

LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO
Algunas cuestiones fundamentales

MARINA GASCÓN ABELLÁN

Catedrática de Filosofía del Derecho en la
Universidad de Castilla La Mancha, España

ALFONSO J. GARCÍA FIGUEROA

Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la
Universidad de Castilla La Mancha, España

LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO
Algunas cuestiones fundamentales

A Luis Prieto, *causa causae*

Palestra Editores
Lima — 2003

LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO.**Algunas cuestiones fundamentales**

Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa

Primera edición, setiembre del 2003

Editor responsable: Pedro Grández Castro

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.

© Copyright : MARINA GASCÓN ABELLÁN
ALFONSO J. GARCÍA FIGUEROA

© Copyright 2003 : PALESTRA EDITORES S.R.L.
Jr. Ica 435 Of. 201 Lima 1 - Perú
Telf. (511) 426-1363 / Telefax: (511) 427-1025
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY

Cert N.º 1501012003-4031

ISBN: 9972-733-47-5

*Impreso en el Perú**Printed in Peru*

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|-----------|
| NOTA PRELIMINAR | 11 |
| CAPÍTULO I: El papel del Juez en el Estado de Derecho | 15 |
| 1. El Poder Judicial en el Estado legislativo de derecho | 15 |
| 2. El Poder Judicial en el Estado constitucional de derecho | 21 |
| 3. El garantismo (y el redimensionamiento de la función judicial) ... | 26 |
| 3.1. Garantismo: en especial, el garantismo penal | 26 |
| 3.2. La teoría general del garantismo como teoría del Estado constitucional de derecho | 28 |
| 4. El debilitamiento del principio de legalidad en relación con los jueces. La importancia de la argumentación en el ejercicio de la función judicial | 37 |
| CAPÍTULO II: Una primera aproximación a la Teoría de la Argumentación Jurídica | 43 |
| 1. La necesidad de justificación en el Derecho | 43 |
| 2. Una definición provisional de “Teoría de la Argumentación Jurídica” (TAJ) | 45 |

| | |
|---|----|
| 2.1. La TAJ es teoría | 46 |
| 2.2. El objeto de la TAJ es la argumentación | 49 |
| 2.3. La argumentación que estudia la TAJ es la jurídica | 52 |
| 3. La utilidad de la TAJ | 53 |
| 3.1 La utilidad del aspecto descriptivo de la TAJ | 54 |
| 3.2. La utilidad del aspecto prescriptivo de la TAJ | 58 |
| 4. Racionalidad y Derecho | 60 |
| 4.1. El problema de las ciencias sociales | 61 |
| 4.2. Derecho racional y razón jurídica | 64 |
| 4.2.1. "Derecho racional" | 64 |
| 4.2.2. "Razón jurídica" | 67 |
| 4.3. Cuatro modelos básicos | 67 |
| 4.3.1. Modelo fuerte-fuerte | 69 |
| 4.3.2. Modelo fuerte-débil | 71 |
| 4.3.3. Modelo débil-débil | 72 |
| 4.3.4. Modelo débil-fuerte | 73 |
| 5. La teoría de la argumentación a partir de los años 50 | 76 |
| 5.1. La teoría del "logos de lo razonable" de Luis Recaséns Siches | 78 |
| 5.2. La tónica de Theodor Viehweg | 81 |
| 5.3. La nueva retórica de Chaïm Perelman | 88 |

CAPÍTULO III: La actividad judicial: problemas interpretativos ... 93

| | |
|--|-----|
| 1. La actividad judicial como actividad interpretativa y probatoria .. | 93 |
| 2. Concepto, tipos y concepciones de la interpretación | 97 |
| 2.1. Interpretación jurídica: concepto y tipos | 97 |
| 2.2. Tres concepciones de la interpretación | 100 |
| 2.3. El formalismo: el modelo del juez autómatas | 102 |
| 2.4. El antiformalismo: el modelo subjetivista de juez | 105 |
| 2.5. La textura abierta del Derecho | 109 |
| 3. El carácter discrecional de la interpretación. Los problemas interpretativos | 111 |
| 3.1. Problemas del contexto lingüístico | 112 |

3.2. Problemas de los contextos sistémico y funcional 116
 4. Casos fáciles y casos difíciles 122

CAPÍTULO IV: La motivación. Conceptos fundamentales 127

1. La interpretación: recapitulación y “saltos” 127
 2. Algunas categorías centrales de la motivación judicial 132
 2.1. Hablemos de argumentos y no de personas: contexto de descubrimiento y contexto de justificación 134
 2.2. Concepto y clases de justificación 145
 2.2.1. Justificación interna y justificación externa 149
 2.2.1.1. Justificación interna/externa como justificación lógico-deductiva o no 151
 2.2.1.2. Justificación interna/externa como justificación sobre normas sistemáticas o extrasistemáticas 161
 3. El papel de las premisas fácticas. Remisión 162
 4. ¿En qué medida estas distinciones diferencian a la TAJ actual respecto a sus precursoras? 163
 5. La TAJ estándar 167
 5.1. Justificación interna o de primer orden 168
 5.1.1. Problemas de relevancia 169
 5.1.2. Problemas de interpretación 170
 5.1.3. El problema de la prueba 171
 5.1.4. Problemas de hecho secundarios o problemas de calificación 172
 6. Algunas pistas muy generales para una justificación externa 173
 6.1. Consistencia y coherencia 174
 6.2. Universalizabilidad 176
 6.3. Consecuencialismo 179

CAPÍTULO V: Los argumentos de la interpretación 183

1. Definiciones legislativas y leyes interpretativas 184
 2. Los métodos de interpretación 186

| | |
|--|------------|
| 2.1. Métodos de interpretación, según su resultado | 188 |
| 2.2 Métodos de interpretación según los contextos interpretativos | 190 |
| 2.3. Esquemas argumentativos especiales | 192 |
| 2.4. Reglas de prioridad | 200 |
| 3. los argumentos de la dogmática | 203 |
| 3.1. Concepto de dogmática | 203 |
| 3.2. Funciones de la dogmática | 204 |
| 3.3. Tipos de enunciados de la dogmática | 205 |
| 3.4. Cómo se usan los enunciados de la dogmática | 206 |
| 4. El recurso a los precedentes | 207 |
| 5. Resumen: criterios para la justificación | 211 |
| 5.1. Cómo usar los argumentos de la justificación externa | 211 |
| 5.2. Criterios o reglas generales para poder entender justificada una decisión | 212 |
| | |
| CAPÍTULO VI: La cuestión de los principios | 215 |
| 1. ¿Por qué son importantes los principios? El caso Elmer | 215 |
| 2. Positivismo vs. No-positivismo | 219 |
| 2.1. Positivismo jurídico | 219 |
| 2.1.1. Positivismo metodológico o como enfoque. | 220 |
| 2.1.2. Positivismo teórico | 222 |
| 2.1.3. Positivismo ideológico | 222 |
| 2.2. No positivismo | 224 |
| 3. Principalismo: el argumento de los principios contra el positivismo en Ronald Dworkin | 226 |
| 4. ¿En qué se distinguen reglas y principios? | 228 |
| 4.1. Las reglas: aplicación “todo o nada” | 238 |
| 4.2. Los principios: más o menos aplicación | 240 |
| 4.3. Los principios como mandatos de optimización | 247 |
| 4.3.1. Criterios de optimización | 251 |
| 4.4. Las reglas como normas cerradas y los principios como normas abiertas | 253 |

| | |
|--|-----|
| 4.5. Principios y reglas como razones para la acción | 256 |
| 5. Principios y valores. A propósito del artículo 1.1 de la Constitución española | 257 |
| 6. En conclusión | 263 |

CAPÍTULO VII: Particularidades de la interpretación

| | |
|---|-----|
| constitucional | 265 |
| 1. La justicia constitucional: concepto y sistemas | 265 |
| 1.1. Concepto de justicia constitucional | 265 |
| 1.2. Dos sistemas de justicia constitucional | 268 |
| 2. Los límites de la jurisdicción constitucional | 273 |
| 3. Interpretación conforme y sentencias interpretativas | 278 |
| 3.1. El principio de interpretación conforme | 278 |
| 3.2. Las sentencias interpretativas | 280 |
| 4. Sentencias manipulativas y otras “fricciones” con el legislador | 282 |
| 4.1. Las sentencias manipulativas | 282 |
| 4.2. Otras formas de influencia política de la justicia constitucional | 288 |
| 4.3. Argumentos contra el control de constitucionalidad | 291 |
| 5. El juicio de ponderación | 294 |
| 5.1. Los conflictos entre normas constitucionales y la ponderación | 294 |
| 5.2. Reglas de la ponderación (o juicio de proporcionalidad) ... | 299 |
| 5.3. Tres observaciones sobre la ponderación | 300 |
| 6. A modo de conclusión | 308 |

CAPÍTULO VIII: ¿Hace el juez justicia cuando aplica el Derecho?

| | |
|--|-----|
| | 313 |
| 1. Introducción. El abogado Perkins y el juez Hércules | 313 |
| 2. La llamada “tesis del caso especial” | 319 |
| 2.1. Dos precisiones de la tesis del caso especial | 321 |

| | |
|--|-----|
| 2.2. Cuatro interpretaciones de la tesis del caso especial | 324 |
| 2.2.1. TCE1. El positivismo jurídico | 325 |
| 2.2.2. TCE2. Legal Reasoning and Legal Theory de MacCormick | 326 |
| 2.2.3. TCE3. La teoría de Alexy | 328 |
| 2.2.3.1. TCE3 y el positivismo jurídico | 335 |
| 3. Conclusión | 346 |

CAPÍTULO IX: La prueba de los hechos

349

| | |
|--|-----|
| 1. Dos concepciones de la prueba: el cognoscitivismo y la concepción persuasiva | 350 |
| 1.1. Concepción cognoscitivista de la prueba | 350 |
| 1.2. Concepción persuasiva de la prueba | 351 |
| 1.3. Las relaciones verdad-prueba | 352 |
| 2. La prueba judicial como prueba prevalentemente inductiva | 354 |
| 2.1. Prueba deductiva y prueba inductiva | 354 |
| 2.2. La valoración de la prueba | 361 |
| 3. Algunas construcciones doctrinales y jurisprudenciales. Consideraciones críticas | 370 |
| 3.1. La distinción prueba directa/prueba indirecta | 370 |
| 3.2. Los requisitos de la prueba indirecta o indiciaria | 375 |
| 4. El carácter institucionalizado de la prueba judicial | 380 |
| 5. La motivación de la prueba | 392 |
| 5.1. La necesidad de motivación de la prueba | 392 |
| 5.2. En qué consiste la motivación. Relaciones entre justificación y descubrimiento | 397 |
| 5.3. El estilo de la motivación | 400 |
| 5.4. Resumen: reglas sobre la motivación | 404 |

| | |
|--------------------|-----|
| BIBLIOGRAFÍA | 407 |
|--------------------|-----|

NOTA PRELIMINAR

Los estudios que se recogen en este volumen se ocupan de la actividad fundamental de los juristas: la argumentación jurídica. Desde este punto de vista, puede parecer sorprendente que el ejercicio de esta actividad y la reflexión sobre ella no sean objeto de mayor atención por parte de los métodos de enseñanza del Derecho y de los planes de estudio de las Facultades de Jurisprudencia. Al menos en las Facultades de Derecho de la Universidad de Castilla la Mancha en Albacete y Toledo (España), donde respectivamente cada uno de nosotros viene desarrollando su labor investigadora y docente, el estudio de la argumentación jurídica se ofrece como una asignatura optativa adscrita al área de conocimiento de filosofía del Derecho. En este sentido, la filosofía jurídica asume la función de estimular las capacidades argumentativas de los estudiantes (muchas veces embotadas por un sistema docente que las condena al letargo), y de promover una reflexión teórica sobre el razonamiento jurídico que el estudiante difícilmente volverá a afrontar una vez abandone la Universidad.

Estas consideraciones académicas vienen a abundar en la explicación de algo tan obvio en realidad, como que la teoría de la argumentación jurídica se someterá aquí a ciertos presupuestos y usos propios de la filosofía jurídica (siempre algo particulares en relación con los de la dogmática). Sin embargo, esta restricción pierde en realidad buena parte de su rigor cuando, una vez ubicados en los dominios de la iusfilosofía, constatamos la actual tendencia a la difuminación de las fronteras tradicionales entre las disciplinas y la creciente dificultad para desarrollar, por decirlo con Nino, un *discurso insular*. Lógica, filosofía de la ciencia, filosofía moral, filosofía política, teoría del Derecho e incluso dogmática (singularmente la constitucional), son disciplinas que contribuyen de un modo u otro al desarrollo de la teoría de la argumentación. En suma, la teoría de la argumentación jurídica se ciñe a las exigencias metodológicas de la reflexión iusfilosófica, pero una vez en ella, se expande a otra serie de saberes conexos.

