

LA DISTINCIÓN ENTRE CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y DE JUSTIFICACIÓN Y LA RACIONALIDAD DE LA DECISIÓN JUDICIAL*

Ana Laura Nettel**

El objetivo de este trabajo es discutir la pertinencia de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en la actual teoría de la argumentación jurídica. Esta distinción ha sido un punto de partida de la mayor parte de los autores de lo que podría llamarse la teoría estándar de la argumentación jurídica. Sostendré que esta distinción es la causa del sorprendente abandono de lo que Jersey Wróblewski llamó la ‘justificación externa’, en particular, el abandono del análisis de la argumentación de la decisión acerca de los hechos del litigio o decisión acerca de la prueba. No ignoro el importante papel que esta distinción ha jugado en el desarrollo de este campo de estudio. Si en efecto el control de las decisiones judiciales es posible únicamente a partir de la justificación de la decisión a controlar,¹ lo que me interesa, sin embargo, es señalar que en el estado actual de la teoría de la argumentación jurídica, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación es un obstáculo epistemológico² para ulteriores desarrollos. Este obstáculo juega un papel especial en uno de los principales propósitos prácticos de este campo: *la contribución a la racionalidad de la decisión judicial como un todo, es decir, la justificación externa*, en donde se considera la verdad de la premisa fáctica.

* Agradezco a Sergio Martínez Muñoz la orientación bibliográfica que me brindó en el ámbito de la filosofía de la ciencia. Asimismo, quiero manifestar mi reconocimiento a Carlos Pereda, Georges Roque y a Agustín Pérez Carrillo por su lectura atenta y sus valiosos comentarios críticos que me resultaron de mucha utilidad para redactar la presente versión de este artículo.

** Universidad Autónoma Metropolitana

¹ J. Wróblewski, «Legal Decision and its Justification» in *Meaning and Truth in Judicial Decision*, ed. por Aulus Aarnio, Helsinki, Juridica, 1979, p. 60.

² Esta terminología es utilizada por Bachelard refiriéndose a causas de estagnación o regresión del ‘progreso’ del conocimiento. Cf. G. Bachelard, «La notion d’obstacle épistémologique», en *La formation de l’esprit scientifique*, Paris, Vrin, 1980, p. 13 ss.

El abandono del estudio de la premisa existencial al que me refiero, ha sido claramente presentado por Perfecto Andrés Ibañez, en su excelente artículo titulado: “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”³ en donde ha considerado con Jerome Frank⁴ que esta materia ha sido desatendida por los juristas dejándola “abandonada así en buena medida a la subjetividad del intérprete”⁵.

Para empezar, me gustaría subrayar que la importancia de trabajar sobre la justificación externa ya había sido enfáticamente señalada por Jerzy Wróblewski, cuya clasificación de la justificación judicial en interna y externa es clásica en la teoría de la argumentación jurídica. Jerzy Wróblewski nos dice que:

In this respect internal justification⁶ is a “formal” justification and is *not adequate for the analysis of practical operation of legal decision and for its institutional control*.

External justification of legal decision tests not only the validity of inferences, *but also the soundness of the premises*. The wide scope of external justification is required especially by the paradigmatic judicial decision because of the highest standards imposed on it.⁷

¿Cómo explicar que a pesar de la influencia de los trabajos de Wróblewski, su posición no haya sido seguida con rigor, y el análisis de la justificación de los hechos haya sido omitido?

³ Perfecto Andrés Ibañez «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *Doxa* núm. 12, 1992, pp. 257-299.

⁴ J. Frank, *Derecho e Incertidumbre* [1951], México, Distribuidora Fontamara (Biblioteca de Ética y Filosofía del Derecho núm. 4), 1991.

⁵ *ibid*, p. 263, cf. también Jerome Frank, *Derecho e incertidumbre*, *op. cit.* En el mismo sentido cf. Manuel Atienza «Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés Ibañez» versión preliminar mecanografiada, 1995.

⁶ En el mismo texto Wróblewski da la definición de este término: «Internal justification deals with the validity of inferences from given premises to legal decision taken as their conclusion. The decision in question is internally justified if the inferences are valid and the soundness of the premises is not tested.» J. Wróblewski «Legal Decision_» *op. cit.*, p. 63.

