-6 cit. Holmes, *The common law*, p.1.

²¹ ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, España, Ariel, 2006, p.12.

²² *Ibidem*, pp.11-60.

En otras palabras “un *argumento* puede definirse como una serie de aseveraciones (oraciones, proposiciones), sea dentro de una oración más amplia o dentro de un grupo de oraciones gramaticalmente diferenciadas, que individualmente o en su conjunto dicen *apoyar, demostrar* o *dar prueba de* otra aseveración. La aseveración que resulta apoyada, demostrada o probada se denomina *conclusión*.”²³ Así, Copi y Cohen sostienen que “la *conclusión* de un argumento es la proposición que se afirma con base en las otras proposiciones del argumento, y estas otras proposiciones, que son afirmadas (o supuestas) como apoyo o razones para aceptar la conclusión, son las *premisas* de ese argumento.”²⁴

La teoría del silogismo judicial, siguiendo las ideas de Eugenio Bulygin, se pueden resumir en las siguientes proposiciones:

- a) La sentencia es una conclusión del razonamiento hecho por el juez en los considerandos.
- b) Las premisas de este razonamiento están dadas por las normas aplicables y los hechos del caso.
- c) La actividad del juez (una vez determinados los hechos) es puramente mecánica: consiste en extraer una conclusión lógica de las premisas dadas.
- d) La sentencia está determinada por las normas.
- e) En cada caso hay una y sólo una, solución correcta: es la conclusión del razonamiento contenido en los considerandos. En consecuencia, esta teoría sostiene que el conocimiento de las normas es fundamental para la ciencia jurídica.²⁵

3. DEFENSA MATIZADA DE USO DEL SILOGISMO JUDICIAL POR NEIL MACCORMICK

Neil MacCormick, a diferencia de Viehweg, Perelman y Toulmin, realiza una defensa matizada del uso del silogismo jurídico en el razonamiento jurídico, muchos autores se sienten incómodos y hostiles ante la

²³ CAPALDI, Nicholas, *Cómo ganar una discusión*, España, Gedisa, 2005, p. 23.

²⁴ COPI, Irving (*et. al.*), *Introducción a la lógica*, México, Limusa, 2002, p. 21.

²⁵ ALCHOURRÓN, C. (*et. al.*), *op. cit.*, p.349.

idea de que la argumentación jurídica pueda ser deductiva, “el problema es que el Derecho es normativo, y que el razonamiento sobre normas no puede ser estrictamente lógico.”²⁶

Otra manera de presentar la idea del carácter deductivo de la decisión judicial es a través de la regla *modus ponendo ponens*, así la sustitución del silogismo debido a esta regla tiene sobre todo un alcance formal: se pasa de la lógica aristotélica a la lógica clásica. Esta forma de argumento conocida como *modus ponens*²⁷ explica que la verdad de las premisas trae consigo, invariablemente, la conclusión, es el silogismo demostrativo por excelencia.

La expresión simbólica del silogismo es la siguiente:

$p \supset q$ (si p entonces q)
 p
 por lo tanto q

Las normas jurídicas seleccionan acciones o sucesos posibles del mundo (hecho operativo) y estipulan ciertas consecuencias normativas que se ligan a ellos. Así, la aplicación del Derecho es un proceso intelectualmente simple:

Si OF (hechos operativos) entonces NC (consecuencias normativas)
 OF
 luego NC

Recordando y siguiendo a Dewey, MacCormick sostiene que la certeza que podemos alcanzar en el Derecho es limitada y derrotable, afirma que el razonamiento jurídico si es silogístico, al menos con sus reservas y matices. “El silogismo juega un papel fundamental como estructura en el pensamiento jurídico, aunque no todo ese pensamiento se agota en su estructura únicamente. La lógica formal y la deducción sí que importan en el Derecho. Ciertamente, reconocer esto no exige negar el papel extraordinariamente importante que en el Derecho desempeñan el razonamiento informal, el razonamiento probabilístico, la retórica, en todos sus

²⁶ MACCORMICK, Neil. “La argumentación silogística: una defensa matizada”, *DOXA*, núm. 30, 2007, p. 322, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13137/1/DOXA_30_37.pdf

²⁷ ITURRALDE SESMA, V., *op. cit.*, pp. 372-373.

sentidos y modos. Antes, al contrario: lejos de requerir la negación de todo eso, apreciar el lugar central del silogismo jurídico es precisamente una condición para entenderlo en su contexto jurídico.”²⁸

MacCormick señala que en cualquier ordenamiento jurídico lo más importante es localizar tanto la premisa mayor o normativa y la premisa menor o fáctica para estructurar nuestro silogismo, es decir, nuestro razonamiento ante un Tribunal, pero “¿Cómo sabemos qué es lo relevante? ¿Cómo ha de plantear uno alegaciones de hecho «relevantes» para ser enjuiciadas por un tribunal en relación con alguna o algunas disposiciones de una ley? La respuesta es obvia, y no particularmente sorprendente. Para descubrir qué es relevante hay que leer la ley.”²⁹

3.1. Casos fáciles: uso de la lógica deductiva y el silogismo

Los teóricos contemporáneos Dworkin, MacCormick, Aarnio, Alexy, Atienza, Gustini, hablan de los casos fáciles, indistintamente se usa además el término de caso rutinario, caso sencillo, en contraposición, se habla también de casos difíciles, incluso Manuel Atienza usa el término casos trágicos, surge de inmediato la interrogante: ¿Qué es un caso fácil?

En los casos fáciles o rutinarios como les llama Aarnio, la solución al problema planteado es la aplicación de la norma jurídica a un caso individual en donde no existe la menor duda de su aplicación, “la decisión es literalmente la aplicación de la ley, es mecánica su aplicación y no se permite la discrecionalidad en estos casos. Para referirse a tales casos. Kaarle Makkonen ha usado el término *decisiones isomórficas*. La relación entre la norma y el hecho es similar a la de un objeto y su reflejo.”³⁰

El método jurídico tradicional concibe la aplicación del Derecho como un procedimiento encaminado a especificar el significado abstracto y general de una norma jurídica a tenor de los hechos del caso concreto sobre el que se ha de tomar la decisión. “El esquema clásico que representa esta forma de proceder es el de *la subsunción de los hechos en la norma abstracta y general*. Según esto, la decisión jurídica presupone un sencillo

²⁸ MACCORMICK, N., *op. cit.*, p. 323.

²⁹ *Ibidem*, p. 324.

³⁰ AARNIO, Aulius, *Lo racional como razonable*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.23.

silogismo práctico en el cual la premisa mayor es siempre una norma jurídica abstracta y general y la premisa menor consistiría en los hechos concretos fijados por el juez o el intérprete, de tal suerte que la conclusión se produciría automáticamente por el juego lógico de ambas premisas.”³¹

En general se admite que en los casos fáciles se aplica la estructura del silogismo judicial que es la siguiente:

Premisa mayor = norma general

Premisa menor = hechos del caso a estudiar o resolver

Conclusión = sentencia

Sin embargo, no todos los casos rutinarios o fáciles permiten aplicar sin más, literalmente, la ley, debido a que a un mismo comportamiento (hecho) es posible aplicar más de una disposición legal. Aarnio habla de decisión discrecional cuando más de una norma jurídica puede ser aplicada al mismo conjunto de hechos o la misma norma jurídica permite más de una interpretación.