Al lector le bastará con recorrer el índice de este libro para comprobar las múltiples dimensiones que confluyen en el estudio del razonamiento jurídico: los dos primeros capítulos pretenden situar la teoría de la argumentación en dos contextos diversos: el jurídico-político (cap I), en el que muestra su trascendencia política en el diseño institucional del Estado constitucional, y el contexto teórico (cap. II), en el que esta disciplina ha debido afrontar el problema de la racionalidad como el resto de las ciencias sociales. A estas cuestiones (de metateoría de la argumentación jurídica en realidad) le sigue un capítulo sobre la interpretación del Derecho (cap. III), como paso previo que permite delimitar muchos de los problemas que surgen en el razonamiento jurídico (cap. IV) y que exigen soluciones por parte de los juristas (cap. V). Los llamados (por oposición a las reglas) *principios*, y particularmente los constitucionales que

contemplan derechos fundamentales, han servido para poner de relieve las relaciones entre argumentación jurídica, argumentación moral y Derecho (cap. VI), como una de las particularidades que exhibe la jurisprudencia constitucional de países como Alemania o España (cap. VII). El análisis de las relaciones entre argumentación jurídica y argumentación moral (cap. VIII), especialmente en el ámbito constitucional, ha cuestionado una vez más la tajante separación kelseniana del Derecho de la esfera de los valores a la que se le suponía enteramente ajeno. Finalmente, el volumen no podía concluir sin tratar una cuestión que ha experimentado un gran auge en los últimos tiempos: el estudio de los hechos en las decisiones judiciales (cap. IX).

Para nosotros representa un honor poder compartir con la comunidad jurídica peruana nuestras inquietudes teóricas y nos sentimos en deuda con quienes nos han brindado esta feliz oportunidad: Palestra Editores y, muy singularmente, el Lic. D. Pedro Grández.

LOS AUTORES

Capítulo I

EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ESTADO DE DERECHO

SUMARIO: 1. El Poder Judicial en el Estado legislativo de derecho. 2. El Poder Judicial en el Estado constitucional de derecho. 3. El garantismo (y el redimensionamiento de la función judicial): 3.1 Garantismo: en especial, el garantismo penal. 3.2 La teoría general del garantismo como teoría del Estado constitucional. 4. El debilitamiento del principio de legalidad en relación con los jueces. La importancia de la argumentación en el ejercicio de la función judicial.



1. EL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO LEGISLATIVO DE DERECHO

El Estado de derecho es una *ideología* jurídica, pues no es consustancial al concepto de Estado ser “de derecho”. Estado de derecho es aquél en el que *el poder actúa conforme a Derecho, o a la ley en sentido amplio, a normas jurídicas preconstituidas*, y responde a la idea de gobierno *sub leges y per leges*: el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres. Se obedece —dice WEBER— “no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual

establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer”¹.

Históricamente, en Europa el Estado de derecho es la forma de Estado que nace de la Revolución Francesa, cuyo objetivo había sido garantizar la libertad y la igualdad de los ciudadanos y acabar con los privilegios del clero y de la nobleza. Este programa se lleva a cabo mediante el reconocimiento de un catálogo de derechos y libertades de los ciudadanos, las *Declaraciones de derechos*, y mediante una determinada forma de organizar el Estado: *separación de poderes* y *sumisión del poder a derecho* para la garantía de los derechos. Ahora bien, una serie de motivos políticos (entre los que jugó un papel importante la existencia de monarquías), unido a la ideología “legalista” que concebía a la ley como norma esencialmente justa, impidieron que en Europa se desarrollara la idea de Constitución como norma jurídica vinculante para todos los poderes y de separación de poderes como principio para limitar el potencial abuso de cualquiera de ellos. La sumisión del poder a derecho (el Estado de derecho) se construye sobre la concepción unitaria de la soberanía como poder *legibus solutus*, de manera que la ley, expresión de esa soberanía, queda al margen de cualquier límite o control. Pero además, la ley que entroniza el Estado de derecho no es cualquier ley sino una norma caracterizada por la generalidad y la abstracción, rasgos formales que garantizan su justicia y que postulan, por tanto, el sometimiento a ella². Por

-
1. WEBER, M., *Economía y Sociedad*, ed. de J. Winckelmann, trad. de J. Medina Echevarría y otros, FCE, 10.^a reimp., Madrid, 1993, p. 707.
 2. Este es un aspecto que está muy presente en ROUSSEAU, quien entiende que la generalidad y la abstracción son características de la ley, lo que, unido a la generalidad de la voluntad legislatadora, le conduce a proclamar que la ley no puede ser injusta, “puesto que nadie es injusto consigo mismo”, vid. *Contrato*

ello el Estado de derecho se configura como Estado legislativo, y más que de principio de legalidad en sentido amplio, cabe hablar de *imperio de la ley en sentido estricto*: de un lado, las Constituciones terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales sólo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que la ley les diera, de manera que no constituían un límite a la legislación³; de otro, el consagrado principio de separación de poderes no supuso la articulación de un sistema de frenos y contrapesos recíprocos, sino simple y llanamente la subordinación al legislativo de los otros poderes. En suma, el Estado de derecho se desarrolla en Europa como *Estado legislativo* de derecho, y significa (sólo) la sumisión de la Administración y del Juez a la ley, que, por cuanto norma general y abstracta y expresión de la voluntad general, es también garantía de justicia.

La *sumisión de la Administración a la ley*, en efecto, se establece en términos de subordinación: la Administración sólo

Social, en *Escritos de Combate*, ed. de S. Masó, Madrid, Alfaguara, 1979, Libro II, cap. IV, pp. 431 y ss. Pero es un aspecto que se repite en todas las caracterizaciones del Estado de derecho. Así, DUGUIT, L., afirma que “la ley puede ser mala, todo lo injusta que se quiera, pero su redacción general (...) reduce al mínimo ese peligro”, *Traité du droit constitutionnel*, Vol. II, París, Fontemoing, 1923, p. 145. SCHMITT, C., en el mismo sentido, insiste en que la generalidad fija un límite al poder absoluto del legislador, *Teoría de la Constitución* (1928), trad. de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982, p. 150.

3. Ni siquiera en la revolucionaria *Declaración* de 1789 se llegó a concebir un auténtico principio de constitucionalidad; precisamente, como indica FIORAVANTI, M., porque para la mentalidad rousseauniana de sus redactores “el legislador no puede lesionar los derechos individuales porque es necesariamente justo”, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones* (1995), trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996, p. 73.

puede actuar previa habilitación legislativa, lo que significa que para ella rige el principio "*todo lo que no está permitido está prohibido*". Aunque esa sumisión sólo se conseguirá plenamente con el establecimiento de un control judicial sobre los actos administrativos (la jurisdicción contencioso-administrativa), auténtico hito frente a las prerrogativas del ejecutivo conservadas como el último reducto del absolutismo monárquico⁴.

La *vinculación del Juez a la ley*, por su parte, también se postula en términos de subordinación: frente al legislador, que posee una legitimidad política o "de origen", los jueces tan sólo tienen una legitimidad "técnica" o "de oficio"; es decir que su actuación será aceptable en la medida en que pueda verse como la exacta aplicación de la ley. El recurso de casación, inicialmente concebido para evitar el peligro de manipulación judicial de la ley a través de su interpretación, constituye una prueba clara de este esfuerzo por garantizar la primacía del legislativo sobre el juez.

Estrechamente conectada con la vinculación a la ley —o más aún, instrumental de la misma— se postula la *independencia judicial*, principio con el que se pretende garantizar que los jueces puedan actuar libremente, sin injerencias ajenas; particularmente de otros poderes del Estado. Por eso, la independencia judicial se cifra, sobre todo, en la *libertad interpretativa* de los jueces: la interpretación de la ley no puede estar influida por instancias externas al propio juzgador. Pero, además, para que el juez sea verdaderamente independiente suelen establecerse una serie de garantías. Se trata de *garantías orgánicas de la indepen-*

4. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo* (1974), 3.^a ed., Civitas, Madrid, 1989.

dencia: un estatuto especial para los jueces, el gobierno del Poder Judicial separado de la política, sistemas de recusación y apartamiento de jueces, retribuciones adecuadas, prohibición de militancia política y sindical, medidas para evitar la vuelta inmediata de los políticos-jueces a la función judicial, etc.

En realidad, independencia del juez y vinculación a la ley son el anverso y el reverso de una misma moneda, pues si la vinculación a la ley requiere que los jueces sean independientes, también es claro que la mayor independencia se cifra en la exacta aplicación de la ley. Por eso puede decirse que los principios de vinculación a la ley e independencia judicial postulan el ejercicio de la función de juzgar conforme a parámetros jurídicos preconstituidos, o si se quiere, la ausencia de razones extrajurídicas (políticas, ideológicas, etc.) como fundamento de sus decisiones.

Vinculación a la ley e independencia judicial configuran, pues, la base teórica del *modelo de juez* que le es propio al Estado de derecho. Se trata de un juez neutral, sin ideología, aséptico, apolítico. Es "la boca que pronuncia las palabras de la ley", en la célebre descripción de MONTESQUIEU. Un juez sin sentimientos y sin pasiones cuyo objetivo fundamental es garantizar la legalidad. Por lo demás, la vinculación del juez a la ley, aparte de ser una exigencia del modelo de legitimidad, garantiza ciertos valores que se consideran irrenunciables: la certeza o previsibilidad de las decisiones jurídicas, la igualdad en la aplicación de la ley y la uniformidad jurisprudencial.

Una cuestión central que cabe plantear es si la independencia judicial constitucionalmente prevista exige reconocer la absoluta libertad interpretativa de los jueces o si, por el contrario, pese a reconocer esa independencia, la Constitución exige (también) el establecimiento de mecanismos uniformadores de

jurisprudencia para que no se debiliten los valores de la *certeza o previsibilidad* de las decisiones jurídicas y de la *igualdad* en la aplicación de la ley; valores que, como se ha dicho, se pretenden garantizar también a través de la vinculación del juez a la ley.

En los sistemas de Derecho continental suele afirmarse que el establecimiento legal de mecanismos de unificación jurisprudencial no es contrario a la independencia judicial; pero —se argumenta— la ausencia de tales mecanismos tampoco es inconstitucional. En suma, se sostiene que, al reconocer la independencia judicial, la Constitución garantiza la absoluta libertad interpretativa de los jueces y tribunales, salvo los eventuales mecanismos de unificación de jurisprudencia a través de los recursos legalmente previstos.

Por ejemplo, ante la manifiesta desigualdad en la aplicación judicial de la ley (casos sustancialmente idénticos resueltos de modo distinto por diferentes jueces o tribunales), se ha recurrido a veces al Tribunal Constitucional español, a través del amparo por infracción del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley, solicitándole que unificase (o que obligase a unificar) jurisprudencia. El Tribunal se ha negado reiteradamente alegando que la independencia judicial reconocida por la Constitución impide cercenar la libertad interpretativa de jueces y tribunales. Y que, por eso, a salvo de los eventuales mecanismos de unificación de jurisprudencia legalmente previstos, como el recurso de casación, nada puede hacerse.

La misma posición mantiene un importante sector de la ciencia del Derecho público, que insiste en que la independencia judicial supone absoluta libertad interpretativa.

2. EL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Aunque lo que haya de entenderse por *Estado Constitucional* parece una cuestión abierta o, en todo caso, sometida a debate, podría decirse, de una forma genérica y puramente aproximativa, que constitucionales son aquellos sistemas donde, junto a la ley, existe una Constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene, por ello, carácter *normativo*: la Constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento; y además, por cuanto procedente de un poder con legitimidad "cualificada" (el poder constituyente) es la norma "más alta", por lo que también la ley queda sometida a la Constitución, que se convierte así en su parámetro de validez. En otras palabras, como consecuencia de la "fundamentalidad" de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional postula la *supremacía política* de la Constitución y, derivadamente, su *supremacía jurídica o supralegalidad*. Precisamente resaltando esta nota de supralegalidad suele decirse que el Estado constitucional es un estadio más de la idea de Estado de derecho; o mejor, su culminación⁵: si el *Estado legislativo de derecho* había supuesto la sumisión de la Administración y del Juez al Derecho, y en particular a la ley, el *Estado constitucional de derecho* supone que también el legislador viene sometido a derecho, en

5. Así, por ejemplo, GARCÍA PELAYO, M., "Estado legal y Estado constitucional de derecho", en *Obras Completas*, III, CEC, Madrid, 1991, p. 3029.

este caso a la Constitución. Podría decirse, pues, que el Estado constitucional de derecho incorpora, *junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad*.