⁷ *Ibid*, el subrayado es mío. También hay que especificar que una página antes Wróblewski había precisado su posición respecto de una justificación lógica en sentido estricto: «Logical justification *sensu stricto* is limited to the field of the propositions and the formal logic dealing with them... This kind of «justification» is synonymous with «demonstration» of the truth of a proposition within the above mentioned field». De ahí que no la considere adecuada en el ámbito de la decisión jurídica, debido a que según él para aceptar este tipo de justificaciones lógicas en sentido estricto se necesitaría, por una parte, que existiera una lógica formal de normas, lo que no consideraba se hubiera logrado todavía. Y, por otra parte, habría que aceptar que las decisiones jurídicas y los razonamientos que las justifican están gobernadas por la lógica proposicional formal lo que no acepta, debido a su posición anticognoscitiva; véase p. 61.

Para tratar de responder a estas interrogantes me centraré, en un primer momento, en el análisis de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, para posteriormente presentar la posición de Ludwick Fleck como alternativa de lo que es el quehacer de la epistemología. Y por último proponer en la teoría de la argumentación jurídica un enfoque semejante que tome en cuenta aspectos distintos de los que se consideran partiendo de esta distinción.

CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN.

La distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento, hasta donde conozco, fue hecha por vez primera por Karl Popper,⁸ pero la terminología se debe a Hans Reichenbach.⁹ Según esta corriente de pensamiento, el filósofo (la epistemología diría Reichenbach) se ocupa de cuestiones lógicas, es decir, se ocupa de la estructura lógica, de las relaciones lógicas que se dan entre los *enunciados* que describen observaciones -no de observaciones- y, tanto las leyes como las teorías que estos enunciados confirman o refutan. “Sus preguntas -dice Popper- son del tipo: ¿puede justificarse un enunciado?; en caso afirmativo, ¿de qué modo?; ¿es contrastable?; ¿depende lógicamente de otros enunciados?; ¿o los contradice quizá?”¹⁰. Tales cuestiones sólo surgen después de que las teorías han sido formuladas. De ahí que en este tipo de análisis -dicen estos autores- se deje de lado todo lo relacionado con la naturaleza del descubrimiento científico. La forma en que efectivamente se “descubre” o enuncia una teoría (contexto del descubrimiento) se considera de interés para el psicólogo o el sociólogo, mientras que al filósofo lo que le interesa es la determinación acerca de por qué aceptarla o rechazarla y, para ello su única preocupación es el análisis de las relaciones lógicas que se dan entre los enunciados que expresan la teoría o la hipótesis. Así, nos dice Richard S. Rudner:

pertenecen al contexto del descubrimiento cuestiones tales como: de qué manera se llega a dar con una buena hipótesis, o qué condiciones sociales,

⁸ K. Popper, *Logik der Forschung* (La lógica de la investigación) [1934-1935]; la versión utilizada es la española traducida como *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1977, pp.30-31. La mala traducción al inglés del título de este libro de Popper produjo un jocosó comentario de Herbert A. Simon, quien dice: «It is unusual for an author, less than one-tenth of the way through his work, to disclaim the existence of the subject matter that the title of his treatise announces. Yet that is exactly what Karl Popper does in his classic, *The Logic of Scientific Discovery*. Cf. «Does Scientific Discovery have a Logic», *Philosophy of Science* 40, 1973, p. 471-480.

⁹ Hans Reichenbach, *Experience and Prediction*, Chicago, University of Chicago Press, 1938, p. 7-8.

¹⁰ K. Popper, *La lógica... op. cit.*, p. 31.

psicológicas, políticas o económicas pueden ayudar a dar con una hipótesis valiosa.¹¹

Karl Popper en un apartado significativamente denominado “Eliminación del psicologismo” de *La lógica del descubrimiento científico*, sostiene la distinción entre los dos contextos de la siguiente forma:

He dicho más arriba que el trabajo del científico consiste en proponer teorías y en contrastarlas.