El juez tiene que actuar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y es parte de su obligación resolver toda controversia o cuestión que le sea sometida o planteada, sin olvidar que su posición le confiere el poder de tomar decisiones. Sin embargo, de acuerdo con la ideología en la democracia occidental, no todo uso del poder legal es aceptable.

Las razones para calificar a tales decisiones de rutinarias (casos fáciles) son dos:

- a) Se producen reiteradamente, se podría hablar incluso de decisiones en masa.
- b) Lo más importante es su estructura, es decir, la relación entre la norma y el hecho.

Decisiones rutinarias tienen las siguientes características conforme a Aarnio:

- a) Forman parte de la vida cotidiana,
- b) Sin ellas la vida en sociedad sería simplemente imposible,

³¹ CALVO GARCÍA, Manuel, *Teoría del Derecho*, 2º edición, España, Tecnos, 2002, p. 147-148.

- c) Poco interés desde el punto de vista de la interpretación del derecho,
- d) No presentan en absoluto aquellos rasgos que generalmente son considerados como característicos de la decisión jurídica,
- e) Son mecánicas,
- f) No permiten discrecionalidad entre las alternativas.

No todos los casos de aplicación de la ley son casos de observancia de la letra de la ley, debido a que existen casos difíciles, los cuales admiten más de una solución o interpretación.

3.2. Casos difíciles

El principio de legalidad en la administración de la justicia es atacado y puesto en crisis, debido a que en cada sistema jurídico hay muchos casos dudosos o difíciles. Se pueden distinguir al menos tres especies diferentes de casos difíciles.

En primer lugar, hay casos en los que la solución es incierta, porque existen dudas en cuanto a la interpretación de una disposición legislativa, no hay certeza que la disposición legislativa en cuestión a la controversia sobre la cual se debe juzgar, recordemos que muchas de las dudas interpretativas están determinadas por dos las características de las *lagunas naturales* (en las cuales las leyes son formuladas): la indeterminación semántica y la ambigüedad sintáctica.

El segundo tipo de caso difícil es aquel en que la solución es incierta porque no se encuentran disposiciones legislativas susceptibles de aplicación a la controversia en cuestión. Se trata de situaciones que son tradicionalmente llamadas por la doctrina como *lagunas del Derecho*.

En tercer lugar, hay casos en los cuales la solución es difícil porque varias o al menos dos normas incompatibles parecen aplicables a la misma controversia. Se trata de las situaciones que se llaman tradicionalmente como antinomias del Derecho.³²

³² GUASTINI, Riccardo, "Théorie et ontologie du droit chez Dworkin", traducción por MARTÍNEZ MARAVILLA, Mariza, *Droit et Société*, Paris, núm. 2, 1986, pp. 18-19.

MacCormick sostiene que el razonamiento deductivo es suficiente para resolver los casos fáciles, el límite del citado razonamiento se encuentra en la aparición de los casos difíciles. “Si consideramos que el silogismo jurídico exhibe el marco de todo razonamiento jurídico que suponga la aplicación del Derecho, hay un número limitado de maneras en que pueden surgir problemas cuya resolución requiera razonamientos en principio no deductivos, o sea, retóricos o persuasivos. Volviendo, por razones de simplicidad, a la fórmula esquemática «Si *OF*, entonces *NC*», las cuatro maneras siguientes agotan las posibilidades de desafíos que pueden surgir en cualquier caso discutido.”³³

Para MacCormick, la aparición de los casos difíciles ocurre cuando surge alguno de los problemas anteriores.

- a) Problema de interpretación.
- b) Problema de relevancia.
- c) Problema de hechos secundarios.
- d) Problema de calificación o hechos secundarios.
- e) Propuestas teóricas de solución al problema del uso del silogismo

4. PROPUESTAS TEÓRICAS DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DEL USO DEL SILOGISMO

4.1. Postura de Theodor Viehweg

El alcance de la tópica jurídica propuesta por Viehweg se basa en anticipar una perspectiva argumentativa, es decir, que el contexto de cada caso particular determinará las razones a elegir en búsqueda de la decisión correcta, a través del intercambio de razones, de una acción comunicativa constante de los sujetos participantes. Se tratará de un proceso retórico, marcado por la inexistencia de verdades apodícticas, es decir, convincentes que no admiten contradicción, que puedan justificar una solución indiscutible, aproximado por tanto a la permanente construcción y reconstrucción de soluciones meramente plausibles, siendo la tó-

³³ MACCORMICK, Neil, *op. cit.*, p. 332. *cfr.*, MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*. Nueva York, Oxford University Press, 1997, pp. 195 y ss.

pica el auxilio principal que las partes en ese proceso dialógico pueden aprovecharse como fuente de sus argumentos, de las razones que se discutirán para apoyar (basar) la decisión.³⁴

El pensamiento de problemas propuesto por Viehweg se opone a las vinculaciones lógicas (no a las vinculaciones legales). Viehweg rechaza claramente que las soluciones de los casos jurídicos se puedan obtener exclusivamente por vías deductivas.

En este sentido, Viehweg defiende una concepción dinámica del Derecho, lo entiende como actividad, afirma que en cada época la mayoría de los *topoi* de una disciplina están especificados, mientras que otros se pasan por alto, sin embargo, estos pueden ganar peso con el cambio de las situaciones y por vía de legislación o interpretación.

El sistema puede razonablemente ser llamado un sistema abierto ya que su discusión, es decir, su enfoque de un problema particular está abierta a nuevos puntos de vista. Con respecto a su contenido, renuncia a la noción de argumento final o definitivo, pero recomienda un método de argumentación que no procede deductivamente sino dialógicamente. Su última *ratio* es el discurso razonable (*vernünftiges reden*).³⁵

La doctrina de la tópica jurídica propuesta por Viehweg provee una nueva metodología jurídica para la solución de los problemas o aporías presentes en la jurisprudencia. El uso de la tópica proveerá al litigante, al dialogante, al participante de la actividad argumentativa, de los tópicos, premisas, puntos de vista, opiniones, argumentos. Ahora bien, su utilidad en el razonamiento jurídico consiste en servir a la argumentación, ayudarán a la discusión de problemas, al entendimiento, para finalmente construir nuestro discurso jurídico en pro de encontrar la respuesta al problema o caso planteado. Por tanto, los tópicos para Viehweg “tienen que ser entendidos de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento.”³⁶

Viehweg concibe al Derecho como algo dinámico, que no está sujeto a las vinculaciones lógicas, nos propone un razonamiento jurídico que

³⁴ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 315.

³⁵ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2º edición, traducción por SEÑA, Jorge M., Barcelona, Gredos, 1997, p. 127.

³⁶ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, traducción por Díez PICASO, L., Madrid, Taurus, 1992, p. 56

se ejercitará desde el problema planteado y se desarrollará así un pensamiento problemático o aporetico. En este sentido señala que: “La constante vinculación con el problema impide el tranquilo razonamiento lógico hacia atrás y hacia delante, es decir, la reducción y la deducción. Uno se ve continuamente perturbado por el problema y no se libera de él, a menos que le declare puro problema aparente, por lo cual se ve empujado a una constante búsqueda de premisas, y con ello, al *ars inveniendi*, es decir, a la tópica.”³⁷

De esta manera, la lógica y la deducción (subsunción jurídica) sí se utilizan en el razonamiento jurídico y juegan un papel importante en el mismo, aunque no poseen el peso que indiscutiblemente les correspondería si existiera un sistema jurídico perfecto, concediéndoles así únicamente un rol secundario, el punto central del razonamiento jurídico se encuentra, según Viehweg, en la búsqueda de premisas en la *inventio*, es decir, en la tópica.³⁸

Nos interesa averiguar qué lugar ocupa el Derecho Positivo en el contexto de los tópicos, que nos guiarán para obtener la decisión jurídica. Las posturas son tres: las que aceptan que la ley es un tópico más entre los demás, las que rechazan que la ley es un tópico porque no se reconoce el carácter vinculante de la ley en todo proceso de resolución de las decisiones jurídicas y, finalmente, las posturas eclécticas que proponen que existe una compatibilidad en el método tópico y el respeto o límite del carácter preceptivo del Derecho Positivo.

