

# Decisión jurídica y argumento de autoridad

Por JESUS I. MARTINEZ GARCIA,

Zaragoza

Observar la decisión jurídica desde la perspectiva inusual del argumento de autoridad permite obtener cierta claridad sobre su estructura y alguno de los viejos problemas que plantea. Para ello es preciso comenzar por desplazar la decisión del tradicional contexto de lógica deductiva situándola en el campo argumentativo, que respondería a su gramática profunda aunque la superficial —por emplear la terminología de Chomsky— se expresa en sintaxis silogística de considerandos y resultandos. Se intentará perfilar la identidad del argumento de autoridad, uno de los más viejos y controvertidos tópicos utilizados en la historia del pensamiento, para con su ayuda ofrecer una lectura de algunos de los elementos presentes en la decisión jurídica.

Parece haber sido arrinconado casi definitivamente el ideal del silogismo y la subsunción mecánica, tema que aparece generalmente recordado para exhibir sus insuficiencias. La solución a un caso no puede ser casi nunca automática, ya que el ordenamiento jurídico no es completo (la riqueza exuberante, potencialmente infinita, extensible analógicamente) ni unívoco (la calculada precisión de sus engranajes), atributos que paralizarían la creación legislativa. El juez máquina sólo tendría que luchar contra su ignorancia del material legislativo (pericia técnica) y sus debilidades humanas que introducen distorsiones en la fría lógica. Nunca el símbolo de la justicia con los ojos vendados representó no sólo imparcialidad sino además extrema frialdad y ascetismo. Es el hombre que actúa sólo con lógica formal, forma transparente y epigonal, último engranaje de la maquinaria jurídica.

Un ideal exagerado que no hubiera arraigado de forma tan pertinaz si no hubiera nacido a la sombra del racionalismo y de la lucha contra la arbitrariedad (separación de poderes, codificación, motivación de la decisión). Un ideal que ya no sólo se reconoce manifiestamente incumplido sino imposible de estimular y de realizar, dejando por tanto de ser ideal para ser un despiste o desenfoque del problema de la seguridad jurídica.

La solución a un caso sólo será maquinal cuando sea tan sencillo, tan típico, que encaje claramente en las leyes (dejando apar-

te el tema de la preparación del hecho, de las valoraciones siempre implícitas en una descripción, de la interrelación entre supuestos de hecho y de derecho). Pero normalmente ante el problema convergen una constelación de materiales legislativos heterogéneos que hay que recomponer, movilizadas no sólo por una racionalidad estrictamente jurídica, sino también por otro tipo de juicios previos. Como ya destacó el movimiento de derecho libre, las normas, que aunque sólo sea por su generalidad no se acomodarán fácilmente al particularismo de la casuística, no son unos vectores de fuerza de los que se deduce claramente la resultante. El juez es protagonista y si no se puede simplemente deducir (etimológicamente extraer de) hay que decidir —es decir, elegir, sopesar, preferir— y se abre el problema de la justificación de esta decisión, de dar razones, contra el decisionismo que se compromete sin saber por qué o teniendo sólo un sentimiento no racionalizado.

Estas premisas sirven para situar el pensamiento jurídico en lo que según Aristóteles constituye lo dialéctico frente a lo apodíctico, aquello cuyo principio es lo que en el pensamiento medieval se llamó lo *probabilis* frente a lo necesario, lo razonable reivindicado frente a los extremos de lo racional y lo irracional. Se parte no de evidencias sino, más modestamente, de opiniones generalmente admitidas (1). Sólo en este horizonte es pensable asignar un papel al argumento de autoridad.

Se trata del razonamiento que busca apoyo en previas tomas de posición de otros en tanto que sus autores aparecen revestidos de prestigio (2). En el fondo se pretende tomar a alguien (una persona o en el derecho generalmente un *rol* institucional) por argumento. Su técnica es la cita, la condición de su uso la erudición.