La etapa inicial del trabajo del científico consistente en concebir o inventar una teoría no exige el análisis lógico ni es susceptible de él [...] La cuestión de cómo se le ocurre una nueva idea a una persona -ya sea un tema musical, un conflicto dramático o una teoría científica- puede ser de gran interés para la psicología empírica, pero carece de importancia para el análisis lógico del conocimiento científico. Este no se interesa por *cuestiones de hecho* (el *quid facti?* de Kant), sino únicamente por cuestiones de *justificación o validez* (el *quid juris?* kantiano).¹²

En efecto, el análisis lógico [yo añadiría deductivo¹³] no se interesa por cuestiones de hecho, como claramente señala esta última frase de Popper. Así, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación nos lleva a creer que las cuestiones de hecho (esto es, la forma en que en efecto fueron creadas las ideas) no tienen relevancia para la justificación de las teorías ni, *mutatis mutandi*, para la justificación de la decisión judicial.

Así, la causa del abandono del análisis de la justificación de los hechos, es decir la teoría de la argumentación acerca de la decisión que se encuentra contenida en la premisa existencial, se debe a que la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación impide entrar -a los seguidores de esta distinción- en el análisis de la forma en que de hecho deciden los jueces acerca de la prueba de los hechos del litigio. En efecto no es posible respetar esta distinción y entrar al análisis de cómo de hecho los juzgadores conforman su íntima convicción. Tenemos aquí un principio de explicación a las interrogantes antes planteadas, pero esto no pone necesariamente la distinción en cuestión.

Ahora bien, el propósito de este trabajo, a más de explicar porque no se ha desarrollado el campo de la argumentación acerca de los hechos, consiste en comprender los obstáculos que presenta esta distinción para eventualmente eliminarlos. Así, en lo que sigue, me abocaré a demostrar

¹¹ R. S. Rudner, *Filosofía de la Ciencia Social* [1966], Madrid, Alianza Editorial, 1973, p. 22.

¹² K. Popper, *La lógica... op. cit.* pp.30-31, el subrayado es mío.

¹³ Si bien Reichenbach considera que la distinción se aplica tanto al razonamiento lógico inductivo como deductivo, los autores que han utilizado esta distinción en el ámbito de la argumentación jurídica sólo se interesan por el razonamiento deductivo. Cf. H. Reinchenbach, *op. cit.* [1938] p. 383.

la importancia de lo que se conoce como contexto del descubrimiento en epistemología, a través de las ideas de Ludwik Fleck.

LA EPISTEMOLOGÍA DE LUDWICK FLECK

El libro del médico polaco Ludwick Fleck, *La génesis y el desarrollo de un hecho científico*¹⁴, contiene muchas de las ideas desarrolladas más tarde por Thomas Kuhn en *La estructura de las revoluciones científicas*. En este libro, escrito en polaco en 1934 y coetáneo de la primera edición de *La lógica de la investigación científica*, Fleck presenta las bases de una nueva visión de la epistemología que se opone a las ideas antes descritas, proponiendo lo que él llamara *la teoría de los estilos de pensamiento*. Su postulado general se resume en las siguientes palabras: “*An ahistorical cognition, abstracted from history is impossible, and just as impossible is the asocial cognition, conducted by an isolated researcher.*”¹⁵ En efecto, las ideas de Fleck son una contrapropuesta a los presupuestos contenidos en la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, es decir, a la posición según la cual:

El objetivo único o principal de la teoría del conocimiento consiste en la comprobación de la consistencia de los conceptos con sus conexiones [y a la idea de que]... a la teoría del conocimiento no le compete investigar cómo se descubrió una relación, sino debe ocuparse de su legitimación científica, de sus pruebas objetivas y de sus construcciones lógicas...¹⁶

La importancia de las ideas de Ludwik Fleck para los objetivos de este trabajo justifican que me detenga a exponer, aunque sea de manera sucinta, su pensamiento.

En contraposición a lo que postula la epistemología tradicional, Fleck sostiene que «el sujeto del conocimiento simbólico conocido como ‘espíritu humano’, ‘mente humana’ ‘investigador’ o simplemente ‘hombre’»¹⁷, tiene una posición específica en la vida que está sujeta a cambios en el tiempo. De ahí que la idea de mente humana solamente tiene sentido

¹⁴ L. Fleck, *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache. Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv*; la versión consultada es la traducción española, *La génesis y el desarrollo de un hecho científico. Introducción a la teoría del estilo de pensamiento y del colectivo de pensamiento*, Madrid, Alianza Editorial, 1986. Véase también L. Fleck, «On the crisis of ‘Reality’» [1929], «Scientific Observation and Perception in General» [1935], «The problem of Epistemology» [1936] en R. Cohen y T. Schnelle eds., *Cognition and Fact, Material, on Ludwick Fleck*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1986.