La diversidad de respuestas se debe a la oscuridad e imprecisión de los escritos de Viehweg y a la diversidad de los conceptos de Derecho de las doctrinas metodológicas citadas en pugna.³⁹

No encontramos con un claro rechazo al principio de legalidad, porque Viehweg no habla de una vinculación legal sino lógica, afirmando: “Cuando se ha formado un catálogo de los tópicos admisibles, se produce, en el desarrollo ulterior del pensamiento, conforme se pretendía, un vínculo lógico, que, sin embargo, no se puede extender demasiado, porque, la constante vinculación con el problema sólo permite series de deduccio-

³⁷ *Ibidem*, p. 58-59.

³⁸ *Ibidem*, pp. 121-122,136-137.

³⁹ GARCÍA AMADO, J. A., *op. cit.*, pp. 243-271.

nes de corto alcance, que puedan interrumpirse en cualquier momento a la vista del problema. Este modo de pensar es esquivo a las vinculaciones, pero no se puede renunciar por completo a ella, por el contrario, tiene un interés especial en establecer determinadas fijaciones, a nadie le es posible conducir una prueba objetiva sin lograr establecer con su interlocutor, por lo menos, un círculo acotado por un entendimiento común.”⁴⁰

El pensamiento de Viehweg no supone de manera consisa un rechazo claro del principio de legalidad, es decir, al peso preponderante y vinculante de la ley positiva para la resolución de problemas jurídicos. Lo que él rechaza abiertamente es que las soluciones en los casos jurídicos se puedan obtener exclusivamente por métodos deductivos, formales y al margen de las peculiaridades del problema, en general, rechaza la teoría del silogismo clásico.

Nos tenemos que auxiliar y apoyar en los tópicos, mismos que son elásticos, amplios y variados, algunas veces pueden considerarse como aceptables o inaceptables; relevantes o irrelevantes; admisibles o inadmisibles; defendibles o indefendibles; esto dependerá del contexto y los participantes. Así, la interpretación que se realice de los tópicos permitirá enriquecer los argumentos mediante un ejercicio dialéctico, para finalmente legitimar los tópicos por la aceptación del interlocutor. “En consecuencia, lo que ha sido aceptado siempre y en todas partes, se considera como fijado, como indiscutido y, por lo menos en este ámbito, como evidente.”⁴¹

Existe en la jurisprudencia una dicotomía constante de pregunta-respuesta, así el Derecho Positivo realizará la función de respuesta probable a la aporía fundamental de la jurisprudencia que consiste en saber ¿Qué es lo justo aquí y ahora?, es decir:

...el problema fundamental conserva siempre el lugar dominante, se produce una relación mediata o inmediata entre el Derecho Positivo y todo lo que surge alrededor de él, con este problema. Está claro que todas las partes integrantes de esta búsqueda del Derecho tienen que permanecer necesariamente dependientes entre sí, y que no es lícito, por ello, intentar desligarlas de su raíz problemática y ordenarlas después aisladas en sí mismas.⁴²

⁴⁰ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 59-60.

⁴¹ *Ibidem*, p. 61.

⁴² *Ibidem*, p. 132.

La actividad en la búsqueda de premisas es creativa, de esta manera, los elementos auxiliares para encontrar la respuesta están en los puntos de vista o argumentos (tópicos), uno de ellos es el Derecho Positivo aplicable. Para Viehweg, el texto legal (la ley) será un tópico más que se puede usar en el razonamiento jurídico, así que el texto legal será (si existe) el punto de partida para la argumentación, pero el mismo resulta insuficiente, ya que se requiere señalar sus sentidos y ha de imponerse uno de ellos a través de la discusión. En este sentido, tanto la ley y el Derecho Positivo no están situados en un nivel de igualdad o de superioridad en relación a los elementos que nos proporciona la tópica, sino que están sometidos en buena parte a la acción y el imperio de la tópica, porque, si bien es cierto, podremos fijar, exponer o citar un texto legal, pero no su sentido, que es lo que interesa; tener en la actividad interpretativa, argumentativa y de aplicación del Derecho, para lograrlo necesitamos de la tópica, que cumple un papel decisivo al suministrar los argumentos.

4.2. Postura de Chaim Perelman

El redescubrimiento de la retórica aristotélica y su aplicación al uso del Derecho se realizó por Chaim Perelman junto a Lucie Olbrecht-Tyteca, quienes escribieron el Tratado de la argumentación. En esta obra, Perelman y la coautora buscan el fondo en el que pueda asentarse cierta objetividad en el uso del Derecho. Siguiendo a Aristóteles, colocan la retórica al lado de la lógica y separada de ésta. La lógica entrega conclusiones inobjetables. La retórica unas que persuaden o convencen a un auditorio cuya adhesión pretende el jurista.

Mientras que los razonamientos demostrativos y las inferencias formales son correctos o incorrectos, en el juego argumentativo los argumentos, razones, tópicos que se dan tanto a favor o en contra de una tesis son fuertes o débiles, estos hacen variar la intensidad de la adhesión del auditorio.

Perelman distingue tres términos que utilizará a lo largo de su tratado: discurso, orador y auditorio. El discurso es la argumentación, el orador es quien la presenta y el auditorio aquel a quienes va dirigida, sea una presentación oral o escrita, además, les da una importancia particular a las argumentaciones filosóficas, consideradas por tradición las más *racionales* que existen “precisamente porque se supone van dirigi-

das a lectores en los que hacen poca mella la sugestión, la presión o el interés.”⁴³

Mientras los razonamientos jurídicos relativos a la aplicación de la ley se consideraban como una operación deductiva, respetando el criterio de legalidad, sin tomar en cuenta su carácter justo, razonable o aceptable y finalmente ignorando así los juicios de valor. Perelman apegado a los criterios de Esser, Kriele y Struck considera que los juicios de valor relativos a la decisión son ineliminables del Derecho porque guía todo el proceso de aplicación de la ley.⁴⁴

Perelman y Olbrechts-Tyteca llegan a la conclusión que no hay una lógica de los juicios de valor en los campos examinados (Filosofía, Política, Estética, Derecho) porque se trata de opiniones controvertidas, de esta manera, cuando se discute y se delibera se recurre a las técnicas de argumentación. Este descubrimiento tiene un gran significado para la lógica jurídica, “si el razonamiento del juez se debe esforzar por llegar a una solución que sea equitativa, razonable y ejemplar, con independencia de su conformidad con las normas jurídicas positivas, es esencial poder responder a esta pregunta: ¿por qué procedimientos intelectuales llega el juez a considerar una decisión como equitativa, razonable o ejemplar, cuando se trata de nociones eminentemente controvertidas?”⁴⁵ Perelman responde que la respuesta la encontramos precisamente en la argumentación, en la deliberación, en el diálogo.