Históricamente, el Estado constitucional de derecho es la forma política que cuajó en el *constitucionalismo americano*, que a diferencia del europeo, que no superó el “imperio de la Ley” y donde, por tanto, las Constituciones fueron simples cartas políticas, asumió desde el principio el valor normativo de la Constitución⁶. En el resto de los países, la construcción del Estado Constitucional es obra más reciente. Justamente la nota de limitación al poder y garantía de los derechos que define el constitucionalismo es lo que explica que, con independencia de las variables experiencias históricas de cada país, la construcción del Estado Constitucional en el último siglo esté muy ligada al *intento de romper con regímenes políticos de corte autoritario y refundar la organización política* sobre un nuevo modelo de legitimidad. Este es el móvil que anima el impulso constituyente en Europa, pues en la factura de la Constitución italiana (1947) y de la Ley Fundamental de Bonn (1949) jugaron un papel no desdeñable, consideraciones puramente empíricas: la experiencia nazi y fascista, donde en nombre de la legalidad vigente se habían producido los crímenes más execrables, aconsejaba adoptar catálogos (constitucionales) de derechos que se impusieran a cualquier política. Y ese mismo afán de refundación política y ruptura con un pasado autoritario está también presente en los posteriores procesos constituyentes de Grecia (1975), Portugal

6. Vid., a título de ejemplo, FIORAVANTI, M., quien señala cómo esta tradición constitucional no nace de las declaraciones de derechos de la Revolución Francesa, sino que proviene de la revolución americana y de la experiencia histórica estadounidense, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, cit. p. 77.

(1976) y España (1978). La oleada constituyente se extenderá en los ochenta a muchos países de América Latina en un intento (también) por reconstruir su organización política tras experiencias de dictaduras militares o guerras civiles; y más recientemente a los antiguos países socialistas. Es más, puede decirse que el paradigma del Estado constitucional, por cuanto supone el establecimiento de vínculos políticos al poder, tiende a implantarse incluso en el ámbito internacional mediante la suscripción de documentos normativos supranacionales (así, la Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948) y la creación de Tribunales de Justicia llamados a garantizar su eficacia.

Uno de los rasgos que mejor definen el Estado constitucional de derecho es la *orientación del Estado a la protección de los derechos* al margen (o incluso por encima) de la ley: ya no eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino eficacia de los derechos *en la medida y en los términos establecidos en la Constitución*. Ahora bien, el reconocimiento constitucional de derechos se efectúa por lo general en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentes las dudas sobre el alcance y contenido de los derechos en los distintos supuestos en los que pueden tener incidencia. A quién corresponde decidir cuál sea ese alcance o contenido es justamente la cuestión polémica. Cabría sostener que el *principio democrático* exige atribuir este fundamental papel al legislador; pero es también evidente que el propio *carácter supramayoritario* o suprallegal de los derechos hace que al final sean los jueces (constitucionales u ordinarios) quienes, por cuanto llamados a hacer valer la Constitución, terminan ejerciendo esa función. Por ello, el carácter normativo de la Constitución, más allá de la simple posibilidad de enjuiciamiento normativo de la ley, comporta cambios muy profundos en la manera de

concebir el Derecho y las propias instituciones jurídicas. En particular, comporta *cambios profundos en la manera de concebir las relaciones entre legislación y jurisdicción*: el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez a Derecho pero sobre todo a la ley, ha pasado a entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales pero no a la ley, lo que resulta polémico desde el punto de vista del principio democrático.

Aun a riesgo de simplificar, puede decirse que las causas de este cambio son las siguientes.

1.º *Los jueces pueden (y deben) hacer valer la Constitución en detrimento de la ley.*

En el Estado Constitucional el juez está vinculado a la ley pero también a la Constitución. Esa doble vinculación del juez (a la ley y a la Constitución) significa que éste sólo está obligado a aplicar leyes constitucionales, de manera que debe hacer un previo juicio de constitucionalidad de la ley. Si entiende que la ley es constitucional (porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la Constitución), entonces debe aplicarla. Pero si la ley no resulta constitucional (porque no cabe hacer de ella ninguna interpretación constitucionalmente adecuada), entonces no está vinculado a ella⁷. En este segundo supuesto, los jueces, en los sistemas de *judicial review*, “desplazan” la ley y resuelven el caso aplicando directamente la Constitución; en los sistemas de control concentrado, los jueces no pueden desplazar la ley sino que vienen obligados a plantear la “cuestión” al Tribunal Constitucional, que es el único órgano llamado a pronunciarse

7. Sobre el principio de *interpretación conforme* vid. tema 7.

sobre la constitucionalidad de la ley. En ambos casos se relanza el papel del juez en relación con la ley: en el primero (*judicial review*) porque se reconoce directamente la facultad del juez para inaplicar las leyes inconstitucionales; en el segundo (control concentrado) porque, a pesar de no reconocerse dicha facultad, bajo el argumento de que se está haciendo una interpretación de la ley conforme a la Constitución es posible que al final el juez “esquive” la ley; o sea, es posible que el juez aplique la Constitución (o el entendimiento que tiene de la misma) en detrimento de la ley. De ello nos ocuparemos en los epígrafes III.2.b) y IV de este mismo tema.

2.º *Las propias cartas constitucionales se han convertido en documentos de positivación de la moral*, lo que contribuye a reafirmar el papel del juez en detrimento del legislador.

Las Constituciones, en efecto, consagran una gran cantidad de derechos y principios que son el reflejo de concepciones de la moralidad. Son, por así decirlo, *moral positivada* o, como también se ha dicho, Derecho natural positivado. Además, estos principios y valores constitucionales ni siquiera reflejan una concepción uniforme de la justicia. Son *principios y valores tendencialmente contrastantes*, por lo que la eventual presencia de varios de ellos en un caso concreto (cosa por lo demás muy frecuente) deja al juez sin guía para la acción: se abre un *ancho margen para la discrecionalidad judicial*, pues es el juez quien debe ponderar los principios en juego y decidir razonablemente (o sea, discrecionalmente) cuál de ellos ha de prevalecer en ese caso concreto⁸. En suma, la necesariamente *abierta* interpreta-

8. En general, “se está convirtiendo en un lugar común asumir que la importancia de los principios (...) corre paralela a la progresiva judicialización del derecho”, ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho*, Ariel,

ción de las normas constitucionales, impregnadas de valores de justicia, así como la presencia en la mayoría de los casos de valores y principios constitucionales contrastantes entre sí, parece que conduce inevitablemente a que en la resolución del caso concreto terminen triunfando las opciones valorativas del juez sobre las del legislador. Pero sobre esto también habremos de volver⁹.

Los rasgos propios del Estado constitucional de derecho, y en particular el nuevo papel que el juez asume ahora, se conectan con una cultura jurídica, la *cultura de los derechos frente al poder*, que viene denominándose como *garantismo*.

3. EL GARANTISMO (Y EL REDIMENSIONAMIENTO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL)

3.1. Garantismo: en especial, el garantismo penal

Garantizar significa afianzar, proteger, tutelar algo, y cuando en el contexto jurídico se habla de garantismo ese "algo" que se tutela son derechos subjetivos o bienes individuales. Podría decirse pues, en una primera aproximación, que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal. Estos instrumentos jurídicos son las garantías, esto es, límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de los derechos y minimizar sus amenazas. El garantismo se vincula así al

Barcelona, 1996, p. 19; y en el mismo sentido PRIETO, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992.

9. Vid. también tema 7.

concepto de *Estado de derecho*, en cuanto modelo jurídico encaminado a limitar y evitar la arbitrariedad del poder.

Aunque cabría hablar de distintas clases de garantismo en función del tipo de derechos a cuya protección se orientan las garantías, histórica y culturalmente el garantismo ha surgido como una teoría y una práctica jurídica encaminadas a defender los derechos de libertad. Por ser el poder punitivo del Estado el que más claramente restringe o amenaza la libertad personal, el garantismo liberal se ha desarrollado prevalentemente como garantismo penal. Este ha sido —y sigue siendo— el campo emblemático del garantismo. No en vano, la obra de Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, a la que remite el garantismo en la teoría jurídica actual, lleva por subtítulo “teoría del garantismo penal”¹⁰.

El garantismo penal representa la base de la filosofía liberal que arranca de la Ilustración jurídica y que —comprometida con la defensa de la libertad— expresa la necesidad de minimizar la violencia ejercida por ese “terrible poder” (del que hablaba MONTESQUIEU) que es el poder punitivo del Estado: las garantías (penales y procesales) son justamente las técnicas para hacer efectiva esa exigencia de reducción de la violencia y la potestad punitiva. Las *garantías penales* (desde la taxatividad y materialidad en la descripción de los hechos punibles y la exigencia de lesividad y culpabilidad, hasta la utilidad y humanidad de los castigos) afectan a la configuración legal del delito y tienden a reducir la esfera de lo que el Poder Legislativo puede sancionar (la esfera de los delitos) y la aflictividad de las penas. Las *garan-*

10. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, prólogo de N. Bobbio, Trotta, Madrid, 1995.

tías procesales (desde las netamente procesales de la contradictoriedad, la paridad entre acusación y defensa, la separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad, hasta las orgánicas de la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural), afectan a la comprobación judicial del hecho punible y van encaminadas a reducir al máximo, y al límite anular, los márgenes de arbitrio del juez.

El garantismo penal se vincula pues a una filosofía política que impulsa el proyecto de un “Derecho penal mínimo”, y en esta medida se presenta como la única justificación racional del Derecho penal, como alternativa a las tesis abolicionistas: la intervención punitiva estatal (el Derecho penal) sólo estará justificada si permite, *de facto*, reducir la violencia en la sociedad; pero no sólo la violencia de los delitos (cosa que podría lograrse igualmente con los sistemas policiales desregulados o con la venganza privada), sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos. Pero, nótese: si permite *de facto*. La justificación que proporciona el garantismo es sólo contingente; o sea, condicionada a la efectiva satisfacción de las garantías — penales y procesales— que permiten reducir la violencia punitiva. Y esto es algo que no carece de consecuencias: el garantismo no se presenta sólo como un modelo de legitimación o justificación sino también de deslegitimación o crítica de las instituciones y prácticas jurídicas vigentes.

3.2. La teoría general del garantismo como teoría del Estado constitucional de derecho

En cuanto esquema de protección de bienes y derechos, el garantismo se presta a ser extendido a todo el ámbito de derechos de la persona, y no sólo a los directamente afectados por el

poder punitivo estatal. Por eso, más allá del garantismo penal, cabe hablar de una teoría “general” del garantismo cuyo referente ineludible es la obra mencionada de L. FERRAJOLI, *Derecho y Razón*. En la medida en que las Constituciones positivizan derechos fundamentales y hacen de ellos un vínculo frente al poder estatal, esta teoría general es la teoría del derecho propia del Estado constitucional de derecho; es decir, la que inspira y promueve “la construcción de las paredes maestras del Estado de derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el Derecho penal”¹¹. Por eso el garantismo no es simple legalismo; o si se quiere, no es compatible con la falta de limitación jurídica del Poder Legislativo, pues la mera sujeción del juez a la ley puede convivir con las políticas más autoritarias y antigarantistas.

Sobre las huellas del garantismo penal, FERRAJOLI entiende que la expresión “garantismo” puede ser usada bajo tres acepciones: como doctrina de filosofía política, como modelo de derecho (y de política) y como teoría jurídica¹². Es más, estos tres paradigmas constituyen otras tantas generalizaciones de la filosofía política, el modelo de derecho y la teoría jurídica del garantismo penal.

a) *La filosofía política. El modelo de derecho y de política*

El garantismo se presenta, en primer lugar, como la base de una *filosofía política* que, frente a las concepciones éticas

11. BOBBIO, N., “Prólogo” a *Derecho y Razón*, cit., p. 13.

12. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, cit., cap. XIII, pp. 851 y ss.

absolutas o totales del Estado, exige —parafraseando a LUH-MAN— doctrinas políticas heteropoyéticas, no autorreferenciales: el Estado y el Derecho no son en sí mismos éticamente valiosos, sino que requieren una justificación externa.