¹⁵ Cf. L. Fleck, «The problem of epistemology» [1936], en R.S. Cohen y T. Schnelle (eds.), *Cognition and Fact. Materials on Ludwick Fleck*, *op. cit.*, p.110.

¹⁶ L. Fleck, *La génesis y el desarrollo* [1935], *op. cit.*, p. 69.

¹⁷ L. Fleck, «The Problem of _», *op. cit.* p. 79.

dentro de una tradición epistemológica. Por esta razón es importante tomar en cuenta la forma en que se genera y transmite el conocimiento. La teoría estándar de la epistemología, por el contrario, contempla al ‘sujeto de conocimiento’, al ‘espíritu humano’ como poseedor de una racionalidad de aplicabilidad universal, asocial y ahistórica.¹⁸ La naturaleza sociológica e histórica del sujeto de conocimiento queda de manifiesto a la lectura de autores del pasado que nos son presentados en los textos de historia como genios y en cuyas ideas solemos encontrar formas totalmente ajenas a nuestros ojos contemporáneos. Así, nos parece bastante extraño saber que Kepler sostenía por ejemplo que los cometas existen para que el espacio del universo no esté vacío; o que Newton sostenía la existencia de un séptimo color, el índigo, porque siete son las notas musicales¹⁹ y, siete son también los días de la creación.

Para Fleck, el conocimiento se genera en los colectivos de pensamiento, compuestos por un círculo esotérico y otro exotérico. En los «colectivos de pensamiento» de nuestros días, el círculo esotérico está constituido por los especialistas *stricto sensu* quienes publican sus ideas en revistas especializadas, así como por los especialistas generalistas quienes producen libros de texto; el círculo exotérico lo componen los legos quienes sobrestiman las capacidades de los especialistas y quienes atribuyen un enorme grado de certeza a todo conocimiento que procede de los especialistas. La importancia de los libros de texto consiste en su función introductora, ya que a través de ellos se ‘inician’ los integrantes del colectivo. Los conocimientos que se encuentran en los libros de texto, a pesar de ser generalmente obsoletos, comparados con lo que se está produciendo en el círculo esotérico, son los que funcionan como verdades aceptadas. Todo el conocimiento se organiza por ‘colectivos de pensamiento’, desde el colectivo de la vida diaria o la moda, hasta los colectivos de los científicos, los filósofos, o los teólogos. Cada uno de estos colectivos de pensamiento tiene su ‘estilo de pensamiento’.

Fleck subraya tres fenómenos como fundamentales para la epistemología: 1) la diferenciación mental de los colectivos de seres humanos

¹⁸ Esta posición corresponde lo que se conoce en la actual filosofía de la ciencia como «*el dogma de la unidad de razón*», que consiste en creer que los seres humanos comparten un estándar de racionalidad descrito por reglas que se aplican de manera universal e independientemente del contexto. El dogma de la unidad de razón ha sido formulado por Quine y posteriormente por Davidson y Dennett. Para una posición crítica Cf. Sergio F. Martínez Muñoz, «Acerca de la autonomía de las tradiciones científicas», México, *Crítica*, vol. XXVII No.80, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, Agosto de 1995. Sergio Martínez prosigue y profundiza los trabajos de Wimsatt, «Heuristics and the Study of Human Behavior», en D. W. Fiske and R. Shweder (comps.), *Metatheory in Social Science: Pluralism and Subjectivities*, University of Chicago Press, pp. 239-314; y C. Cherniak, *Minimal Rationality*, Cambridge (Mass.), MIT Press.

¹⁹ Cf. K. MacLaren, «Newton’s Indigo», *Color Research and Application*, vol. 10, número 4, Invierno 1985, pp. 225-229.