Entonces, la retórica, la dialéctica y la tópica son las disciplinas que nos proporcionarán los métodos, la técnica y los instrumentos para alcanzar una argumentación racional en el campo del Derecho. La dialéctica, o el arte de la discusión, se presenta como el método apropiado para la solución de problemas jurídicos, se impone el recurso a los razonamientos dialécticos y retóricos, como un razonamiento que tratan de establecer un acuerdo sobre los valores y su aplicación, cuando estos son objeto de controversia.

Recordemos que tras la Segunda Guerra Mundial ocurre tanto el renacimiento de la tópica y la rehabilitación de la retórica, esto como res-

⁴³ PERERLMAN, Chaïm (*et. al.*), *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, traducción por SEVILLA MUÑOS, Julia, Madrid, Gredos, 1989, p.39.

⁴⁴ PERELMAN, C., *Lógica Jurídica*, *op. cit.*, p.134.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 136.

puesta a la crisis a las que fueron sometidas por predominar metodologías positivistas y formalistas. Los tribunales invocan cada vez con más frecuencia los principios generales del Derecho comunes a todos los pueblos civilizados. “La idea que dominó los juicios de Nuremberg fue que los crímenes abominables cometidos por los dirigentes de la Alemania hitleriana no podían escapar a la acción de la justicia, aunque faltaran disposiciones legales expresas, a menos que se consideraran como tales las reglas de derecho internacional público. Se hacía preciso, pues, para respetar el principio *nullum crimen sine lege*, afirmar la existencia de un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas, relativo al respeto y la dignidad de la persona humana.”⁴⁶

En la segunda parte del *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Perelman y Olbrechts-Tyteca analizan lo que se acepta como punto de partida de los razonamientos, es decir, el acuerdo y, después, en la parte tercera de su Tratado estudian la manera en que éstos se desarrollan (las técnicas argumentativas). El punto de partida de la argumentación es el acuerdo, y su punto de partida implica la aprobación del auditorio. El análisis atañe a lo que se supone admitido por los oyentes, la elección de las premisas y su formulación sólo rara vez están exentas de valor argumentativo. Al final, sostiene Perelman:

Nada se opone a que el razonamiento judicial se presente, a fin de cuentas, bajo la forma de un silogismo, pero esta forma no garantiza en absoluto el valor de la conclusión. Si esta es socialmente inaceptable, es que las premisas han sido aceptadas a la ligera. El debate judicial y la lógica jurídica –no lo olvidemos– se refieren a la elección de las premisas que se encuentran mejor motivadas y que suscitan menos objeciones.⁴⁷

En este sentido, el papel de la lógica jurídica consiste en demostrar la aceptabilidad de las premisas, la cual se logra de la confrontación de los medios de prueba, de los argumentos, de los valores que se contraponen en el litigio.

La lógica jurídica, especialmente la judicial se presenta no como una lógica formal, sino como una argumentación, que depende de la manera en que los legisladores y los jueces conciben su misión y de la idea que se hacen del derecho y de su funcionamiento en la sociedad.⁴⁸

⁴⁶ *Ibidem*, pp.103-104.

⁴⁷ *Ibidem*, p.232.

⁴⁸ *Ibidem*, p.233.

4.3. Postura de Stephen Edelston Toulmin⁴⁹

Toulmin, en el prólogo actualizado en 2002 de su obra *Los usos de la argumentación*, cuya primera edición data de 1958, así como en una entrevista que le realizó Manuel Atienza en 1992, sostiene que cuando escribió su libro, el objetivo era estrictamente filosófico, es decir:

...criticar el supuesto, asumido por la mayoría de filósofos anglosajones, de que todo argumento significativo, puede expresarse en términos formales; no como un mero silogismo ya que para Aristóteles toda inferencia puede considerarse un silogismo o una «unión de afirmaciones», sino como una deducción estrictamente concluyente según la geometría euclidiana.⁵⁰

Toulmin andaba buscando un modelo de argumentación que sirviese de alternativa al modelo geométrico del razonamiento deductivo tradicional y de la filosofía cartesiana, de esta forma, desarrolló los patrones de argumentación explicados en su obra, con el fin de presentarlos a los lectores en un marco que resultase familiar, es decir, con el modelo jurisprudencial, por analogía con la práctica jurídica y/o judicial, para presentar esos tipos de patrones de argumentación a lectores que no eran filósofos.

Utilizó esos tipos de argumentación como una forma de presentar una alternativa práctica a la clase de argumentos tradicionales en epistemología que se remontaban a Descartes y, en este aspecto, su obra fue una especie de redescubrimiento, o reinención, de los métodos de filosofía práctica que existían antes de Descartes.

De ninguna manera se pretendió exponer una teoría de la retórica ni de la argumentación, su interés radicaba en la epistemología del siglo XX, no en la lógica informal, tampoco tenía en mente un modelo analítico como el que, entre los estudiosos de la comunicación, acabó llamándose el *modelo de Toulmin*.

⁴⁹ TOULMIN, Stephen E., *Los usos de la argumentación*, traducción por MORRÁS, María y Victoria PIÑEDA, Barcelona, Península, 2007. *vid.*, ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. “Entrevista con Stephen E. Toulmin”, *Doxa*, núm. 13, año 1993. También pueden consultar la versión en inglés, TOULMIN, Stephen Edelston, *The Uses of Argument*, New York, Cambridge University Press, 1997.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 29.

En su obra, Toulmin llega a la conclusión que debe rechazarse el concepto de *inferencia deductiva* por ser confuso, aceptada como impecable, sin vacilaciones, por numerosos filósofos recientes. “La única originalidad de mi libro sostiene estriba en mi intento de mostrar cómo se llega a semejante conclusión”.⁵¹

El objetivo de su obra es un llamado a la reflexión, tratará de problemas sobre lógica, que son aquellos problemas que surgen con especial fuerza, no en el seno de la ciencia de la lógica, sino cuando se dejan a un lado las complejidades técnicas y se investiga “cómo se aplican estos en la práctica y que relaciones tienen con los cánones y los métodos que se usan cuando, en la vida diaria, evaluamos la validez, la fuerza y el carácter concluyente de los argumentos.”⁵²

El hombre de la calle o el que no es un estudioso de la lógica espera que las conclusiones de los lógicos tengan alguna aplicación en su quehacer. Por ello, Toulmin se plantea cuestiones generales, filosóficas, sobre la evaluación práctica de los argumentos, acerca de las cuestiones prácticas y somete a crítica los argumentos en diferentes campos.

Si se considera a la lógica una ciencia formal ¿de qué clase sería? Existen diversas opiniones, algunos autores la identifican con la psicología, porque la lógica trata sobre las leyes del pensamiento, o con la sociología.

Toulmin sostiene que las reglas y principios de la lógica que se aplican a través de un proceso de inferencia no se aplican en ocasiones en las argumentaciones, porque a menudo se sacan conclusiones en un instante sin pasar por ningún proceso gobernado por reglas (la deducción, por ejemplo), teniendo esto en cuenta, una argumentación correcta la podemos alcanzar con un cálculo o por un mero salto mental.

Efectivamente, la lógica trata no de la manera en que inferimos ni sobre cuestiones de técnica: su objetivo principal es de tipo retrospectivo y justificatorio, pues trata de los argumentos que pueden esgrimirse a posteriori con el fin de apoyar nuestra pretensión de que las conclusiones a las que hemos llegado son conclusiones aceptables porque pueden justificarse.⁵³

⁵¹ *Ibidem*, p.13.

⁵² *Ibidem*, p. 18.