Colocar este argumento en el ámbito de lo razonable implica distinguir la autoridad (que es un valor) del poder (mero hecho) en base al apoyo de la razón. Una razón que se ha solidado contra-poner en infranqueable dicotomía a la autoridad: es el futuro innovador frente al pasado rutinario, de lo que en el campo ju-

(1) Son opiniones generalmente admitidas «las que lo son por todo el mundo, por la mayoría o por los filósofos» (ARISTÓTELES, *Tópicos*, I, 1, 100 b). Los problemas prácticos son tratados según la dialéctica: «... hemos de darnos por contentos con mostrar la verdad de un modo tosco y esquemático; hablando sólo de lo que ocurre por lo general...» (*Ética a Nicómaco*, 1094 b). La retórica o arte de la persuasión es «correlativa» de la dialéctica (*Retórica*, I, 1354 a).

(2) «L'argument de prestige le plus nettement caractérisé est l'argument d'autorité, lequel utilise des actes ou des jugements d'une personne ou d'un groupe de personnes comme moyen de preuve en faveur d'une thèse», Ch. PERELMANN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Editions de l'Université de Bruxelles, 3.<sup>a</sup> ed. (Bruxelles, 1976), p. 411; «L'argomento autoritativo (o, tradizionalmente, *ab exemplo*) è quello per cui a un enunciato normativo va attribuito quel significato che gli è già stato attribuito da qualcuno, e per questo solo fatto», G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè (Milano, 1980), p. 372.

rídico la polémica alemana entre la razón codificadora y la autoridad de la costumbre (apoyada por cierto tipo de ciencia) constituye un buen ejemplo. Aunque en el argumento autoritativo no hay racionalidad científica sí hay una apelación a lo razonable, en tanto que pretende ser un argumento y no un mero gesto autoritario. El que utiliza argumentos de autoridad probablemente no será un autoritario pues entonces en vez de argumentar intentaría imponerse sin más. Desde un punto de vista de lingüística pragmática la significación de la autoridad no es explicable refiriéndose únicamente al que la ostenta, sino que es una noción puente entre su portador y los destinatarios de sus actos o decisiones. No se puede hacer de la autoridad sinónimo de poder y hay que fundamentarla en cierta racionalidad (3). La autoridad será un poder legitimado en las múltiples formas históricas en que pueda hacerse, de las que la tipología weberiana de las formas de dominación legítima —legal, tradicional y carismática— es ya clásica (4). El poder intenta por todos los medios tener autoridad, y conseguir un apoyo que no sea forzado sino convencido implica cierto tipo de saber (5). Por lo tanto la autoridad a que apela este argumento no es algo al margen del pensamiento para ser exclusivamente obra de la voluntad.

La importancia del argumento de autoridad en el pensamiento jurídico romano es clara, y baste pensar que el Digesto no es sino un extenso arsenal de opiniones autorizadas, de las que se recoge expresamente su procedencia, clasificadas según una problemática sistemática (6).

En el pensamiento medieval es fundamental en todas las ramas del saber, que discurren principalmente por los esquemas de la dialéctica. El *locus ab auctoritate* estuvo muy presente en la teología, cuyas técnicas intelectuales tanto influyeron en los juristas. Se asiste a los esforzados equilibrios, al fin rotos, entre la *ratio* inmanente y la *auctoritas* trascendente (7). La fuerza de la *communis opinio doctorum* en los razonamientos legales y el prestigio inmenso de algunos juristas en la conformación de

---

(3) Cfr. C. J. FRIEDRICH, *The Problem of Authority in Legal Reasoning*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. LIX/2 (1973), p. 179 s.

(4) Cfr. M. WEBER, *Economía y Social. Esbozo de sociología comprensiva*, Trad.: J. Medina y otros, F. C. E., 4.ª reimpresión de la 2.ª edic. de 1964 (México, 1979), p. 706 s.

(5) Sobre la relación entre poder y saber, cfr. M. FOUCAULT, *Microfísica del poder*, Trad.: J. Varela y F. Alvarez-Uría, La Piqueta (Madrid, 1978), p. 139 s., y *La verdad y las formas jurídicas*, Trad.: E. Lynch, Gedisa (Barcelona, 1980), p. 37 s.