(*the collective mental differentiation of men*), es decir, que los seres humanos constituyen diferentes grupos de conocimiento; 2) la circulación del pensamiento siempre está relacionada con su transformación; 3) la existencia de un desarrollo histórico específico que no puede ser reducido al desarrollo lógico de los contenidos de pensamiento, ni tampoco al simple incremento de información detallada.²⁰ Fleck demuestra la transformación histórica del conocimiento analizando la evolución de una idea en el tiempo y la transformación que sufre en el proceso de su circulación. En *La génesis y el desarrollo de un hecho científico*, Fleck describe el desarrollo histórico del concepto de sífilis, y demuestra cómo ésta no puede ser bien caracterizada si únicamente pretendemos describir la sífilis como la enfermedad causada por la *Spirochaeta pallida*,²¹ puesto que la entidad nosológica *sífilis* implica más que su relación con este microorganismo. Lo que Fleck nos explica es como durante largo tiempo el diagnóstico de la sífilis no pudo separarse de connotaciones morales y como este hecho guió la investigación sobre la enfermedad. De la misma forma que Fleck nos muestra como el diagnóstico está determinado por la construcción social de los hechos, asimismo hay que analizar como la construcción de los hechos por el juez en el momento de la decisión depende de la tradición en la que está inserto.

En resumen, para Fleck la epistemología necesita ampliar su marco de intereses. Debe tomar en cuenta la pluralidad de los estilos de pensamiento y la multiplicidad de los colectivos de pensamiento. Asimismo, debe considerar el momento de desarrollo tomando también en cuenta los estados embrionarios del conocimiento. De tal manera que la epistemología comprende los métodos psicológico, sociológico e histórico.²² «Así entendida, la epistemología es la ciencia [comparativa] de los estilos de pensamiento.»²³ Como hemos visto esto no es una simple cuestión terminológica.

Una de las principales consecuencias de las ideas antes descritas es la **contextualización** del conocimiento. El primer nivel de contextualización se sigue del hecho de que no existe una unidad ideal llamada 'mente humana' o 'razón universal', y que el 'sujeto de conocimiento' varía en cada época y espacio. El segundo nivel de contextualización se debe a que el conocimiento se produce en los diversos colectivos de pensamiento. Y el tercer nivel de contextualización se produce como consecuencia

²⁰ L. Fleck, «The Problem_», *op. cit.* p.81 ss.

²¹ Por otra parte, también nos dice Fleck que la *Spirochaeta pallida*, solamente puede caracterizarse como «el microorganismo que está relacionado con la sífilis» debido a que existen portadores sanos. Cf. *op. cit.* p. 68.

²² L. Fleck [1936] «The Problem_», *op. cit.*, p.111-112.

²³ L. Fleck [1936] «The Problem_», *op. cit.* p.98.

de la circulación del conocimiento. Los colectivos de pensamiento se intersectan y el conocimiento se transforma cuando pasa tanto entre los diferentes círculos que comprende el colectivo de pensamiento como entre los distintos colectivos de pensamiento. El último paso en la circulación del conocimiento es el libro de vulgarización que transmite los conocimientos al público poseedor de una educación general. Debido a que el especialista de un colectivo de pensamiento es un lego respecto de otros colectivos de pensamiento, las nociones popularizadas que adquiere de otros colectivos de pensamiento entran al colectivo del que es especialista.

Ahora bien, lo que me parece de sumo interés son las ideas de Fleck respecto de la construcción de la verdad de los hechos científicos. En efecto, Fleck nos dice que las ideas que construyen los especialistas en el interior del círculo esotérico, se ponen en circulación a través de revistas especializadas en forma de proposiciones *cautelosas* que se expresan en términos tales como: «parece ser un hecho que...» o «él trató de probar que...». Y estas ideas solamente adquieren un *status* de conocimiento aceptado -‘**verdades**’- cuando se expresan en términos como «se ha demostrado que...» «es un hecho que...»- y ello sucede cuando los especialistas generalistas las incluyen en los libros de texto y, como ya hemos dicho, casi siempre cuando ya son obsoletas con respecto a lo que se está produciendo en el círculo esotérico. La ‘verdad’ es, nos dice Fleck, «*el estado actual de los cambios de estilo de pensamiento*»²⁴. Así, resulta que:

...authority becomes active, with the magic of the simple announcement that ‘scientists have found that_’ and the corresponding apotheosis of the heroes of science. Social distance transforms the author from a creator to a discoverer. The developing scientific fact changes from mental composition to an object. It becomes impersonal, self-contained, it becomes a thing.²⁵

Es así como el conocimiento se objetiva, es decir, pierde su contextualización. Por una especie de prestidigitación las proposiciones de los científicos, tan cautelosas en los círculos esotéricos, se transforman en «hechos científicos» y se presentan como lo que está dado en el exterior²⁶ y que ha sido descubierto, de tal suerte que se olvida su ‘génesis y

²⁴ L. Fleck [1936] «The Problem_», *op. cit.* p. 111-112.