⁵³ *Ibidem*, p. 23.

El punto de partida de los estudios de Toulmin será la práctica de la lógica. Los principales problemas que le interesan a Toulmin son la evaluación de los argumentos, debemos eliminar de nuestra mente las ideas que tenemos acerca de la teoría de la lógica, términos como lógica, lógico, necesariamente lógico, deductivo y demostrativo los evita Toulmin en el primer capítulo de la obra, para poder examinar directamente cuales son las categorías bajo las que expresamos realmente nuestras afirmaciones y que significan para nosotros. En el capítulo tercero de su obra propone su esquema argumentativo con los elementos de pretensión, datos, garantía, respaldo, calificadores modales y condiciones de refutación.

4.4. Postura de Robert Alexy

Jurista y filósofo alemán nacido en Oldenburg, Alemania, el 9 de septiembre de 1945. En el prefacio de su obra “Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica”,⁵⁴ sostiene que el objeto de su investigación es que se entienda por argumentación jurídica racional, así como la de sí y con qué alcance es posible. La respuesta a esta cuestión se realiza a lo largo de toda su obra, en dos pasos en la primera y segunda parte del trabajo elabora una teoría de la argumentación práctica general, y en la tercera una teoría de la argumentación jurídica, que se construye a partir de la primera.

Alexy, apoyándose de los argumentos de Karl Larenz, sostiene que existe un acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea, que consiste en la afirmación que la aplicación de las normas jurídicas o, específicamente, la decisión jurídica que pone fin a una controversia, *no se sigue lógicamente*, las razones son al menos cuatro: la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de conflictos de normas, la existencia de posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.⁵⁵

⁵⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción por ATIENZA, Manuel e Isabel ESPEJO, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp.23-47.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 23-24.

Considero que la primera se justifica debido a que el Derecho se expresa bajo la forma de una expresión lingüística, el Derecho está vinculado al problema del lenguaje y sujeto a los límites de su capacidad de expresión.⁵⁶ Una lengua común son síntesis y símbolo de una cultura. El aprendizaje de una lengua significa también la adhesión a los valores que esta acarrea de manera explícita o implícita.⁵⁷ En relación con las otras razones se podría discutir largamente sobre el tema de lagunas y antinomias, de las cuales el Derecho no está exento, surgiendo grandes debates en el campo de la teoría del Derecho.

La jurisprudencia no puede prescindir de las valoraciones,⁵⁸ así el objeto de la investigación de Alexy lo constituyen las siguientes preguntas:

- ¿Dónde y en qué medida son necesarias valoraciones?

⁵⁶ La comunicación por medio del lenguaje en el ámbito jurídico no es perfecta, precisamente porque tienen un grado de súper generalidad, es decir, de vaguedad e inexactitud. Los términos lingüísticos pueden ser clasificados, dependiendo la duda que provoquen en el intérprete en los siguientes subgrupos: (a) Un término puede ser vago, cuando tiene un significado impreciso, tiene una zona de penumbra, es decir, hay duda acerca de si el término cubre o no cierto caso, entonces hablamos de vaguedad. Otro subgrupo de vaguedad es la apertura, cuando no se dispone de criterios suficientes para especificar el contenido de significado. (b) Si una expresión tiene diferentes significados es ambigua. Cuando se conocen todas las posibles alternativas que caen en la denotación de la expresión, pero es imposible identificar cuál de las alternativas es la adecuada. Existe ambigüedad sintáctica cuando la ubicación de una expresión en una oración o en una cláusula determina la forma cómo debe ser interpretada. Finalmente (c) si el término es valorativamente abierto, la identificación del contenido semántico presupone una valoración como base extrajurídica de interpretación, aquí el criterio de interpretación se encuentra en el código axiológico de la sociedad. *vid.*, AARNIO, Aulus, *op. cit.*, pp. 158-160.

⁵⁷ PERELMAN, C., *Lógica jurídica y la nueva retórica*, *op. cit.*, p.146.

⁵⁸ “Karl Larenz habla del reconocimiento de que la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador; Müller es de la opinión de que una jurisprudencia sin decisiones ni valoraciones no sería ni práctica ni real, Esser constata que las valoraciones tienen una importancia central en todas las decisiones de algún modo problemáticas; Kriele llega al resultado de que no se puede desconocer de ninguna manera el elemento valorativo, normativo-teleológico y político-jurídico, contenida en toda interpretación, y Engisch tiene que reconocer que las leyes mismas, en todas las ramas del derecho, están actualmente contruidos de tal manera que los jueces y funcionarios de la administración no encuentra y fundamenta sus decisiones a través de la subsunción bajo firmes conceptos jurídicos cuyo contenido se revela con certeza a través de la interpretación, sino que tienen que valorar autónomamente y disponer como legisladores”. *cfr.*, ALEXY, R., *op. cit.*, p.28.

- ¿Cómo actúan estas valoraciones en los argumentos calificados como *específicamente jurídicos*?
- ¿Son racionalmente fundamentables tales valoraciones?⁵⁹

Alexy aclara que habrá casos en donde no se realicen valoraciones por tratarse de casos claros (casos fáciles). “En la literatura especializada se sugiere a veces que las valoraciones necesarias en las decisiones jurídicas deben considerarse como morales”.⁶⁰

En este sentido, señala Alexy, las valoraciones necesarias en muchas decisiones jurídicas son relevantes moralmente, esta afirmación es el presupuesto de la tesis en la que “el decisor se *debe* orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con valoraciones moralmente correctas.”⁶¹

El teórico alemán reconoce que no se puede prescindir de valoraciones en la Jurisprudencia, de lo anterior no se deduce que hay un campo libre para las convicciones morales subjetivas de él o de los aplicadores del Derecho, lo que se requiere es objetivar estas valoraciones. La búsqueda de las respuestas a las interrogantes planteadas por Alexy se encuentran en las modernas discusiones éticas de la filosofía del lenguaje contemporáneo y en la teoría de la argumentación que se está desarrollando.

La segunda parte de la obra de Alexy la conforma los resultados de los estudios y discusiones de las teorías estudiadas en la primera parte y que se resumen en una teoría general del discurso práctico racional o discurso moral. Ahora bien, el núcleo de esta teoría lo forman cinco grupos de un total de 22 reglas, explícitamente formuladas, así como una tabla de seis formas de argumentos, las cuales enunciaremos más adelante. Para nuestro teórico alemán, las reglas y formas representan un código de la razón práctica.⁶²

⁵⁹ *Ibidem*, p. 29.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Idem*.

⁶² “La formulación explícita de estas reglas y formas puede parecer pedante, superflua, o incluso inadecuada. Su objetivo quizá más importante consiste en hacer aparecer más claramente sus defectos. Tales defectos pueden referirse tanto al contenido de las reglas, a lo incompleto de su enumeración, al carácter superfluo de algunas reglas y formas, y también a la insuficiente precisión de su formulación.” *vid.*, ALEXY, R., *op. cit.*, p. 36.

Para Alexy la argumentación jurídica es una *actividad lingüística*, también llamada *discurso* y más específicamente *discurso práctico* (puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos que se explicará más adelante) que tiene lugar en diferentes situaciones; por ejemplo, el proceso y la discusión científico-jurídica.

Alexy sostiene que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, porque la argumentación jurídica se desarrolla bajo una serie de condiciones limitadoras, que son principalmente las siguientes: la sujeción a la ley, los precedentes, su encuadre en la dogmática (doctrina) y las reglas del ordenamiento procesal.