(6) Sobre el papel de la tónica en Roma, cfr. M. KASER, *En torno al método de los juristas romanos*, Trad.: J. Miquel (Valladolid, 1964) 55 p.

(7) Aunque para Tomás de Aquino la autoridad que tiene por base la razón humana aparece considerada como un argumento muy débil (cfr. *Summa Theologiae*, 1, q. 1, a. 8) la *Summa* responde a esquemas dialécticos: cfr. M. VILLEY, *Sur l'art du dialogue dans l'histoire de l'éducation juridique*, en A.A.V.V., *L'educazione giuridica. II: Profili storici*, (Perugia, 1979), p. 27 s.

las decisiones es de sobra conocido, llevando a plantear el problema del valor de la doctrina en el cuadro de las fuentes de producción del derecho (8).

La autoridad como fuente de saber se acogió también por el pensamiento humanista, a pesar de su inconformismo e insistencia en la crítica y la libertad de pensamiento, pues el humanista es filólogo, amante de modelos platónicos. Más que lucha contra este tipo de razonamientos y búsqueda de un fundamento diferente se trató de acudir a nuevas autoridades o nuevas interpretaciones. Aún en Grocio, a pesar de algunas declaraciones de principio *more geometrico*, las opiniones se sustentan principalmente sobre un consenso de autoridades heterogéneas (desde la Biblia y los clásicos hasta la ejemplaridad de la historia) seleccionadas con una mentalidad humanista (9). El argumento de autoridad ocupa un puesto importante en los numerosos tratados de dialéctica jurídica, generalmente clasificados —según un criterio ciceroniano— entre los *loci externi* o elementos de persuasión provenientes de fuera del objeto de la cuestión (10).

Pero con la llegada de la modernidad y las pretensiones de exclusividad del método científico será rechazado como oscurantista. Si pueden encontrarse puntos de apoyo firmes (empíricos o *a priori*) los argumentos de tradición y prestigio sobran. Curiosamente sólo en donde hay cierto relativismo puede haber un lugar para la autoridad. En el contexto de la ciencia aparece como un pseudoargumento infiltrado en el dominio de lo verdadero-falso en el que no cabe lo verosímil, como algo que se interfiere con inercias en la libre búsqueda de las ideas, intentando zanjar las discusiones con nombres y apellidos en vez de con razones y evidencias. La distanciamiento y crítica de Hobbes y Pufendorf con respecto a la *auctoritas* de Aristóteles es un buen ejemplo de esto. Se reprochará a la tradición el haberse conformado con colocar lo jurídico en la zona de lo probable y se intentará por primera vez hacer ciencia demostrativa (11).

Aunque mientras que la invocación a autoridades tiende a ser desplazada en ambiciosas obras teóricas pervive en la actividad concreta de los juristas, en la que la personalidad de los que sustentan las opiniones sigue siendo relevante. Basta comprobarlo aún hoy en cualquier tratado de dogmática y en la práctica jurí-

(8) Cfr. V. PIANO MORTARI, *L'argumentum ab auctoritate nel pensiero dei giuristi medievali*, en ID., *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Jovene (Napoli, 1976), p. 77 s.

(9) Cfr. F. WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, Tra.: F. Fernández Jardón, Aguilar (Madrid, 1957), p. 246 s.

(10) Cfr. V. PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*, en ID., *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, Jovene (Napoli, 1978), p. 117 s.

(11) Esto se expresa muy claramente en N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, en N. BOBBIO y M. BOVERO, *Società e Stato nella Filosofia Politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, Il Saggiatore (Milano, 1979), p. 17 s.

dica, con lo que se entienden las dificultades que encuentra para ser considerada como una manifestación más de racionalidad científica. En las ciencias la persona desaparece tras su contribución, que se autonomiza de su autor y se confronta sola con la experiencia, rechazándose o aceptándose provisionalmente. Es un diálogo de ideas más que de personas; sólo la historia de la ciencia rescatará a las personas. Sin embargo en el derecho los nombres propios siempre serán importantes.