Es, en efecto, propia del garantismo la concepción artificial del Estado y del Derecho y natural de los individuos y de sus derechos. Es decir, lo que es “natural”, en cuanto previo y prioritario, son los individuos y sus derechos, necesidades e intereses, mientras que el Estado (y el Derecho) es sólo un artificio, una convención que estará justificada o legitimada en la medida en que se oriente a proteger esos derechos y bienes individuales. Por ello la doctrina de filosofía política del garantismo —la que hace posible un enjuiciamiento externo del Estado y del derecho fundado en los individuos y en la sociedad y no en instancias trascendentes a éstos— es el contractualismo, en cuanto instrumento de tutela de los derechos fundamentales; es decir, la doctrina de la democracia sustancial, que, más allá de establecer *quién* decide, determina *qué* es obligado decidir o qué es lo que ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede decidir. Más exactamente, la doctrina de filosofía política del garantismo es el modelo del contractualismo burgués lockeano y no el rousseauiano de la omnipotencia de la voluntad general, que ha sido el fundamento de la democracia formal o política que resuelve solamente el problema de quién decide. El modelo de legitimación del garantismo es, pues, coincidente con el modelo democrático del Estado constitucional de derecho: el Estado y el derecho se conciben como artificios o instrumentos para la tutela de los derechos (vitales) de los individuos. Por lo demás, ya en sus orígenes ilustrados el garantismo se caracterizó precisamente por ser un esquema político fundado sobre derechos individuales y en el que, por consiguiente, las instituciones políticas y jurídicas se justifican no sólo como “males necesa-

rios”, sino también como instrumentos al servicio de aquellos derechos.

Así pues, frente a algunas teorizaciones de gran predicamento en los últimos tiempos que parecen asumir implícitamente una gran confianza en la bondad del poder o de la anomia, el garantismo arranca de la idea —presente ya en LOCKE y en MONTESQUIEU— de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso¹³ que es preciso neutralizar con el establecimiento de un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos¹⁴. El garantismo se opone así al autoritarismo en política y al decisionismo en derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de legalidad; en definitiva, el gobierno *sub leges* (mera legalidad) y *per leges* (estricta legalidad).

Consecuencia de la filosofía política del garantismo es, en efecto, un cierto *modelo normativo de derecho* basado en el sometimiento a la ley de todos los poderes estatales: el derecho como sistema de garantías. El concepto garantista de orden jurídico es, pues, de nuevo, coincidente con la ideología del Estado de derecho: el Derecho es un sistema de límites y vínculos al poder político (las garantías) para la protección de bienes e in-

13. “La libertad política (...) aparece (...) sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él”, *Del espíritu de las leyes* (1748), trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972, Libro XI, cap. IV, p. 150.

14. Precisamente el carácter potencialmente abusivo del poder es lo que llevó a MONTESQUIEU a configurar el concepto de *límite* como factor esencial para asegurar la tutela de la libertad, y de ahí la necesidad de la “separación de poderes” que habrá de conseguirse a través de un sistema de frenos y contrapesos entre ellos. Vid. BLANCO, R., *El valor de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1994, pp. 67 y ss.

tereses. Cuál sea el concreto modelo garantista de legalidad es algo que dependerá de cada sector del ordenamiento a la vista de los bienes e intereses que deban ser tutelados. Así, junto al garantismo penal, es posible construir también un garantismo administrativo, internacional, civil, laboral, etc. En todo caso, es evidente que el garantismo está siempre abierto a la construcción de sistemas de legalidad para la protección de nuevos y parcialmente distintos derechos constitucionales. En suma, el garantismo, en cuanto teoría general, no impone aún un sistema de legalidad concreto, pero sí un modelo general: el propio del Estado de derecho que concibe a éste como una red de garantías de bienes y derechos; es decir, de un Estado que “positiviza” los derechos vitales del individuo convirtiendo su respeto y realización efectiva en un vínculo al poder político.

Por otra parte, el garantismo exige también una cierta *visión de la política* en general y de la democracia en particular: la acción política es legítima en la medida en que contribuya a garantizar los bienes y valores que, según el modelo normativo vigente, deban ser perseguidos. Muy simplemente, de la misma manera que el Estado debe ser concebido como un instrumento para la garantía de los derechos, también la política ha de ser asumida como un instrumento para la actuación del derecho, y no al contrario. En concreto, con referencia a la democracia, el garantismo exige distinguir entre su *dimensión formal* o principio de la mayoría (el respeto a los principios de la democracia política: “quién” y “cómo” se manda) y su *dimensión sustancial* (la observancia de los derechos fundamentales: “qué” se debe satisfacer —derechos sociales— o preservar —derechos de libertad— más allá de la voluntad de la mayoría). Es esta dimensión sustancial de la democracia el único significado de la misma compatible con el garantismo. Y ello porque la democracia “formal” o “política”, es decir, la que se identifica con la

regla de la mayoría, constituye una amenaza para el garantismo, pues la falta de vínculos y límites jurídicos a la mayoría entraña siempre un riesgo de sacrificio de los derechos e intereses sustanciales de los ciudadanos como individuos. La lucha por el garantismo —como afirma BOBBIO— ha sido siempre una lucha de la minoría.

b) La teoría jurídica. El modelo de juez y de jurista

El garantismo no sólo constituye la base de una *filosofía política* (o de legitimación/deslegitimación externa o moral), sino que, en la medida en que las Constituciones vigentes positivizan los derechos o garantías, constituye también la base de una *teoría jurídica crítica* (o de legitimación/deslegitimación interna o jurídica).

En línea de principio, la actuación judicial en el modelo garantista está regida por el principio de legalidad. La propia concepción garantista del Derecho así lo exige: el poder jurisdiccional sólo puede funcionar como garantía de los derechos a condición de ser un poder “en cierto modo nulo”, para lo cual es necesaria una formulación de la ley que reduzca al mínimo las facultades potestativas del juez. El principio de *estricta legalidad*, una de cuyas tesis básicas es el uso de un lenguaje normativo riguroso (porque todos los términos empleados estén definidos) y factual (porque emplee sólo términos referenciales y no valorativos), traduce esta exigencia. Sin embargo, paradójicamente, el propio garantismo termina atribuyendo al juez un gran poder dispositivo. Y ello como consecuencia de los rasgos definitorios del Estado constitucional.

A diferencia del Estado de derecho legislativo, en el Estado constitucional de derecho la Constitución incorpora límites y vínculos a la producción jurídica que son de dos tipos: por un

lado, los que condicionan la legitimidad formal de las normas y actos de poder, indicando los órganos con competencia normativa y los procedimientos para su ejercicio; por otro, los que condicionan su legitimidad sustancial, estableciendo el modelo axiológico (el catálogo de derechos y valores de justicia) que debe informar la legislación. Esto significa que las normas jurídicas, y particularmente las leyes, ya no sólo deberán respetar los requisitos formales que condicionan su "vigencia", sino que habrán de ser también congruentes con los principios y valores constitucionales que son morales y jurídicos a un tiempo y que condicionan su "validez"¹⁵. El corolario de todo ello resulta claro: una ley vigente o eficaz no es, sólo por eso, válida. En consecuencia, la presunción de regularidad que hay que atribuir a los actos del poder (a la ley vigente) por obvias razones de certeza y funcionalidad no puede entenderse como absoluta, sino sólo como relativa y, por tanto, cede ante un juicio contrario de invalidez.

De lo anterior se desprenden importantísimas consecuencias para el modelo de juez y de jurista: el garantismo reclama de ambos el desempeño de una función crítica y valorativa en relación con la ley a fin de evitar su eficacia precaria en el ordenamiento. En otras palabras, en contraste con un malentendido positivismo legalista y —en los ordenamientos democráticos— con la concepción jacobina y puramente política de la democracia, que alientan actitudes dogmáticas y contemplativas frente al derecho vigente, la perspectiva garantista "invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones"¹⁶.

15. PRIETO, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997, pp. 49-50.

16. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, cit. p. 853.

“Cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez, no existe ni siquiera para los jueces —incluso aún menos para los jueces— una obligación jurídica de aplicarlas (...). Ni siquiera es relevante que (la ley) no haya sido nunca sospechosa de invalidez, ni que haya sido declarada válida en ocasiones anteriores: la invalidez, en efecto, no está sujeta a prescripción, sino que puede ser alegada y declarada en cualquier momento (...). Es bien cierto que la invalidez de una ley debe ser reconocida y declarada por una autoridad (...) en nuestro ordenamiento el Tribunal Constitucional. Esto equivale a una presunción de validez que, por obvias razones de certeza (...) asiste a cada ley vigente, permitiendo que sea aplicada válidamente; pero esta presunción es sólo relativa y basta, para superarla, la valoración crítica del juez mismo que, en vez de aplicarla, objeta su invalidez.”¹⁷.

En efecto, la juridificación de una ética que se erige en criterio de validez reclama del juez una actitud crítica hacia la ley: crítica de la ley vigente o eficaz pero inválida (por ejemplo, porque contradice un principio de justicia material consagrado en la Constitución); y crítica del derecho inefectivo pero válido (por ejemplo, porque el legislador no ha puesto en marcha las medidas necesarias para la realización efectiva de los derechos sociales). Corresponde al juez, en suma, denunciar las irreductibles antinomias entre ley y Constitución, promoviendo su anulación, y denunciar las lagunas, promoviendo su integración.

Ahora bien, es evidente que, tanto en un caso como en otro, se está confiriendo al juez un gran poder dispositivo (el poder de censura de las leyes) que contradice la lógica garantista de estricta sumisión a la ley: se trasmuta el *principio de legalidad*, tal y como ha sido tradicionalmente entendido por el

17. FERRAJOLI, L., *Ob. cit.*, p. 873.

positivismo europeo (vinculación del juez al derecho pero sobre todo a la ley), en *principio de constitucionalidad* (vinculación del juez a los derechos y a la justicia consagrados en la Constitución y sólo ulteriormente a la ley). Pero en la perspectiva garantista ello es consecuencia aporética de la positivación del *deber ser* de las normas, o sea de la constitucionalización de los derechos; aunque, desde luego, es también consecuencia de una mala legislación, pues una legislación adecuada (precisa y unívoca, sin antinomias ni lagunas) estrecha los márgenes de discrecionalidad judicial y evita el ejercicio de un poder de disposición por parte del juez.

Con todo, lo realmente grave para el garantismo no son las deficiencias e insuficiencias de la ley (vaguedad, ambigüedad, antinomias, lagunas), sino un cierto escepticismo sobre las posibilidades de superarlas. Un injustificable e inaceptable escepticismo que, presente en muchas de las actuales teorizaciones de la descodificación, desregulación y deslegalización, y apoyado en una suerte de falacia naturalista o determinista, entiende que “nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo”. En fin, una crisis de la razón jurídica que “se proyecta en la función judicial minando su legitimidad en la misma medida en que parece aumentar, precariamente, su poder discrecional y su carácter central”¹⁸.

Es contra este escepticismo contra lo que el garantismo se revela, argumentando que “nada hay de necesario en la ineficacia de los derechos y en la violación sistemática de las reglas por parte de los titulares de los poderes públicos” y haciendo una llamada a la confianza en la razón jurídica, a esa *artificial reason* que erigió el paradigma teórico del Estado de derecho,

18. *Ibíd.*, p. 920.

si es que no se quiere abdicar de la certeza y de la protección de los derechos. Precisamente por ello el proyecto garantista lanza un reto a la razón jurídica: la construcción de una nueva ciencia de la legislación que relance el papel de la ley y reinstaure una legalidad garantista.

El garantismo constituye, en suma, una completa filosofía jurídica comprometida con la defensa de los derechos: los sistemas jurídicos y las instituciones, en general, no son frutos naturales dotados de alguna justificación autónoma, sino artificios humanos al servicio de fines más o menos valiosos: los derechos. Precisamente por ello, el garantismo propone un ambicioso modelo llamado a culminar el proyecto emancipador que arranca de la Ilustración; pero un modelo que, al estar ya anunciado en la Constitución, compromete no sólo al legislador, sino también al juez y al jurista. En esto último reside la aportación fundamental del garantismo. Su propuesta de jurista (de jurista teórico pero también de juez) es conceptualmente positivista pero funcionalmente iusnaturalista. Es positivista porque circunscribe su actuación a los confines del Derecho positivo. Pero, salvando las evidentes distancias, cabe decir que es iusnaturalista o que tiene una dimensión "filosófica" porque desempeña una función crítica.

4. EL DEBILITAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN RELACIÓN CON LOS JUECES. LA IMPORTANCIA DE LA ARGUMENTACIÓN EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

El garantismo pone de manifiesto que el debilitamiento del principio de legalidad en relación con los jueces es en muchos casos consecuencia de una *mala legislación* o sencillamente

consecuencia lógica del *principio de constitucionalidad*, que obliga a los jueces a tener presentes las exigencias de la Constitución en presencia de los casos concretos.

Lo primero porque la insuficiencia de la ley o su deficiente formación (omisiones, contradicciones, redundancias, indeterminación, ambigüedad, etc.) ha producido en la práctica un redimensionamiento de las tradicionales funciones del juez, que se ve compelido a llenar, con y desde la Constitución, los márgenes de indeterminación que la ley deja.