Nuestro teórico se inclina en su tesis del caso especial por la tesis de la integración, es decir, que en cualquier momento de la elaboración de nuestro discurso podremos pasar de las reglas del discurso jurídico a las reglas del discurso práctico o moral y viceversa para lograr la fundamentación, la corrección y la racionalidad de nuestro discurso.

Cuando Alexy desarrolla las reglas y formas del discurso jurídico (en la parte tercera de su obra) divide a estas en reglas y formas de la justificación interna y externa. Los problemas ligados a la justificación interna han sido discutidos bajo el rótulo de silogismo jurídico. El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la misma.

Por ejemplo, en su teoría general del discurso práctico racional o discurso moral⁶³ al proponernos la primera regla fundamental sostiene que: “ningún hablante puede contradecirse”, recordemos que la validez del primer grupo de reglas, es decir, de las reglas fundamentales, es la condi-

⁶³ Robert Alexy estudia en la primera parte de su obra, una serie de teorías, en el campo de la ética analítica, de Stevenson, Hare, Toulmin y Baier, de la teoría consensual de la verdad de Habermas, de la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen, así como de la teoría de la argumentación de Perelman, estas le darán las bases teóricas para responder a la cuestión, que significa que un enunciado normativo sea racionalmente fundamentable. La segunda parte de la obra de Alexy la conforma los resultados de los estudios y discusiones de las teorías estudiadas en la primera parte y que se resumen en una teoría general del discurso práctico racional. Ahora bien, el núcleo de esta teoría lo forman cinco grupos de un total de 22 reglas, explícitamente formuladas, así como una tabla de seis formas de argumentos. Para nuestro teórico alemán las reglas y formas representa un código de la razón práctica. *vid.*, ALEXY, R., *op. cit.*, p. 36.

ción de posibilidad de cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad o corrección. Esta regla nos remite a las reglas de la lógica clásica y a las reglas de la lógica deóntica (incompatibilidades deónticas). Aquí, Alexy nos recuerda el principio de contradicción de la teoría clásica, que dice un juicio no puede ser al mismo tiempo verdadero y no verdadero.

Alexy sostiene que las reglas de la lógica son aplicables también a las proposiciones normativas, lo cual es problemático porque éstas últimas no son susceptibles de verdad, se podría llegar al convencimiento que las leyes de la lógica no valen para las proposiciones normativas. A este problema se le ha denominado *dilema de Jorgensen*, en el cual se realizan las siguientes afirmaciones: “1. Sólo los enunciados declarativos, es decir, susceptibles de ser verdaderos o falsos pueden formar parte de razonamientos lógicamente correctos. 2. Las normas no son enunciados declarativos. 3. Las normas no pueden formar parte de razonamientos lógicamente correctos. 4. Existen razonamientos normativos lógicamente correctos.”⁶⁴

El citado dilema se puede evitar fácilmente, según palabras de Alexy: “una manera consiste en elegir en lugar de los valores *verdadero* y *falso* valores como *válido* o *inválido* o *lícito* o *ilícito*, otra manera consiste en mostrar que la existencia de expresiones como *y*, *si*, *entonces*, *todos* y *algunos* en enunciados normativos es ya una razón para pensar que existen relaciones lógicas entre tales enunciados. Finalmente, la tercera y probablemente la mejor manera es que se construyan semánticas (teorías de modelos) en las que también los enunciados normativos puedan ser evaluados como verdaderos o falsos.”⁶⁵

5. DISCUSIÓN Y REFLEXIONES FINALES

La aplicación del Derecho es tarea central del jurista, porque busca inferir las pautas a aplicar al caso concreto partiendo de las directivas genéricas contenidas en el ordenamiento jurídico, incluyendo en sentido amplio incluso el Derecho Consuetudinario. El juez, particularmente, al

⁶⁴ ITURRALDE SESMA, V., *op. cit.*, p. 387.

⁶⁵ ALEXY, R., *op. cit.*, p. 186.

momento de aplicar el Derecho, tiene que indagar en la norma aplicable a la situación o caso que se le presente o, en su caso, indagar sobre los principios jurídicos que le ayuden a encontrar la solución del caso planteado, además, paralelamente realiza otras actividades consistentes en interpretar y argumentar. Tradicionalmente, la aplicación del Derecho se ha identificado con el uso del silogismo judicial.

Recordemos que los juristas hemos tomado el modelo del silogismo (razonamiento deductivo) aplicado en la lógica formal y lo hemos trasladado al contexto jurídico denominándolo silogismo judicial o silogismo jurídico. Hemos constatado a lo largo de nuestra investigación que el esquema lógico del silogismo para la aplicación del Derecho es insuficiente. La falta de idoneidad de la teoría del silogismo frente a la complejidad del razonamiento jurídico en especial del razonamiento del juez existe porque en la Jurisprudencia no podemos prescindir de las valoraciones, los juristas tradicionalmente han calificado a los razonamientos propios que se realizan en el Derecho como lógica jurídica.

La teoría del silogismo jurídico expresa una postura metodológica sistemático-deductiva de matriz juspositivista, “es la que configura al juicio y a la motivación a través de la categoría del silogismo judicial.”⁶⁶ Existe, paralelamente a esta postura sistemático-deductiva, otras posturas anti-sistemáticas o antilegalistas que nacen por la crisis del positivismo jurídico clásico y del reconocer que no se puede prescindir de las valoraciones al momento de aplicar el Derecho, así el juez desarrollará una actividad argumentativa en donde tienen primordial importancia el discurso tópic-retórico. Pensemos en las posturas de Viehweg o Perelman, o como en el caso de Robert Alexy la jurisprudencia al no poder prescindir de las valoraciones recurre a un discurso moral para poder fundamentar las decisiones jurídicas. Así, las teorías de la argumentación jurídica que hemos analizado se encuentran entre una postura positivista y una postura iusnaturalista.

Una posible respuesta a la crítica sobre el uso de la lógica formal en el Derecho es la siguiente: se sostiene que en el Derecho se hace uso de una lógica especial denominada lógica jurídica o lógica de los juristas,

⁶⁶ TARUFFO, M., *op. cit.*, p.141.

la cual se encarga de los raciocinios jurídicos.⁶⁷ Sin olvidar que la lógica deóntica, denominada también lógica de las normas o lógica del Derecho, por su parte, tiene como finalidad el análisis y la estructura de las normas jurídicas.⁶⁸

Reconocer la necesidad del uso de una lógica distinta a la lógica formal en el ámbito del Derecho, no significa desterrar por completo o negar la importancia del uso de la lógica formal como ciencia, para desarrollar el razonamiento jurídico de los juristas, sobre todo en el campo de la aplicación del Derecho cuando se trata de casos fáciles.

La aplicación de las normas jurídicas no se realiza sólo de manera individual, sino que la mayoría de las veces se aplican disposiciones en conjunto. Las dificultades principales provienen de la naturaleza de los medios de expresión lingüística y del carácter fluyente o cambiante de la mayor parte de los hechos regulados, es decir, la discrepancia entre la regulación proyectada para una realidad determinada y el cambio de esta realidad.⁶⁹

Así, dicho modelo del silogismo deductivo no comprende la actividad esencial del razonamiento judicial que es la fijación de las premisas, de esta manera, la individualización del significado preciso de los enunciados aplicables (premisas) que se incluirán en el razonamiento deductivo, es un proceso en el que la lógica no puede tener un papel central. La dificultad reside en la vaguedad del lenguaje y, por lo tanto, en la necesidad de interpretación antes de poder determinar que enunciado jurídico

⁶⁷ BOBBIO, Norberto, *Derecho y lógica*, traducción por Rossi, Alejandro, México, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1965, p. 35.