En nuestro tiempo, con la crisis del positivismo, la autoridad será rehabilitada por los intentos de recuperar una racionalidad propia de la *praxis* frente a la dicotomía a que se veía abocada de ser ciencia o no ser nada. La argumentación o nueva retórica de Perelman, la tópica de Viehweg, la lógica de lo razonable de Recasens y la hermenéutica de Gadamer son algunas manifestaciones bien conocidas e influyentes en lo jurídico (12). Además, los límites entre lo racional y lo razonable, entre saber y creencia, entre ciencia e ideología, aparecen cada vez más difusos. Desaparecida en las ciencias la invocación puntual a autoridades, éstas se descubren operando en un estrato profundo y global de la metodología científica: los paradigmas científicos funcionan como argumentos de autoridad (13).

Observando la decisión jurídica el uso de autoridades aparece muy claro en el apoyo en decisiones precedentes y en la doctrina cuando no son fuentes de derecho en sentido formal, ya que no siendo vinculantes su fuerza reside en su prestigio. Como de este modo generalmente no se llega a posturas unívocas, pudiendo defenderse soluciones diversas, se necesitan además criterios razonables para seleccionar la argumentación más fuerte. Mientras que la pluralidad de líneas jurisprudenciales se resuelve prácticamente por el principio de jerarquía de los órganos de que emanan o por la más reiterada jurisprudencia (predomina el criterio jerárquico con el estadístico como supletorio), en el caso de la doctrina se suele recurrir a la opinión mayoritaria (predominan

---

(12) Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, cit.; Th. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, C. R. BECK, 4.ª ed. (München, 1974), 130 p. La traducción española de L. Díez-Picazo fue publicada por Taurus en 1964; L. RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica «razonable»*, F. C. E. (México, 1971), 578 p., especial p. 499 s.; H.-G. GADAMER, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Trad.: A. Agud y R. de Agapito, Sígueme (Salamanca, 1977), 687 p. Sobre la rehabilitación de la autoridad y la tradición como principios interpretativos fecundos frente a la Ilustración cfr. p. 344 s.

(13) Esta es una de las sugerencias que pueden extraerse de la lectura del conocido y controvertido libro de T. S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, Trad.: A. Contín, 7.ª reimpresión, F.C.E. (Madrid, 1981), 320 p. Se habla de «ciencia normal» (incluso con cierto sentido normativo), el paradigma adquiere un valor ejemplar y su prestigio sólo es invalidado por la comunidad científica cuando un paradigma sustitutivo se encuentra totalmente elaborado y en condiciones de ser operativo. El tan codiciado atributo de «ciencia» es un dato de prestigio; la autoridad y mito de la ciencia.

criterios estadísticos de selección) aunque también se hable de la mejor doctrina o la más autorizada, introduciendo valoraciones.

El argumento de derecho comparado puede considerarse aquí como subespecie del de autoridad. Se trata de decidir apoyándose en lo que establece otro ordenamiento jurídico que por razones políticas, socioeconómicas, culturales o de tradición jurídica se asume como autoridad (14). Suele aparecer filtrado a través de la doctrina y no expresado directamente.

Pero también la invocación a leyes, que como es claro constituye la base principal de las decisiones, puede ser considerada como un argumento de autoridad, aunque por su carácter vinculante habría que hablar no de una autoridad probable sino necesaria o dotada de infalibilidad (15). Por este carácter incontestable pudiera parecer problemático entenderlo en un contexto de adhesión, que es el mecanismo característico de la autoridad, siempre susceptible de examen crítico. Pero no hay que olvidar que detrás está siempre el dato sociológico del consenso que hace que la ley no pretenda ser sin más sinónimo de poder o prepotencia sino ostentar cierta legitimación, y que por lo tanto en caso contrario haya bases para desobedecer. La ley es el dogma, el equivalente en lo argumentativo a la evidencia en lo apodíctico: dos casos límite. No es que el dogma no pueda ser cuestionado; lo que ocurre es que hacerlo significa situarse en mayor o menor medida fuera del sistema de creencias a que pertenece (aquí la crítica sólo puede ser extrasistemática), con las consecuencias que puedan seguirse por ello.