Lo segundo porque si es cierto que el juez está sometido a la ley (principio de legalidad), también lo es que está sometido a la Constitución (principio de constitucionalidad), y ello significa que debe hacer una *aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto*; es decir, debe considerar, junto a las razones de la ley, las razones de la Constitución. Pero sucede que las normas constitucionales suelen tener carácter abierto y sobre todo están impregnadas, más que las leyes, de valoraciones morales, de manera que este juicio ponderativo de razones —el juicio de constitucionalidad al que el juez somete a la ley en la resolución de un caso— es (o puede ser) notablemente discrecional; no en vano se habla de juicio de “razonabilidad” para referirse al él. En suma, cuando en la resolución de casos se proyectan normas constitucionales, el intérprete desempeña una actividad mediadora más intensa que cuando de aplicar simplemente leyes se trata.

Por una razón o por otra, lo cierto es que el juez del Estado constitucional está dotado de un enorme poder. Es verdad que se trata de un poder soportable, porque el tipo de control que ejerce es “incidental” y porque en muchos ordenamientos coexiste con un tribunal constitucional cuya composición suele estar fuertemente determinada por el Poder Legislativo. Pero también es cierto que se trata de un poder más *eficaz* que el del

Juez constitucional, porque es más eficaz y de mayor calado la labor callada y difusa del día a día de los tribunales de justicia.

Con todo, ese *redimensionamiento de la función judicial* no enerva necesariamente el principio de legalidad en relación con los jueces. Tan sólo pone de manifiesto la incidencia que tienen en la actuación del juez las condiciones en que éste debe operar en el marco del Estado constitucional; y en este sentido sigue aún pendiente una reflexión seria sobre el papel institucional de ese poder ante las nuevas funciones que se ha visto obligado a asumir.

No sólo no se ha reflexionado seriamente, sino que las reacciones han sido, por lo común, de descalificación pura y simple para reafirmar el principio democrático. Lo que muchas veces tiene lugar, por cierto, desde una forma de "politicismo" hipertrofiado; como si el control jurisdiccional no fuese una condición de la democracia; y como si muchas de las aperturas decisionistas de los jueces no estuviesen propiciadas por una mala legislación.

Sin embargo, sí cabría hablar de un auténtico abandono del principio de legalidad en relación con el juez cuando se pretende dar carta de naturaleza a la transformación de la magistratura en sujeto político. Intentos de este tipo, que constituyen una variante del realismo jurídico, tal vez puedan verse en los *Critical Legal Studies*, en el ámbito estadounidense, en el *Movimiento de Derecho Alternativo*, en el ámbito sudamericano y en el *Uso Alternativo del Derecho*, en el ámbito europeo. Y, sin llegar a una propuesta de anulación del legislador a favor del juez, ZAGREBELSKY ofrece en *El derecho dúctil* una construcción teórica a partir de las Constituciones de principios que resulta, sin duda, seria y sugestiva, pero que también puede servir de base a la justificación de soluciones judicialistas que rozan,

si no sobrepasan, los límites del principio de legalidad¹⁹. Con unos u otros matices, puede decirse que lo que une a todas estas corrientes es la idea de que: 1.º) dado que las Constituciones del pluralismo juridifican una gran variedad de valores materiales de justicia contrastantes entre sí, y 2.º) dado que la ley, manifestación de la lucha política que se desarrolla en el sistema, muchas veces se corresponde más con pactos de intereses que con objetivos racionales de regulación, 3.º) resulta que son los jueces (los constitucionales pero también los ordinarios), hombres prudentes capaces de mitigar en el caso concreto los posibles excesos de la ley, quienes se convierten en guardianes del contenido de justicia material de la Constitución, frente a las posibles veleidades partidistas del legislador. En pocas palabras, el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que la solución aportada para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional; de no ser así puede "sortearla":

"Las exigencias de los casos —dice G. ZAGREBELSKY— cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida"²⁰.

No cabe duda que un cierto incremento del activismo judicial puede estar justificado incluso en los sistemas jurídicos de tradición continental; es más, resulta indispensable si se quiere realizar de modo efectivo el principio de constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales frente al legislador, esto es, al margen y por encima de la decisión parlamentaria. Pero

19. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.

20. ZAGREBELSKY, G., *Ob. cit.*, p.134).

tampoco cabe duda que ese activismo puede desembocar en un modelo decisionista cuyos riesgos son evidentes. Entre otros que si la ley ya no merece confianza por representar tan sólo la victoria circunstancial de intereses de grupo, ¿qué es lo que induce a confiar en la actuación de unos jueces guiada por categorías constitucionales de justicia? También los criterios por los que los jueces escogen unas u otras categorías de justicia son (o pueden ser) "interesados": la supuesta inconstitucionalidad de la ley argüida por el juez puede ser un simple subterfugio para justificar su elusión cuando ésta no ofrece la solución al caso que él estima satisfactoria. Por lo demás, el decisionismo judicial supone una "huida hacia adelante" que termina por arruinar el edificio democrático en el que descansa el imperio de la ley, pero sin proponer otro mejor. No importa reiterar que en el Estado constitucional es la Constitución, y no la ley, la norma que representa la expresión más directa de la soberanía popular y, por tanto, la validez de la ley viene ahora sometida a un derecho más alto. Pero dentro de los márgenes diseñados por la Constitución, la ley, por cuanto expresión normativa de la lucha política que se desarrolla en democracia, ocupa un lugar principal en el sistema que no puede serle arrebatado por decisiones políticas de ningún otro signo o condición; mucho menos, porque esto sería peligrosamente ideológico, si tales decisiones se camuflan bajo el áureo manto de unos jueces que realizan la Constitución en la resolución de los casos concretos. No será necesario glosar aquí los peligros que encierra para la democracia un abierto activismo judicial. Baste recordar el trágico pero significativo episodio que la Alemania de Weimar representó en la historia constitucional europea.

Precisamente la toma de conciencia del papel central que los jueces vienen llamados a desempeñar en los sistemas regidos por el principio de constitucionalidad, pero también la

conciencia del riesgo antidemocrático a que puede conducir un activismo judicial desbocado, tal vez explique la gran atención que en las últimas décadas se viene prestando a los procesos argumentativos judiciales. Y es que si es consustancial al constitucionalismo la centralidad de un Poder Judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, entonces parece necesario esmerar la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial. Este último es un aspecto particularmente importante. Si el juez ya no es la "boca que pronuncia las palabras de la ley" sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario. La presencia de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporciona inmunidad al juez; antes, al contrario, representa un reto para la conformación de controles jurídicos que se ejercerán sobre el proceso argumentativo que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo¹⁹. Este es el sentido de las teorías de la argumentación.

21. Vid. PRIETO, L., "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 1991; y AÑÓN, M.J., "Notas sobre discrecionalidad y legitimación", *Doxa*, 15-16, 1994, Vol. II.

Capítulo II

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

SUMARIO: 1. La actualidad de la necesidad de justificación. 2. Una definición provisional de "teoría de la argumentación jurídica" (TAJ). 2.1 La TAJ es teoría. 2.2 El objeto de TAJ es la argumentación. 2.3 La argumentación que estudia la TAJ es la argumentación jurídica. 3. La utilidad de la TAJ. 3.1 La utilidad del aspecto descriptivo de la TAJ. 3.2 La utilidad del aspecto prescriptivo de la TAJ. 4. Racionalidad y Derecho. 4.1. El problema de las ciencias sociales. 4.2 "Derecho racional" y "razón jurídica". 4.2.1 "Derecho racional". 4.2.2 "Razón jurídica". 4.3 Cuatro modelos básicos. 4.3.1 Modelo fuerte-fuerte. 4.3.2 Modelo fuerte-débil. 4.3.3 Modelo débil-débil. 4.3.4 Modelo débil-fuerte. 5. La TAJ en los años cincuenta. 5.1 La teoría del logos de lo razonable. 5.2 La tópicos de VIEHWEG. 5.3 La nueva retórica de PERELMAN.



1. LA NECESIDAD DE JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO

La ley es igual para todos y el Derecho está a disposición de todos para invocarlo ante los Tribunales, pero entonces ¿por qué hay buenos y malos abogados, jueces o fiscales? ¿qué marca la diferencia entre un buen jurista y otro que no lo es? La diferencia reside en su capacidad para argumentar, es decir, su habilidad para ofrecer buenas razones a favor o en contra de una *forma* de aplicar el Derecho. Es natural, pues, que los juristas hayan tratado de comprender cómo argumen-

tan y cómo deberían hacerlo. La disciplina que se ocupa de esclarecer estas cuestiones es la teoría de la argumentación jurídica.

Como veremos, ha habido muchas teorías de la argumentación. Algunos de sus cultores (formalistas) han afirmado que las decisiones jurídicas son fríos silogismos; los realistas han replicado que el razonamiento jurídico nada tiene que ver con la lógica, sino más bien con la ideología, las emociones y las corazonadas; otros han rescatado de la antigüedad clásica la retórica y la tópica para concebir el razonamiento jurídico como una simple técnica de persuasión o de invención a partir de lugares comunes; según las corrientes críticas, el Derecho representa una cobertura ideológica al servicio de las clases dominantes, lo cual justificaría prácticas correctivas por parte de los jueces en forma de activismo judicial (uso alternativo del Derecho de los sesenta-setenta) o de una interpretación del Derecho que optimice sus posibilidades morales de acuerdo con la Constitución (el garantismo de los ochenta-noventa). También hay quien ha visto tras el Derecho y su aplicación una voluntad divina (iusnaturalismo) o alguna forma de orden moral objetivo (DWORKIN), sin olvidar que no hace mucho incluso el influyente filósofo Jürgen HABERMAS se ha pronunciado sobre estas cuestiones en su personal incursión iusfilosófica *Facticidad y validez*¹.

En este universo de ideas aparecen en 1978 las dos obras capitales de la teoría de la argumentación jurídica continental y angloamericana, respectivamente: *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert ALEXYS y *Legal Reasoning and Legal Theory* de Neil MACCORMICK. Ambas han superado todo un cuerpo de teorías precursoras surgidas a partir de los años cincuenta y

1. HABERMAS, J. *Facticidad y validez*, introducción y traducción de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

han influido poderosamente sobre los trabajos posteriores de autores como AARNIO, PECZENIK o ATIENZA, por citar sólo algunos nombres. Estas teorías han puesto de manifiesto insistentemente las insuficiencias que presentan tanto una concepción puramente formalista del razonamiento jurídico, que reduce la aplicación del Derecho a un silogismo, como una concepción irracionalista que reduce la aplicación del Derecho a simples expresiones de emociones. La teoría de la argumentación intenta situarse en un punto medio que parte de la posibilidad de un análisis racional de los procesos argumentativos, pero también reconoce las limitaciones que este análisis presenta en el mundo del Derecho. En todo caso, parece incuestionable que la justificación de las decisiones jurídicas, su racionalidad, representa una pieza clave de todo discurso práctico. Como señala Stephen TOULMIN, "si no hay un debate racional, se pasa a un debate de 'quien a quien'². Por eso, en el ámbito específicamente jurídico y político, la ausencia o la insuficiencia de la justificación cuando no causa una lesión, genera un riesgo para cualquier Estado de derecho. Por tanto, la teoría de argumentación jurídica es una pieza clave en la teoría del Estado y la teoría del Derecho.

2. UNA DEFINICIÓN PROVISIONAL DE "TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA" (TAJ)

Ahora bien, ¿qué entendemos precisamente por teoría de la argumentación jurídica? Es posible anticipar una definición,

2. Según la mordaz frase de Lenin, nos dice TOULMIN, S., *El uso colectivo de los conceptos, Vol. I, La comprensión humana*, trad. de Néstor Míguez, Alianza, Madrid, 1977, p. 57.

siquiera sea provisional. Con el sintagma “teoría de la argumentación jurídica” (en lo sucesivo TAJ) se hace referencia al análisis teórico de los procesos argumentativos en el derecho. Podemos desglosar nuestra definición para perfilar sus contornos y anticipar algunas de las cuestiones que se tratarán posteriormente:

2.1. La TAJ es teoría

La TAJ es teoría. Esto significa que pretende la descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica. Esta afirmación requiere algunas precisiones. En primer lugar, la TAJ es básicamente teoría, no práctica. Con esto no se pretende afirmar que no tenga nada que ver con la práctica de los abogados y los jueces. Muy al contrario, la práctica del Derecho es tan importante para la TAJ que representa nada menos que su objeto de estudio. Pero precisamente por esta razón, TAJ y práctica del Derecho son, en principio, cosas distintas, son *discursos* distintos, *lenguajes* distintos, que operan en *niveles* distintos. La TAJ *describe* la práctica del Derecho y a veces *prescribe* cómo debería ser la práctica del Derecho; pero, en todo caso, constituye algo diverso de la propia práctica del Derecho. En otras palabras, la TAJ representa un metalenguaje (cuyo lenguaje objeto es la argumentación jurídica de los juristas) que dispone de sus propios instrumentos y categorías, todos ellos diferentes en muchos casos de los que se emplean en el tráfico jurídico ordinario. Esto no tiene nada de extraño, si se piensa bien. Supongamos que escribo un estudio sobre los poemas de Octavio PAZ. En este caso, yo no escribo poesía, sino un estudio literario sobre poesía, a pesar de que el objeto de éste sea una obra poética. Esto significa que mi actitud y mis propósitos, mis palabras y mis conceptos son, en principio, muy

distintos de los que inspiraban a Octavio PAZ cuando escribía. Por eso, los escritos de Octavio PAZ y el mío tendrían un vocabulario diferente o bien el mismo vocabulario *usado* de forma distinta. Con toda probabilidad, los conceptos fundamentales de mi estudio serían *métrica, rima, ritmo, soneto, alejandrino*, mientras que en los poemas de Octavio PAZ destacarían otros bien distintos como *salamandra, heliotropo, mariposa*, etc. Es cierto, repito, que estas palabras también habrían de figurar en mi estudio, pero lo harían entrecomilladas ("salamandra", "heliotropo", "mariposa") al efecto de indicar que no estoy *usando* de forma poética esos términos, sino sólo *mencionando* técnicamente las palabras que *usaba* poéticamente Octavio PAZ.