⁶⁸ En 1951, G. H. Von Wright, lógico finlandés, publica en *Mind* un artículo con el título *Deontic logic*. De esta manera se iniciaba una nueva rama de la investigación lógica y se consagraba su nombre para ella. La nueva lógica deóntica se ocupará del análisis y formalización de los conceptos e inferencias característicos del discurso normativo (obligación, prohibición de acciones, etc.) de forma similar a como la lógica formal clásica se ocupa del discurso declarativo. Desde entonces los estudios de lógica deóntica – en paralelo con los de lógica modal (lógicas no clásicas) – han adquirido un desarrollo extraordinario. La investigación en lógica deóntica cumple una doble función interesante: por una parte, es un instrumento imprescindible para el análisis del lenguaje moral; por otra parte, es posible pensar en importantes aplicaciones prácticas de los cálculos deónticos o normativo. *vid.*, QUITANILLA, M. A. (Hrg.), *Diccionario de filosofía contemporánea*, Salamanca, Sígueme, 1976, p. 260-261.

⁶⁹ LARENZ, K., *op. cit.*, p. 265.

se puede elegir como premisa mayor de nuestro silogismo, recordemos aquí la propuesta de MacCormick: leer la ley para encontrar esa premisa mayor.

Esta dificultad de interpretación y selección de la premisa mayor se debe a la vaguedad del lenguaje que Alexy sostiene como una de las cuatro razones por las cuales las decisiones jurídicas no se siguen lógicamente, y que ya se discutió en el apartado correspondiente. La existencia de lagunas y antinomias en el ordenamiento jurídico nos invitan a la necesidad de recurrir a criterios para solucionarlos, mismos que están más allá del razonamiento silogístico.

En cualquier caso de aplicación del Derecho, la premisa mayor (premisativa) se conforma de varios enunciados jurídicos y no sólo de uno, sin olvidar que la consecuencia no es única, sino que ofrece un margen de elección.

El problema fundamental, en relación con la segunda premisa (premisativa fáctica), es el de la clasificación, es decir, en otorgar una cualificación jurídica a los hechos reales, por lo tanto, no es un problema de deducción. En este sentido Ross sostiene que “es descaminado pensar que el juez tenga la tarea de realizar inferencias lógicas. La tarea del juez (suponiendo siempre que conozca el derecho) es formular la segunda premisa: establecer que con base en los hechos que constan al tribunal, dicha cosa constituye un bosque, esa otra un contrato. Esta formulación de la premisa menor expresa no un reconocimiento teórico de la verdad sino una decisión formulada con base en el uso del lenguaje en consideración a una serie de consideraciones prácticas teleológicas.”⁷⁰

El modelo del silogismo es insuficiente porque no explica la manera en que realmente los jueces deciden el Derecho. El uso de un esquema del silogismo judicial es exclusivo o característico de una actitud positivista en la interpretación de la ley, se le considera como el residuo histórico y cultural de corte netamente decimonónica, por lo que la escuela del Derecho Libre y la jurisprudencia de los intereses coinciden en señalar lo impropio del uso de la figura del silogismo judicial como esquema de la sentencia.

⁷⁰ ITURRALDE SESMA, V., *op. cit.*, p. 377.

El esquema silogístico no puede ser asumido como representación descriptiva de la realidad del juicio, sino más bien de la propuesta de criterios de decisión que necesitan, para poder ser aplicados, de modalidades de interpretación y de integración de la norma que la volverían idónea para construir la premisa mayor de un silogismo. Además, las opciones que conlleva este tipo de interpretación no serían formalizables bajo un modelo rigurosamente lógico-deductivo.⁷¹

La decisión y la interpretación de la ley deben de inspirarse en la realización de los valores, por lo que se le debe negar al juez la oportunidad de operar mediante silogismos. El tipo de razonamiento jurídico usado en el Derecho por los juristas difiere en ocasiones del esquema de la lógica formal, porque éste no se reduce a simples inferencias lógicas,⁷² en donde, a partir del esquema del silogismo (premisa mayor, premisa menor y conclusión), se obtiene una conclusión válida. Incluso en el Derecho no asignamos los valores o variables de verdadero y falso utilizadas en la lógica (proposicional / tablas de verdad), en el campo jurídico asignamos valores a las normas de naturaleza jurídica, hablamos validez o invalidez.

En efecto, la estructura de la argumentación que sirve de fundamento a una decisión parece muy diferente de la de un silogismo por medio del cual se pasa de unas premisas a una conclusión. Mientras que, en el silogismo, el paso de las premisas a la conclusión es necesario, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión. Este paso no puede ser en modo alguno necesario, pues, si lo fuera, no nos encontraríamos en modo alguno ante una decisión, que supone siempre la posibilidad de decidir de otra manera o de no tomar ninguna decisión.⁷³

Perelman siguiendo a Esser, Kriele y Struck, considera que en el razonamiento jurídico los juicios de valor relativos a la decisión son ineliminables del Derecho, porque guían todo el proceso de aplicación de la ley. En el mismo sentido, la propuesta de Alexy desarrollada en el presente

⁷¹ TARUFFO, M., *op. cit.*, p.10.

⁷² Las dos más importantes reglas de inferencia del lenguaje jurídico son a) la regla de sustitución y b) la regla fundamental de inferencia. La primera determina que una proposición se pueden sustituir las variables por constantes individuales que pertenecen al rango de las variables. La segunda, la regla fundamental de inferencia, dice que la validez de una implicación y de su antecedente, puede inferirse la validez del consecuente, expresado en símbolos: De $p \rightarrow q$ y de p sigue q . *cfr.*, SCHREIBER, R., *op. cit.*, pp. 59-62.

⁷³ PERELMAN, C., *Lógica jurídica y la nueva retórica, op. cit.*, p. 11.

trabajo ratifica que la Jurisprudencia no puede prescindir de las valoraciones, aclara que habrá casos en donde no se realicen valoraciones por tratarse de casos claros (casos fáciles), finalmente sostiene que “en la literatura especializada se sugiere a veces que las valoraciones necesarias en las decisiones jurídicas deben considerarse como morales.”⁷⁴

El uso del razonamiento deductivo que se refleja en la estructura del silogismo judicial en el razonamiento jurídico es indiscutible y necesaria, sobre todo, en ciertos casos en que los teóricos contemporáneos han denominado los casos fáciles, pero esta lógica resulta insuficiente para aquellos problemas denominados *casos difíciles*, en donde se requiere de una argumentación diferente a la formal, deductiva, aristotélica o proposicional, se requiere de un razonamiento jurídico diferente, es decir, de una argumentación probabilística, retórica, tópica, dialéctica que ofrezca razones justas, aceptables, equitativas, razonables a cada caso difícil que se esté analizando, apoyándose así en discursos morales.

En el Derecho, en el campo de la argumentación jurídica y, por tanto, en el campo del razonamiento jurídico nos encontramos en el terreno de lo probable, lo plausible. Para las teorías de la argumentación jurídica, la solución de los casos o problemas particulares que se le planteen al juez en el ámbito jurídico la encontrarán en el mayor nivel de racionalidad de la decisión, de racionalidad práctica, mediante ciertas reglas metódicas o argumentativas. Así, las reglas utilizadas no serán las reglas de conocimiento del método científico, sino reglas del razonar jurídico práctico.