²⁵ L. Fleck [1936] «The Problem_», *op. cit.* p. 108 [...la autoridad se torna activa con la magia de la simple declaración de que ‘el científico ha encontrado que...’, y la correspondiente apoteosis de los héroes de la ciencia. La distancia social convierte al autor, de un creador en un descubridor. El hecho científico en desarrollo se transforma de una composición mental en un objeto. Se vuelve impersonal, autónomo, llega a ser una cosa].

²⁶ La palabra «hecho» tiene la misma connotación en el lenguaje común y en el lenguaje jurídico: el ámbito de los hechos es supuestamente el de lo objetivo, lo que es susceptible de ser verificado en la «realidad» y que no depende del sujeto.

desarrollo', se olvida que como bien lo expresa L. Fleck, «cada etapa de la ciencia está en función de etapas precedentes y de la influencia de estilos de pensamiento ajenos»²⁷. Así, podemos decir con Fleck que si bien esta posición histórico-sociológica acerca del conocimiento no simplifica el problema de la verdad, sí «lo hace más explorable»²⁸.

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA DISTINCIÓN ENTRE LOS DOS CONTEXTOS.

Como he dicho más arriba, la mayor parte de los autores²⁹ de la actual teoría de la argumentación jurídica se auxilian de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Siguiendo esta posición, la teoría de la argumentación se ubicaría en el contexto de la justificación, dejando de lado todo aquello que tiene que ver con la forma en que se llegó a la decisión. Así, la teoría de la argumentación no debe detenerse a analizar los elementos ideológicos, psicológicos y sociológicos que llevan a las autoridades a plantear de tal o cual forma las decisiones; dicho de otra forma, según estos autores, a la teoría de la argumentación jurídica no le concierne analizar las motivaciones de quienes deciden; ello corresponde al contexto del descubrimiento y no es de relevancia para el análisis de la justificación. Un análisis que tome en cuenta este tipo de elementos, nos dicen estos autores, está explicando y no analizando las razones que sostienen la decisión, es decir no se ocupa de ver si la conclusión de la decisión se sigue de las premisas, que es precisamente lo que significa para ellos justificar.³⁰

Con estos presupuestos metodológicos se evade todo lo que no es susceptible de análisis lógico, lo que no es universal o general, es decir, lo contingente, lo particular. De manera que los presupuestos epistemológicos que implica la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, en el ámbito de las decisiones judiciales, excluyen un enfoque que considere la forma en que efectivamente se llevan a cabo las decisiones, o lo que es lo mismo, el análisis de las decisiones judiciales en su contexto histórico, sociológico y psicológico. De donde se sigue que la forma en que de hecho razonan los jueces ante sus casos, la evaluación que éstos hacen acerca de las pruebas que se les presentan

²⁷ L. Fleck (1936) "The Problem...." *op. cit.*, p. 110.

²⁸ L. Fleck (1936) "The Problem...." *op. cit.*, p. 112.

²⁹ Cf. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978; A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987; (existe una traducción española de E. Garzón Valdés, *Lo racional como razonable*, Madrid, Estudios Constitucionales, 1991); M. Atienza, *Las razones del derecho*, Madrid, Estudios Constitucionales, 1993.

³⁰ Cf. M. Atienza, *op. cit.* 1993, pp. 22-26.

a su consideración, por pertenecer al mundo de lo contingente y de lo particular, de lo que sucede de hecho -el *quid facti* dice Popper con Kant- no son susceptibles de un análisis lógico y deben en consecuencia, quedar excluidas de las preocupaciones de la teoría de la argumentación jurídica.