Análogamente, la TAJ es, pues, un discurso sobre el discurso de los juristas, un metadiscurso con sus propios instrumentos y sus propios presupuestos. En el discurso de los juristas aparecen recurrentemente conceptos como *pena, parte, negocio jurídico, contrato, recurso, dolo, negligencia*, etc. En el metadiscurso de la TAJ aparecen conceptos como *premisas normativa, lógica deóntica, situación ideal de diálogo, argumento de la universalizabilidad*, etc. Dicho esto, hay que reconocer que en algunas ocasiones la frontera entre el metalenguaje (o lenguaje de segundo orden) y el lenguaje objeto (o lenguaje de primer orden) no es clara o tiende a debilitarse, pero esto no significa que no exista en absoluto ni que no podamos operar en el plano conceptual con ella.

Por otra parte, la TAJ es, en principio, descriptiva, pero puede también ser prescriptiva, normativa. Más precisamente, podemos desarrollar una TAJ desde una triple perspectiva: desde una perspectiva descriptiva (bien empírica o bien conceptual) y desde una perspectiva normativa:

- a) Desde una perspectiva empírica, el cometido de la TAJ sería simplemente describir las decisiones jurisdiccionales en cuanto fenómenos sociales, acudiendo a los instrumentos de disciplinas como la psicología, la sociología, la antropología, etc. Sin embargo, no es ésta la perspectiva que ha adoptado la TAJ dominante, pues las causas psico-sociológicas que dan lugar a las decisiones jurisdiccionales han sido reiteradamente desplazadas por el estudio del llamado contexto de justificación en el que sólo resulta relevante el carácter justificado o no de una decisión con independencia de su causa psicológica o sociológica (*infra* cap. IV).
- b) Desde una perspectiva conceptual o analítica, el cometido de la TAJ consiste, como he anticipado, en conceptualizar y sistematizar la argumentación jurídica. Esto supone una reconstrucción racional de las prácticas argumentativas jurídicas de forma sistemática. Esta perspectiva es fundamental entre los teóricos de la TAJ.
- c) Desde una perspectiva normativa, el cometido de la TAJ consiste en aportar fórmulas para mejorar la argumentación de los operadores jurídicos a través de propuestas acerca de cómo éstos deberían decidir.

Algunos autores como Neil MACCORMICK han desarrollado una teoría analítica y normativa, es decir, una teoría que pretende tanto describir como prescribir. En su obra *Legal Reasoning and Legal Theory* el autor escocés recoge numerosas sentencias de tribunales británicos, pero al mismo tiempo formula propuestas de resolución para los llamados casos difíciles (*hard cases*). Estos planteamientos mixtos (analítico-normativos) a veces pueden dar lugar a confusiones y por ello conviene extremar la cautela y precisar la perspectiva desde la que se formulan.

2.2. El objeto de la TAJ es la argumentación

La TAJ tiene como objeto la argumentación. El término "argumentación" hace referencia a la acción y el efecto de argumentar. La argumentación es, pues, una actividad, pero también el resultado de esa actividad. En este sentido presenta una ambigüedad proceso-producto por otra parte muy frecuente. Argumentar significa dar razones que justifiquen un determinado enunciado.

Podemos argumentar en contextos muy diversos. Por ejemplo, argumentamos para defender una idea política, para mantener la inocencia de un procesado o para reprobar una conducta que consideramos inmoral. En todos estos casos estamos discutiendo en torno a normas, estamos discutiendo acerca de lo que se debe o no hacer, discutimos sobre normas de carácter político, jurídico o, en su caso, moral. Así, las conclusiones de cada una de las argumentaciones citadas podrían ser, respectivamente: "*debemos* seguir tal política", "el imputado inocente no *debe* ser condenado", "*debemos* reprobar la conducta x por inmoral" (o "no *debe* llevarse a cabo la conducta x, por inmoral"). Sin embargo, también es posible argumentar en ámbitos que no tienen que ver propiamente con normas, con un *deber ser*. Por ejemplo, un enólogo puede argumentar en favor de la superioridad de los vinos de cierta región, un médico puede argumentar la conveniencia de una intervención quirúrgica o un estudio literario puede dar razones para cuestionar la calidad literaria de una novela.

Pero a nosotros no nos interesan aquí los argumentos de enólogos, médicos o filólogos, sino la argumentación que tiene que ver con normas. Bajo este punto de vista más específico, argumentar consiste en justificar, fundamentar, basar enuncia-

dos normativos, juicios prácticos. Se trata de decir por qué *debemos* (o no) comportarnos de cierto modo. En otras palabras, argumentar significa exponer las premisas, *normativas o no*, de una inferencia práctica, es decir, de un razonamiento cuya conclusión es una norma. El inciso que acabo de subrayar sobre el carácter normativo o no de las premisas es importante, porque a pesar de que un razonamiento normativo, como una sentencia judicial, se caracteriza porque su conclusión presenta normalmente carácter normativo, es decir, presenta normalmente un enunciado en el que se ordena, prohíbe o permite alguna acción, es de todos sabido que esto no impide que entre los enunciados que forman parte de la argumentación figuren enunciados descriptivos, definiciones o expresiones de sentimientos. Tradicionalmente, la sentencia judicial contiene no sólo fundamentos de derecho sino también unos fundamentos de hecho que dan lugar a un fallo de carácter normativo. Así que para hallarnos ante una inferencia práctica, normativa, lo importante es que su conclusión presente carácter normativo a pesar de que las premisas puedan presentar carácter normativo o no normativo, y ello con un solo límite: en efecto, no es necesario que todas las premisas del razonamiento sean normativas, pero entre las premisas de una argumentación normativa debe existir al menos una norma. De lo contrario, sería imposible que la conclusión fuera normativa y que, por tanto, nos halláramos ante un razonamiento normativo. La razón reside en que, como es sabido, según la llamada Ley de Hume no es posible derivar juicios prescriptivos de juicios descriptivos y a la inversa. No podemos decir cómo debería ser el mundo a partir de la constatación de cómo es el mundo y, por cierto, tampoco podemos verificar cómo es el mundo, simplemente imaginando cómo debería ser. Cuando, infringiendo la Ley de Hume, decimos que las cosas deben ser como son, entonces incurrimos en lo que MOORE denominó la

“falacia naturalista”³. Muchas veces las personas argumentan a favor de una conclusión normativa (moral o política) sobre la base de premisas descriptivas y entonces incurren en esta falacia. Otras veces lo que sucede es que sí utilizan premisas normativas en la fundamentación de tal conclusión, pero no se hacen explícitas por ser consideradas correctas de manera (erróneamente) obvia. La falacia naturalista encierra una falacia lógica y una falacia justificatoria. Por ejemplo, quien diga:

“La homosexualidad debe rechazarse porque es *antinatural*”:

- 1) O bien deriva un juicio normativo de uno descriptivo incurriendo en un error lógico, pues cabría reformular su razonamiento así: “la homosexualidad *debe* rechazarse porque los seres humanos nunca *son* homosexuales en estado de naturaleza” y entonces la conclusión normativa “debe rechazarse la homosexualidad” se basa en una premisa no normativa, de carácter empírico: “los seres humanos nunca son homosexuales en estado de naturaleza” (premisa que además de normativamente irrelevante, a mayor abundancia, seguramente sea empíricamente falsa)
- 2) O bien da por sentado un enunciado normativo como, digamos: “*debemos* rechazar todo lo que sea antinatural” incurriendo en un error justificatorio. En este caso, el argumento no es falaz por derivar un juicio normativo de otro empírico, sino porque el juicio normativo es más que cuestionable a poco que contemplemos la naturaleza. La naturaleza es como es, no tiene nada de moral ni de in-moral. En última instancia, este error justificatorio es consecuencia a su vez del error lógico.

3. MOORE, G.E., *Principia Ethica* (1903), trad. de María VÁZQUEZ Guisán, Crítica, Barcelona, 2002, p. 33.

2.3. La argumentación que estudia la TAJ es la jurídica

La TAJ se orienta al estudio de la argumentación a partir de normas, singularmente a partir de normas jurídicas. La TAJ se ocupa, por tanto, de la argumentación de decisiones cuyo sistema de justificación sea un ordenamiento jurídico. Esta aseveración merece dos matizaciones.

En primer lugar, debe señalarse que, consecuentemente, no pretende ocuparse directamente de la argumentación moral. Sin embargo, la realidad es que la TAJ no puede ignorar el razonamiento moral porque el razonamiento jurídico se encuentra estrechamente vinculado al razonamiento moral. La llamada "tesis del caso especial" (*infra* tema VIII) mantiene esta vinculación con particular intensidad, pues afirma típicamente que "el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico". Dicho de otro modo, no es posible estudiar la argumentación jurídica aisladamente, sin ninguna atención a la razón práctica, porque la razón práctica presentaría según muchos autores una estructura unitaria, que no se puede fragmentar. Una norma es siempre una razón para actuar de cierta manera, una razón para la acción que se entrelaza con otras razones para actuar en el razonamiento práctico y cuya premisa fundamental última habría de tener naturaleza moral, pues no puedo estar obligado moralmente a hacer algo a lo que no se me puede obligar moralmente por ser inmoral. El postulado de la unidad de la razón práctica no es nuevo (era ya parte fundamental de la teoría del Derecho de KANT⁴), pero hoy en día ha adquirido auge teórico y trascendencia política: si reconocemos la dimensión moral del razonamiento jurídico y además atendemos a la fuer-

4. KANT, I., *La metafísica de las costumbres* (1797), trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1989, 406, p. 264.

te impronta moral y política de muchos conceptos y principios constitucionales (dignidad humana⁵, democracia, libertad o justicia), entonces el juez (singularmente el constitucional) gana protagonismo, pues a él le corresponde articular en sus decisiones la dimensión moral y la dimensión puramente institucional del Derecho.

En segundo lugar, la argumentación jurídica se desarrolla en diversos ámbitos: en la creación del Derecho por parte del legislador, en su aplicación por parte de los jueces, en la doctrina jurídica, en los medios de comunicación social, etc. Como todos sabemos, en todos estos ámbitos se aborda, de alguna forma, más o menos conciente (y competente), cuestiones jurídicas; pero en todo caso la TAJ se concentrará fundamentalmente en el razonamiento jurídico desarrollado por los jueces. Posteriormente delimitaré con algo más de precisión el campo de la TAJ. Baste, por el momento, lo hasta aquí expuesto.

3. LA UTILIDAD DE LA TAJ

Anteriormente he señalado que la TAJ es un discurso sobre el discurso de los juristas y, en esta medida, los teóricos de la TAJ tienen en general una actitud, un método, una misión y unos instrumentos conceptuales diversos de los propios de los juristas y por ello los teóricos de la TAJ no pueden aspirar a suplantar a los juristas. Pero entonces alguien puede preguntarse: ¿para qué sirven los teóricos de la argumentación jurídica?

5. La Constitución peruana de 1993, en su artículo 1, establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su *dignidad* son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. (Cursiva nuestra).

¿qué puede ofrecer la TAJ a los juristas? ¿acaso no es cierto que los juristas han hecho su trabajo durante siglos y siguen haciéndolo hoy en día sin conocimientos de TAJ? ¿no será la TAJ un mero esparcimiento elegante sin ninguna trascendencia práctica?