García Amado coincide en que existe una crisis de los postulados metodológicos centrales del positivismo jurídico y el intento de estas nuevas teorías de la argumentación consiste en proporcionar criterios de reglas metódicas que eviten conclusiones arbitrarias; así, éstas teorías intentan rescatar la práctica jurídica de los peligros de la arbitrariedad, “tratando de proporcionar un fundamento que pueda pretenderse intersubjetivamente válido y plausible para las valoraciones concurrentes en la determinación de la decisión jurídica. A partir de estos momentos, una serie de teorías heterogéneas participan de un punto de partida común: allí donde no es posible la obtención de verdades o certezas como consecuencia de meras operaciones lógicas, de la aplicación del método científico-natural,

⁷⁴ *Ibidem*, p. 29.

de intuiciones valorativas o de la pura emotividad, reimpone partir de la necesidad de construir permanentemente los criterios prácticos de lo justo en un proceso social de participación y diálogo, de constante intercambio de razones y justificaciones, de argumentación.⁷⁵

La actividad argumentativa es esencial en la teoría y la práctica del estudioso del Derecho, por medio de esta actividad lingüística, ya sea oral o escrita, el jurista elabora discursos jurídicos que le permitirán convencer o persuadir a un auditorio universal o particular, es decir, con la construcción de argumentos jurídicos, el alumno, el litigante, el notario, el juez, entre muchos otros, tendrán la posibilidad de ofrecer las razones para probar o demostrar su pretensión o conclusión. La actividad primordial del estudiante y profesionalista del Derecho se resume en argumentar, en dar razones.

Cada ciencia elabora sus modelos particulares de racionalidad. No obstante, hay modelos más generales, los cuales representan un punto de partida. La noción más general de racionalidad y método es la que aparece en la práctica de las ciencias. La precomprensión de un modelo general de racionalidad y de método (presupuesto en la práctica de las ciencias) suele faltar en los juristas, lo que ocasiona un caos desde el punto de vista metodológico, es decir, en la manera cómo éstos tratan los casos que tienen entre sus manos. De tal forma que el razonamiento común de los juristas, especialmente el de los jueces, no es metódico sino más bien retórico.⁷⁶

Consideramos que los buenos argumentos jurídicos deben cumplir primero los requisitos de la lógica formal, es decir, la consistencia de las premisas, respeto de las reglas de inferencias en el paso de las premisas a la conclusión y segundo los requisitos de la racionalidad práctica (universalidad, coherencia, etc.), en otras palabras, cubrir la justificación interna y la justificación externa. En la argumentación o fundamentación

⁷⁵ GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. III, pp. 152-153.

⁷⁶ *cfr.*, SCHRECKENBERGER, Waldemar, *Rhetorische Semiotik. Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichtes (Semiótica retórica. Análisis de textos de la Constitución y de estructuras básicas retóricas de la Corte Constitucional Federal)*, Kart Alber, Freiburg/Müngen, 1978, pp. 467.

de cualquier decisión se utilizan las reglas de la lógica jurídica, entendido esta última como la teoría de las reglas lógico formales que llegan a emplearse en la aplicación del Derecho. Siempre se argumentará, es decir, se derivan consecuencias o inferencias, al igual que Klüg,⁷⁷ considero que las leyes lógicas tomadas en cuenta para argumentar han sido utilizadas en forma inconsciente o al menos no reflexiva por el jurista, por ello, es necesario como lo propone Perelman, que la formación de los jóvenes juristas y jueces incluya cursos de lógica formal, complementados con cursos de retórica, tópica y dialéctica.⁷⁸

6. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Bibliografía

- AARNIO, Aulius, *Lo racional como razonable*, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRÓN, Carlos (et. al.), *Análisis Lógico y Derecho. Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari*.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción por ATIENZA, Manuel e Isabel ESPEJO, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ARISTÓTELES, *Retórica*, 1354.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, España, Ariel, 2006.
- BOBBIO, Norberto, *Derecho y lógica*, traducción por ROSSI, Alejandro, México, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1965.
- CALVO GARCÍA, Manuel, *Teoría del Derecho*, 2º edición, España, Tecnos, 2002.
- CAPALDI, Nicholas, *Cómo ganar una discusión*, España, Gedisa, 2005.
- COPI, Irving (et. al.), *Introducción a la lógica*, México, Limusa, 2002.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.
- GARCÍA MÁYNEZ, E., *Introducción a la lógica jurídica*, 9º edición, México, Colofón, 2001.

⁷⁷ KLÜG, Ulrich, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁸ *vid.*, PERELMAN, Chaïm, *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970, p.139.

- , *Lógica del raciocinio jurídico*, Distribuciones Fontamara, S.A., 1994.
- ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión racional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.
- KANT, Immanuel, *Critica de la razón pura*. Prólogo, traducción, notas e índices por RIBAS, Pedro, México, Taurus, 2006.
- KLUG, Ulrich, *Lógica Jurídica*, Colombia, Temis, 1990.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción por RODRÍGUEZ MOLINERO, M., 2ª edición, España, Ariel, 2001.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*. Nueva York, Oxford University Press, 1997.
- MANS PUIGARNAU, Jaime, *Lógica para jurista*, España, Bosch, 1978.
- PERELMAN, Chaïm, (et. al.), *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, traducción por SEVILLA MUÑOS, Julia, Madrid, Gredos, 1989.
- , *Lógica jurídica y la nueva retórica*, traducción por LuíS Díez-Picazo, Madrid, Civitas S.A., 1979.
- , *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970.
- QUITANILLA, M. A. (Hrg.), *Diccionario de filosofía contemporánea*, Salamanca, Sígueme, 1976.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 3ª edición, México, Porrúa, 1980.
- , Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 17ª edición, México, Porrúa, 2003.
- SCHRECKENBERGER, Waldemar, *Rhetorische Semiotik. Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichtes (Semiótica retórica. Análisis de textos de la Constitución y de estructuras básicas retóricas de la argumentación de la Corte Constitucional Federal)*, Kart Alber, Freiburg/München, 1978.
- SCHREIBER, Rupert, *Lógica del Derecho*, traducción por GARZÓN VALDÉS, Ernesto México, Fontamar, 1991.
- TARUFFO, Michele, *La motivación de la sentencia civil*, traducción por Lorenzo Córdova Vianello, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- TOULMIN, Stephen E., *Los usos de la argumentación*, traducción por MORRÁS, María y Victoria PIÑEDA, Barcelona, Península, 2007.

TOULMIN, Stephen E., *The Uses of Argument*, New York, Cambridge University Press, 1997.

—, Stephen E., *Tópica y jurisprudencia*, traducción por Díez PICASO, L., Madrid, Taurus, 1992.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2º edición, traducción por SEÑA, Jorge M., Barcelona, Gredos, 1997.

Hemerografía

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y JIMÉNEZ REDONDO, Manuel. “Entrevista con Stephen E. Toulmin”, *Doxa*, núm. 13, año 1993.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. III.

GUASTINI, Riccardo, “Théorie et ontologie du droit chez Dworkin”, traducción por MARTÍNEZ MARAVILLA, Mariza, *Droit et Société*, Paris, núm. 2, 1986.

MACCORMICK, Neil. “La argumentación silogística: una defensa matizada”, *DOXA*, núm. 30, 2007, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13137/1/DOXA_30_37.pdf