Desde este enfoque no hay diferencia esencial entre la argumentación por leyes y la basada en precedentes y doctrina, como pudiera darse a entender en algunos estudios sobre las fuentes del derecho. No se trata de cuerpos un tanto extraños precariamente añadidos a la ley, sino de la consecuente prolongación de unos mismos esquemas de razonamiento.

Si la ley es el dogma hace falta además una dogmática para decidir satisfactoriamente en los casos concretos, como válvula para la introducción de nuevos elementos de vitalidad que haga el dogma practicable, potenciando su capacidad de respuesta frente al reto de la realidad y tomando distancias de la mera literalidad (16). Y en el mismo desarrollo de la labor dogmática aparece de nuevo el argumento de autoridad conectado a la hipótesis o mito del legislador racional, antes de que sus resultados se utilicen autoritativamente en la decisión en cuanto doctrina jurídica invocada expresa o tácitamente. Una autoridad implica su idealización.

(14) Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit. p. 375.

(15) Cfr. R. PÉREZ PERDOMO, *L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique*, en *Archives de Philosophie du Droit*, XVI, (1971), p. 234 s.

(16) Cfr. N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmática giuridica*, Trad. it.: A. Febbrajo, Il Mulino (Bologna, 1978), p. 45 s. La función de la dogmática no es el encadenamiento del espíritu, sino ampliar libertades en el trato con el dogma señalando los límites dentro de los cuales una decisión puede considerarse defendible, aumentando la inseguridad soportable por el sistema.

zación en todos los planos (lingüístico, epistemológico, axiológico, etc.) y se actuará «como si» el legislador fuera omnisciente, coherente, justo, omnicomprendido y tantos otros atributos de racionalidad que no son empíricos pero que están presentes como «idea regulativa», como mito, en las operaciones del que trabaja con textos legales. Serán incorrectas las interpretaciones que se opongan a la imagen del *bon législateur*. Este pre-juicio es el que hace posible, por ejemplo, la existencia de antinomias y lagunas como problemas a resolver, permitiendo a la dogmática recrear el derecho positivo fingiendo que se trata de una mera descripción (17). Con el argumento *ab absurdo* o apagógico se marginan las interpretaciones no defendibles autoritativamente. Si la autoridad sirve para proponer, lo absurdo como contrapunto sirve para excluir. Su fragilidad deriva de que lo absurdo es una noción tan relativa históricamente como la de autoridad. Además, la a veces pretendida científicidad de la dogmática es un eficaz argumento de autoridad. Finalmente, no sólo la mente del decisor actúa presionada por una compleja trama de autoridades, sino que la decisión misma intenta ser un argumento de autoridad por lo menos para el destinatario e indirectamente para el resto del aparato jurídico (eventuales apelaciones, sentar precedente).

La omnipresencia observada del argumento de autoridad es perfectamente natural, puesto que no sólo indica una peculiar estrategia argumentativa, sino que es algo central en el modelo dialéctico. La invocación explícita o generalmente sobreentendida a la mayor o menor fuerza de los diversos argumentos utilizados en la decisión (*a contrario*, analógico, *a fortiori*, etc.) se puede considerar también un argumento de autoridad (18). Es por lo tanto característica estructural y no elemento de distorsión; no deforma sino que conforma la racionalidad en un contexto argumentativo. La racionalidad jurídica se articula en torno al problema clave de la autoridad, en cuanto pretende mostrarse no como la aplastante razón de la fuerza, sino como la seductora fuerza de la razón. Y si el derecho y sus decisiones intentan estar impregnados de autoridad no debe olvidarse que el papel de la crítica es irrenunciable, pues hablar de autoridad es hablar de legitimación, de examen racional. Y esto a pesar de lo problemático y preocupante que resulta plantear el tema de la racionalidad de la práctica, en donde inevitablemente acaba cayéndose al tratar cualquier cuestión ética.