La cuestión que late en el fondo de estos interrogantes es el lugar común de kantiana memoria “esto puede ser correcto en teoría, pero no vale para la práctica”⁶. En realidad, la TAJ puede servir a la práctica en dos sentidos que conviene distinguir. En cuanto teoría descriptiva de la argumentación que se desarrolla en el plano del puro análisis conceptual, la TAJ puede contribuir a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer. En cuanto teoría prescriptiva de la argumentación, que guía a los operadores jurídicos en su actividad decisoria, la dimensión práctica es algo más clara, aunque en este caso el inconveniente consiste en que la TAJ se desenvuelve normalmente en un nivel de abstracción muy elevado que por sí sólo no aporta una guía precisa para la resolución de una concreta controversia jurídica. Veamos por separado algunas consideraciones sobre la utilidad de la TAJ en sus aspectos descriptivo y prescriptivo.

3.1 La utilidad del aspecto descriptivo de la TAJ

En cuanto teoría descriptiva de la argumentación, la TAJ se aparta notablemente de los propósitos y los instrumentos de

6. KANT, I., “Sobre el tópico: esto puede ser correcto en teoría pero no vale para la práctica” (1793) en *En defensa de la ilustración*, trad. de Javier Alcoriza y Antonio Lastra. Alba, Barcelona, 1999, pp. 241-289, aquí p. 241.

los juristas. Por ejemplo, cuando ALEXY afirma que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general o cuando sostiene que los actos de habla regulativos del Derecho presentan una pretensión de corrección siguiendo la teoría de HABERMAS, ALEXY no utiliza conceptos de la práctica jurídica. Ningún legislador y muy pocos dogmáticos del Derecho se refieren a la razón práctica o a la teoría de HABERMAS en sus textos. Los conceptos técnicos que se emplean para conceptualizar la argumentación jurídica no se hallan entre los que emplean los juristas, quienes ni siquiera tienen por qué entenderlos para cumplir con sus funciones. Pero entonces es lícito preguntarse qué sentido tiene que un jurista se entretenga con estas cosas. La respuesta podría ser que en cierto sentido es beneficioso que los jueces sepan qué están haciendo, aunque ello no sea imprescindible. Veámoslo con algo más de detenimiento con la ayuda de alguna analogía.

La TAJ como análisis conceptual de las prácticas argumentativas de los juristas puede ayudar a mejorar el conocimiento de la propia actividad por parte del jurista y el conocimiento profundo de lo que uno hace normalmente resulta beneficioso, a pesar de que podría seguir con el desempeño de tal actividad ignorando sus mecanismos más profundos. Por ejemplo, yo no sé cómo mi cuerpo metaboliza una manzana y de hecho puedo seguir comiendo manzanas sin conocimientos de química o fisiología, pero seguramente podría orientar algo mejor mi nutrición si supiera algo sobre los procesos químicos que tienen lugar cuando como una manzana. Además, si tuviera conocimientos de química, seguramente podría asesorar a un cocinero sobre cómo conservar y almacenar las manzanas o sobre cómo debe prepararlas para que no pierdan sus vitaminas cuando vayan a ser ingeridas. Un químico y un cocinero seguramente observan una manzana de formas completamen-

te diversas y utilizan un lenguaje completamente diverso para referirse a una manzana (el químico nos habla de fructosa, oxidación, porcentajes de agua (...)) mientras que el cocinero habla de la idoneidad de las compotas como guarnición de ciertos asados, del tiempo de cocción del *Apfelstrudel* o de la matizada dulzura que adquiere una tarta de manzana a los postres). Sin embargo, parece que el análisis químico puede ayudar a mejorar la labor de los cocineros por mucho que éstos hayan trabajado toda la vida sin conocimientos (al menos teóricos) de química. La razón es que químicos y cocineros utilizan esquemas conceptuales diversos, con fines diferentes, pero en última instancia hablan del mismo objeto: una manzana en nuestro caso. Análogamente, un teórico de la argumentación y un jurista utilizan esquemas conceptuales diversos pero ambos se ocupan del mismo objeto: la argumentación jurídica. Por tanto, del mismo modo que la química puede ponerse al servicio de un cocinero, así la teoría de la argumentación jurídica puede ponerse al servicio de los juristas. Cualquier jurista puede desarrollar su trabajo sin tener conocimientos sobre TAJ en su perspectiva analítico-conceptual, pero parece que estos conocimientos en principio pueden ayudarle a hacer mejor su trabajo en algún sentido.

Bajo este punto de vista, el mero estudio de la TAJ en un sentido analítico, descriptivo, conceptual, no es una actividad suficiente ni necesaria para que los juristas puedan desempeñar sus funciones. Que no es una herramienta suficiente queda fuera de toda duda, pues ningún operador jurídico puede aspirar a resolver las controversias jurídicas contando tan sólo con conocimientos de TAJ. Todo jurista requiere un conocimiento profundo de la dogmática jurídica y una cierta experiencia profesional para hacer su trabajo del mismo modo que ningún químico, en cuanto tal, está en condiciones de ocupar el lugar

de un *chef* en los fogones. Que no es una herramienta necesaria lo demuestra el hecho histórico de que los juristas han desarrollado y siguen desarrollando su trabajo sin contar con conocimientos específicos de TAJ, de forma análoga a como se ha cocinado sin conocimientos teóricos de química. Sin embargo, reitero, esto no implica necesariamente que el estudio de la TAJ carezca de sentido en la medida en que puede contribuir a mejorar en el jurista la conciencia del propio quehacer. Este mejor conocimiento del propio quehacer puede ser útil al menos en dos sentidos: en primer lugar, en el plano de diseño institucional, la TAJ puede ayudar a armar el sistema de legitimidad de la función jurisdiccional, por ejemplo. El análisis conceptual de la argumentación nos permite comprender qué hacen los jueces cuando deciden y ello presenta gran trascendencia para la legitimidad de la labor jurisdiccional. Por ejemplo, poner de relieve los límites del Derecho y de la lógica a la hora de aplicar el ordenamiento jurídico revela problemas serios para el Estado democrático y la separación de poderes, porque normalmente los jueces no son elegidos por el pueblo y el hecho de que gocen de un poder de decisión más allá de la estricta aplicación de la letra de la ley ha sido considerado por algunos como una usurpación de las funciones del legislador. Sin embargo, pese a estos problemas, parece ser que sólo reconociendo ese poder de los jueces es posible el funcionamiento del Poder Judicial y de un elemento clave de muchos sistemas jurídico-políticos: el control de constitucionalidad. En la medida en que el Poder Judicial y el control de constitucionalidad se manifiesten como elementos fundamentales de los actuales Estados constitucionales, la TAJ representará un elemento clave para su comprensión y legitimación. En este sentido, la teoría de la argumentación jurídica nos muestra de nuevo y de paso que lo que es importante para la teoría acaba siéndolo también para la práctica y aquí cobra

importancia una TAJ descriptiva que nos diga qué tipo de actividad decisonal estamos juzgando como válida o no dentro de un Estado constitucional.

Por otra parte, el conocimiento de los mecanismos profundos del razonamiento jurídico puede ayudar a poner de relieve las premisas consideradas obvias en el razonamiento y, en su caso, revisarlas y no admitirlas irreflexivamente. Esta labor permite desarrollar una justificación más sólida de las decisiones, porque permite extender el control de la justificación a un mayor número de premisas justificatorias.

3.2. La utilidad del aspecto prescriptivo de la TAJ

Cuando la TAJ adopta una perspectiva prescriptiva, no se limita a describir y sistematizar cómo *deciden* los jueces, sino que nos dice cómo *deberían* decidir los jueces en los casos difíciles. Nuevamente, el aparato conceptual de la TAJ puede apartarse del que habitualmente utilizan los juristas, pero en todo caso, la TAJ prescriptiva adopta un punto de vista mucho más semejante al de los propios juristas, pues se trata en todo caso de resolver un problema práctico: qué se debe decidir en tal caso. Por eso, aquí la divergencia entre la práctica de los juristas y la TAJ tiene que ver con el grado de abstracción que presentan las propuestas de la TAJ. La TAJ aconseja a los juristas que adopten en su toma de decisiones criterios consecuencialistas o de universalizabilidad, consideraciones de consistencia y coherencia, respeto del precedente, etc. Pero aquí en cierto sentido nos hallamos ante una paradoja que podríamos llamar la paradoja del casuismo. La paradoja del casuismo consiste en que precisamente a causa del carácter profundamente particular, específico, único de cada caso que juzgan los jueces, es

necesario formular guías muy abstractas para su resolución por parte de una TAJ. Esta paradoja explica que los intentos de formalizar los criterios normativos para la resolución de conflictos jurídicos se hayan encontrado con dificultades muy serias⁷.

En definitiva, la TAJ, en sentido descriptivo, puede ser beneficiosa para los juristas si bien no puede en ningún caso suplantar las disciplinas dogmáticas y las prácticas en que se ve inmerso el jurista en su quehacer diario y, por otra parte, la TAJ en sentido prescriptivo presenta un grado de abstracción muy elevado que en ningún caso puede eliminar el agónico momento de la decisión final del operador jurídico ante un caso real. Por tanto, los propósitos de la TAJ en relación con la práctica del Derecho no sólo no son imperialistas. En cierta forma son extremadamente modestos. En ningún caso la TAJ pretende (seguramente porque de pretenderlo tampoco podría) suplantar a los juristas ni, por así decir, enmendarles la plana sistemáticamente. De lo que se trata más bien es de contribuir a impulsar el conocimiento de esta actividad, desvelar algunos presupues-

7. Robert ALEXY recoge en su *Teoría de la argumentación jurídica* un sistema de reglas que pretende sentar las bases de un futuro código de la razón práctica. Sin embargo, esta codificación no es una codificación puramente sustantiva, i.e. una codificación que nos diga qué hacer, sino una codificación predominantemente procesal, en el sentido de que nos dice las reglas que deben seguir los participantes en el discurso que se orienta a su vez a determinar qué hacer en un caso concreto. ALEXY cree que a partir de su modelo, "...podría quizás un día elaborarse algo así como un código de la razón práctica. Tal código sería el compendio y la formulación explícita de las reglas y las formas de la argumentación práctica racional..." (ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, C.E.C., Madrid, 198, p. 185). Sin embargo, todo parece indicar que no es posible eliminar el momento agónico de la decisión precisamente porque cada caso es diferente.

tos de la argumentación jurídica que puedan resultar revisables y proponer algunos criterios para intentar mejorar la racionalidad del sistema jurídico-político en el que se inserta la función jurisdiccional. La racionalidad en el discurso jurídico es objeto y presupuesto de la TAJ. Por eso, cuando hablamos de TAJ es importante preguntarse sobre el papel de la racionalidad en el Derecho.

4. RACIONALIDAD Y DERECHO

Hasta el momento he asumido que es posible hablar de racionalidad en el ámbito de lo jurídico. Esta asunción es fundamental para la TAJ, pues sólo considerando posible la racionalidad en el Derecho, adquiere algún sentido formular una TAJ. De algún modo, el *dictum* "*lex est aliquid rationis*" forma parte de los presupuestos de la TAJ. Si no fuera posible discutir sobre cuestiones jurídicas racionalmente, entonces nos hallaríamos en el mundo del capricho, de las preferencias puramente personales, y sobre gustos no se discute, no se argumenta: ¿qué puedo objetar contra alguien que me diga que prefiere los helados de chocolate a los de vainilla?

Sin embargo, no todo el mundo estaría plenamente de acuerdo en considerar que el Derecho y las decisiones jurisdiccionales pueden acomodarse a la idea de racionalidad y desde luego no todos aquellos que lo aceptan concederían el mismo alcance a la racionalidad en el Derecho. Por ejemplo, algunos autores del realismo norteamericano y algunas teorías críticas (singularmente, los llamados *Critical Legal Studies*) han sostenido que el Derecho y la argumentación jurídica representan por encima de todo cuestiones de voluntad, ideología, experiencias, corazonadas (*hunches*) que escapan de un análisis

racional. Este tipo de planteamientos escépticos frente a la posibilidad de un control racional de las decisiones judiciales suelen desembocar en un estudio de las causas psicosociológicas que han provocado la decisión jurisdiccional (¿de qué sirve el análisis racional de decisiones que dependen de cómo le sentó al juez el desayuno?) o de las posiciones ideológicas o políticas que se hallan tras los problemas jurídicos (*Law is politics*)⁸.

En realidad, esta resistencia a un análisis racional de las cuestiones jurídicas se enmarca en un problema mucho más amplio en el que se ha visto sumido tradicionalmente el estudio del Derecho: el problema del *status* científico del conocimiento de las ciencias sociales (también llamadas ciencias culturales, hermenéuticas, humanas, del espíritu o simplemente humanidades). Veámoslo brevemente:

4.1. El problema de las ciencias sociales

A lo largo de la historia, el prestigio de las ciencias experimentales (la física, la química, la biología, etc.) se ha visto incrementado por la fiabilidad de sus resultados. Sin embargo, otras disciplinas como la historia, la literatura, la jurisprudencia, etc., han llegado a ser consideradas, al contraste con aquéllas, como el reino de la irracionalidad o del más absoluto voluntarismo. Este agravio comparativo ha constituido un lastre para la generalidad de estas disciplinas y singularmente para el estudio del Derecho, como se han encargado de destacar los propios juristas, entre quienes ha destacado con luz propia KIR-

8. Vid. PÉREZ LLEDÓ, J.A., *El movimiento de los Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996.

CHMANN⁹. Ciencias como la economía o la sociología, más jóvenes que la ciencia del Derecho, han alcanzado en este contexto mayor fortuna que la vieja jurisprudencia. A pesar de todo, tenemos la sensación de que en el estudio de la historia, o en el análisis de la literatura o en la ciencia del Derecho se recurre a la razón en algún modo.