Con Fleck³¹ hemos mostrado que la epistemología no puede dejar de lado el contexto en el que se produce el conocimiento; en nuestro caso el contexto en el que se produce un razonamiento judicial acerca de los hechos. De ahí que la «objetividad» de un hecho o de un conocimiento sea dependiente de la teoría o del paradigma en el que se produjo.³² Se descarta así la idea común de que los hechos son la parte objetiva que depende de simples constataciones de datos de la realidad, exteriores al recopilador.³³

La observación y en consecuencia los hechos, aun aquellos considerados hechos observacionales, los elementos más «objetivos» de la ciencia, están cargados de teoría.³⁴ Así, la premisa acerca de los hechos objeto del litigio es una premisa construida por un procedimiento racional cuya ‘verdad’ depende del ‘colectivo de pensamiento’ en el que está inserta. De manera que si aceptamos que la ‘verdad’ y con ella la objetividad es relativa a un contexto, la corrección de los enunciados que establecen como probados (verdaderos) los hechos en un caso, dependen de la forma en que el juez construye la trama de argumentos, y esta forma de construcción está en íntima relación de dependencia con el estilo de pensamiento o ‘sistema de verdad’³⁵ -diría Michel Foucault- en cuyo contexto se produce.

³¹ En el mismo sentido T. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1971; *Essential Tension. Estudios sobre la tradición y cambio en el ámbito de la ciencia*, México, FCE, 198.

³² Es interesante señalar que la noción moderna de objetividad que pone entre paréntesis el punto de vista del observador se construyó a penas a principios del siglo diecinueve. Existe en la actualidad toda una corriente de historiadores de la ciencia que se entran en el estudio de la objetividad científica. Cf. Lorraien Daston, “Objectivity and the Escape from Perspective”, *Social Studies of Science*, vol. 22 No. 4, 1992, pp. 597-618; Cf. También E. Fox Keller, “The Paradox of scientific Subjectivity”, en *Rethinking objectivity*, (bajo la dirección de A. Megill), Durham y Londres, Duke University Press, 1994, p. 313-331.

³³ Sobre el debate en la historiografía acerca de la construcción del hecho histórico, véase Michel de Certeau, *La escritura de la historias*, México, Universidad Iberoamericana, 2a ed. 1993.

³⁴ El pionero en el análisis de cómo la observación de los hechos está cargada de teoría es Norwood Roussel Hanson, en su conocido Libro, *Patterns of Discovery*, Cambridge University Press, (1958), 2a ed. 1965.

³⁵ Cf. M. Foucault, *A verdade e as formas jurídicas*, Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, 1978. La versión consultada es la española: *La verdad y las formas jurídicas*, México, Gedisa, 1984.

Podría objetarse que, en particular por lo que se refiere a la justificación de los hechos objeto del litigio, en la mayor parte de los sistemas modernos de derecho se ha adoptado el sistema de valoración de las pruebas conocido como de la «íntima convicción del juez» de donde resulta que esta justificación está necesariamente ligada a la forma en que de hecho el juez adquiere esa íntima convicción. Y que tratándose en consecuencia de algo subjetivo, perteneciente a cada juez, no es posible hacer una teoría de la argumentación jurídica acerca de cómo, de hecho, cada juez toma su decisión. Así, las proposiciones de este trabajo, en el sentido de hacer una teoría de los estilos de razonamiento de los jueces caería al agua. En efecto, no es posible hacer una teoría de la forma en que cada juez lleva a cabo su decisión, sin embargo lo que sí se puede hacer es una teoría de los estilos de racionalidad a la que los jueces recurren es un sistema dado. Y esto es posible porque los jueces constituyen ‘colectivos de pensamiento’ que desarrollan su propio ‘estilo de pensamiento’ en las distintas épocas y espacios.

Este trabajo me lleva a proponer el estudio de los estilos de razonamiento de los jueces respecto a la demostración de los hechos. De la misma manera que ocurre en la ciencia, el tipo de razonamientos que utilizan los jueces para establecer los hechos depende de la teoría o del conjunto de conocimientos aceptados. Estos sistemas de verdad son cambiantes y han ido variando en la historia de la humanidad, es decir, son contextuales. Este tipo de estudios ya fue de alguna manera iniciado, aunque para épocas remotas, por Michel Foucault en la serie de conferencias que dio en Brasil en 1973, publicadas en *La verdad y las formas jurídicas*.³⁶

Así, el estudio del «contexto histórico sociológico de la construcción del conocimiento» en la argumentación jurídica de la decisión judicial, consiste en estudiar la racionalidad que está implícita en los estilos de pensamiento de los jueces, no para solamente describirla y después poder predecirla, como de alguna manera ya había propuesto Alf Ross³⁷, sino para compararlos y criticarlos.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Ch. A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1970, en particular el capítulo IV, p. 105 ss.