---

(17) Una buena exposición del llamado modelo dogmático del legislador racional se encuentra en S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM (México, 1974), p. 85 s. Considerado como un elemento de racionalidad mitológica y conectado al argumento de autoridad en J. LENOBLE y F. OST, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Fac. Univ. Saint-Louis (Bruxelles, 1980), p. 152 s.

(18) Cfr. N. HORN, *Rationalität und autorität in der Juristischen Argumentation*, en *Rechtstheorie*, 6 (1975), 2, p. 150. Observaciones críticas a este trabajo se encuentran en E. P. HABA, *Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?*, en *Rechtstheorie*, 8 (1977), 2, p. 145 s.

La estrategia de una decisión que pretende tener autoridad suele ser la del mínimo riesgo personal para el que decide. Primero interesa apoyarse en las leyes, hechas operativas a través de los juristas, pues son vinculantes y sobre todo porque en ellas reside el consenso pretendidamente más general. Subsidiariamente se acudirá a consensos más reducidos insertándose en una línea jurisprudencial (la ejemplaridad del precedente), a poder ser la más reiterada, y en una corriente doctrinal (el prestigio de los especialistas), preferentemente la mayoritaria. Todo antes de que el decisor tenga que invocar abiertamente su problemática autoridad, que desnuda de otros elementos probablemente haría poco creíble la decisión. De este modo el que decide no está solo, se implican muchas más personas y se reparte la responsabilidad. Su subjetividad tiende a ser residual camuflándose en una más o menos consistente objetividad social. Intenta desaparecer tras un coro de voces ajenas pareciendo ser una máquina. Y mientras se pueda la rutina se prefiere a la innovación, pues romper la inercia compromete a justificar la opción de cambiar. Además no actúa como particular; sus actos son atribuidos no a su persona sino primariamente al cargo administrativo o jurisdiccional que ostenta.

El que decide en cuestiones de justicia, desde la justicia oracular hasta nuestros días, rara vez lo hace en nombre propio. Se busca a alguien o algo que abarque a él y a las partes para conseguir imparcialidad y efectividad. Se trata de ser vehículo o *medium* transparente de una justicia que proviene ya sea de fuerzas del destino, de la divinidad, de la verdad de la naturaleza, de la tradición, de la voluntad popular, etc., pero que no se inventa. Incluso en el caso de autoridades carismáticas se suele actuar no tanto en primera persona sino como representante de algo superior que otorga el carisma. También en la historia del pensamiento sobre la justicia es interesante observar que ha predominado la concepción de lo justo como descubrimiento más que como creación o invención, pues en este caso sería difícil inscribirlo en un horizonte de racionalidad que es la aspiración del iusnaturalismo. La neutralidad del juez sólo tiene sentido como imparcialidad; como neutral recepción de algo que sin embargo es ideológico. Así se hacen además posibles las garantías de la decisión. Hay una esencial discreción que a pesar de todo nunca puede evitar la subjetividad y consecuentemente la responsabilidad del que decide, que goza de considerable discrecionalidad. Pero frecuentemente todo parece ocurrir «como si éste no adoptara decisiones, sino que sólo tomara resoluciones» (19).

Una última cuestión: ¿es conservadora una decisión basada en el argumento de autoridad? Lo será sólo en tanto que mira al pasado prestigioso (el prestigio viene siempre del pasado experi-

---

(19) J. J. GIL CREMADES, *La motivación de las recisiones jurídicas*, en A.A.V.V., *Estudios en honor del Dr. Luis Recaséns Siches*, UNAM (México, 1980), p. 431.

mentado), pero no necesariamente en cuanto a la utilización que se haga de él. Frente a la ortodoxia puede ser el rescate de un pasado utópico, aún no totalmente expresado en el presente. Aparece así la interpretación innovadora de la ley, decisión precedente o doctrina, interpretación que apoyándose precisamente en la autoridad rompe la rutina. Esta es además la condición para la vitalidad de la autoridad.