En el siglo XIX, diversos autores pretendieron resolver el problema por elevación. Cabría destacar a autores como SIMMEL, COLLINGWOOD, GROCE o DILTHEY, quien formuló en su momento una división entre ciencias de la naturaleza (*Naturwissenschaften*) y ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*) que habría de gozar de gran fortuna. Según esta división, las primeras se ordenarían meramente a un conocimiento externo de los fenómenos, a una *cognitio circa rem*, mientras que las segundas perseguirían un conocimiento profundo de las cosas en sí, nada menos que la *cognitio rei*. Por otra parte, la actividad desplegada por el estudioso sería también diversa según la disciplina. Las ciencias de la naturaleza tenderían a “explicar” (*erklären*), mientras que las ciencias del espíritu pretenderían “comprender” (*verstehen*) la realidad. La explicación reduce en principio a quien la desarrolle a mero observador, espectador de lo que sucede, sin participar en absoluto en el fenómeno que estudia. De acuerdo con este método, la verdad de los enunciados recabados con los instrumentos del método científico, unidos a la corrección del procedimiento lógico, garantiza la verdad (al menos según el paradigma científico vigente) de las conclusiones. La comprensión requeriría, en cambio, la continua participación de quien la lleve a cabo. En la comprensión el sujeto cognoscente no es mero observador, sino participante en la

9. Cfr. VON KIRCHMANN, J.H., *La jurisprudencia no es ciencia* (1847), trad. y estudio preliminar de Antonio Truyol, C.E.C., Madrid, 1983.

práctica que estudia, dejando así parte de sí mismo en su labor. Esta teoría consagra, como es obvio, el subjetivismo en el conocimiento. La imagen ideal de las ciencias sociales ha oscilado, así pues, entre ambos extremos: la explicación y la comprensión, la tradición analítica y la hermenéutica, entre una razón en sentido fuerte y una razón en sentido débil e incluso, yendo más allá, entre racionalismo e irracionalismo. Específicamente, el Derecho ha oscilado entre formalismo y antiformalismo (*infra* capítulo III). Hoy en día, después de mucho debatir, ambas posiciones se han acercado y se habla de una hermenéutica analítica¹⁰. Esta síntesis ha desempeñado un destacado papel en el extraordinario desarrollo de la actual teoría de la argumentación jurídica¹¹.

Frente a las posiciones escépticas ante un enfoque racional del Derecho, otras han defendido la posibilidad de un análisis racional del Derecho y de la argumentación jurídica más específicamente, si bien, han discrepado en su alcance. Para explicar la evolución histórica de estos planteamientos de forma esquemática resultan particularmente útiles algunas propuestas de Enrico PATTARO¹² a propósito de un esquema de Norberto BOBBIO¹³, de las que me serviré muy libremente, prescindiendo de

10. Cfr. VON WRIGHT, G.H., *Explicación y comprensión*, trad. de Luis Vega Reñón, Alianza Universidad, Madrid, 1979.

11. Vid. AARNIO, A., ALEXY, A. y PECZENIK, A., "The Foundation of Legal Reasoning", en *Rechtstheorie*, N.º 12 (1980), Duncker & Humblot, Berlin, pp. 133-158; 257-279 y 423-448, aquí p. 134.

12. PATTARO, E., "La razón en el Derecho. Comentario a Norberto Bobbio", trad. de Josep Aguiló Regla, en *Doxa*, N.º 2 (1985), pp. 147-152.

13. BOBBIO, N., "Reason in Law", en *Ratio Iuris*, Vol. 1, N.º 2, julio (1988), pp. 97-108, aquí p. 99. Existe traducción al castellano: BOBBIO, N., "La razón en el Derecho (observaciones preliminares)", trad. de Alfonso RUIZ Miguel, en *Doxa*, N.º 2 (1985), pp. 17-26.

su literalidad, para mis propios fines. El punto de partida es que el término "razón" evoca un concepto rico y complejo que adquiere ciertos matices al incorporarse al mundo del Derecho, donde puede ser contemplada en un sentido débil o bien en un sentido fuerte. Podemos hablar, pues, de *racionalidad* o más débilmente de *razonabilidad*. A su vez, podemos predicar racionalidad o bien razonabilidad, ya sea del sistema jurídico (Derecho racional/ Derecho razonable), ya de la aplicación del sistema jurídico (argumentación jurídica racional/ argumentación jurídica razonable). Como veremos, si cruzamos ambas distinciones, surgen cuatro modelos analíticos que serán detallados más tarde (*infra* 4.2).

4.2. Derecho racional y razón jurídica

A juicio de BOBBIO¹⁴, los términos razón y Derecho experimentan ciertas transformaciones, ciertas especificaciones en sus contenidos, al entrar en contacto y, más concretamente, cuando se le otorga la sustantividad a uno y un carácter adjetivo al otro. Esto se verifica al contrastar las expresiones "Derecho racional" y "razón jurídica".

4.2.1. "Derecho racional"

Predicar racionalidad del Derecho significa concebir el sistema jurídico fundamentalmente como una expresión de razón, una razón en sentido fuerte que se contrapone a la voluntad.

14. BOBBIO, N., "Reason in Law", cit., p. 99.

Resulta fácil comprender por qué esta asociación de Derecho y razón ha sido controvertida: cuando pensamos en las iniquidades a las que el Derecho históricamente ha dado cobertura, tendemos a considerar el Derecho como un mero acto de voluntad, una expresión de fuerza. Sin embargo, cuando pensamos en los beneficios que el Derecho nos ha proporcionado, garantizando la convivencia, promoviendo el progreso social y el respeto de ciertos derechos, entonces tendemos a considerar el Derecho como una expresión de racionalidad. En este segundo caso, el "Derecho racional" se convierte en el objeto de estudio paradigmático de los teóricos del Derecho e incluso se considera el sistema jurídico como una entidad intrínsecamente racional. La historia del pensamiento jurídico es en buena medida la historia de la pugna entre dos concepciones del Derecho: el Derecho como expresión de voluntad y el Derecho como expresión de razón.

La disputa entre voluntaristas e intelectualistas en el seno del iusnaturalismo teológico medieval nos ofrece un claro ejemplo de ello¹⁵. A juicio de autores como los franciscanos Rogerio BACON, Juan DUNS ESCOTO o Guillermo DE OCCAM, el Derecho es la expresión de la voluntad de Dios. En cambio, según Tomás de Aquino, el Derecho es una expresión de racionalidad (*aliquid pertinens ad rationem*¹⁶). La definición de Derecho que nos ofrece Tomás de Aquino no puede ser más explícita: "ordenación de la *razón* dirigida al bien común, promulgada por aquel que tiene el gobierno de la comunidad"¹⁷ (cursiva mía). En la dispu-

15. Cfr. FASSÒ, G., *Historia de la filosofía del Derecho*, trad. de José F. Lorca Navarrete, Pirámide, Madrid, 1980, Vol. I, caps. 16 y 18.

16. SANTO TOMÁS, *Summa teológica*, 1.2, q. 90, a. 1

17. *Ibid.* 1.2, q.90, a. 4

ta entre el voluntarismo y el intelectualismo tomista se vislumbra el germen de la ulterior disputa entre positivistas (voluntaristas) y jusnaturalistas (racionalistas).

El posterior proceso de secularización dará lugar al iusnaturalismo racionalista de autores como GROCIO y más tarde PUFENDORF, TOMASIO y WOLFF, quienes, prescindiendo de fundamentaciones divinas, reforzarán la dimensión racionalista del Derecho en una dirección que se extiende a autores como LOCKE, SPINOSA o LEIBNIZ. Naturalmente, los planteamientos racionalistas se proyectan sobre toda la Ilustración y alcanzarán una de sus manifestaciones más rotundas en la teoría del Derecho de KANT. La siguiente definición de Derecho que debemos al filósofo de Königsberg expresa claramente el reforzamiento de la dimensión racionalista del Derecho frente a la puramente voluntarista: "El conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad"¹⁸.

El Derecho, en suma, es concebido en estos planteamientos como un sistema normativo de carácter racional. Lo racional se opone así a lo empírico, a lo histórico, a lo divino. En opinión de PERELMAN, son HOBBS, MONTESQUIEU y ROUSSEAU, los autores que liquidan este modelo racionalista, de modo que la razón pierde el protagonismo en el Derecho en beneficio de, respectivamente: una voluntad soberana, las condiciones ambientales en las que el Derecho nace y la voluntad general¹⁹, abriendo así paso a los planteamientos positivistas que se impondrán en el siglo XIX y luego en el XX. La muerte de KANT coincide con la

18. KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., 230, p. 39.

19. BOBBIO, N., "Reason in Law", cit., pp. 24-29.

publicación de un verdadero símbolo del positivismo decimonónico: el Código civil francés de 1804. Por tanto, el predominio del estudio del Derecho racional, esto es, del estudio de la razón en sentido fuerte en el momento de la creación del Derecho se extiende desde los griegos hasta KANT²⁰.

4.2.2. "Razón jurídica"

Hablar de "razón jurídica" presupone que el Derecho dispone de un tipo específico de razón, una razón en "sentido débil", que se vincula al inglés *common sense*, al italiano *raziozinio*²¹, probablemente a la noción de "razonabilidad" y que se desenvuelve predominantemente no ya en el momento de la creación del Derecho, sino en el de su aplicación. Esta perspectiva ha presidido el estudio de la razón en el Derecho desde KANT hasta nuestros días, hasta el punto de que las fronteras del estudio de la razón en el Derecho tienden a superponerse a las trazadas por los dominios de la razón jurídica, en el sentido aquí recogido, probablemente, como afirma el propio BOBBIO, por influencia de los autores angloamericanos, cuya cultura jurídica de base judicial está marcada por el casuismo²².

4.3. Cuatro modelos básicos

A partir de estas notas de BOBBIO, PATTARO perfila un esquema que matiza el significado de razón en sus sentidos débil

20. *Ibid.*, pp. 100-101.

21. *Ibid.*, pp. 99-100.

22. *Ibid.*, p. 101

y fuerte, asimilándolas, respectivamente, a los aristotélicos *epistemonikon* (razón científica, especulativa) y *logistikon* (razón calculativa, disputable)²³. Aquí asumiré esta distinción entre razón en sentido fuerte y en sentido débil en términos muy amplios y de forma general a los efectos simplemente de ordenar esta exposición. Por otra parte, señalaré algunos representantes de cada uno de los modelos sin ajustarme a las indicaciones de PATTARO. El profesor de Bolonia nos sugiere cuatro modelos²⁴ que resultan de la combinación de los pares razón fuerte-razón débil y momento de creación del Derecho-momento de su aplicación. Examinemos estos modelos con más detenimiento:

| Modelos | Creación del Derecho | Aplicación del Derecho | Representantes |
|------------------|----------------------|------------------------|-----------------------------------|
| 1. fuerte-fuerte | Razón fuerte | Razón fuerte | KANT |
| 2. fuerte-débil | Razón fuerte | Razón débil | Tomás de Aquino |
| 3. débil-débil | Razón débil | Razón débil | VIEHWEG, PERELMAN... |
| 4. débil-fuerte | Razón débil | Razón fuerte | TAJ <i>estándar</i> ²⁵ |

-
23. PATTARO, E., “Models of Reason, Types of Principles and Reasoning. Historical Comments and Theoretical Outlines”, en *Ratio Iuris*, Vol. 1, N.º 2, julio (1988), pp. 109-122, aquí 117. Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1139a, trad. de Julián Marías y Araujo, C.E.C., Madrid.
24. PATTARO, E., “Models of Reason, Types of Principles and Reasoning”, cit., pp. 117-118.
25. Con la expresión “teoría estándar de la argumentación jurídica” Manuel ATIENZA (*Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 132) se refiere a las teorías de ALEXY y MACCORMICK. Para una visión general de las diversas teorías de la argumentación jurídica, también vid. NEUMANN, U., *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986.

4.3.1. Modelo fuerte-fuerte

Según este modelo, la razón es fuerte en el momento de la creación del Derecho e igualmente fuerte en el momento de su aplicación. En términos muy generales, parece ser un buen ejemplo de este paradigma el iusnaturalismo racionalista ya referido que postuló la existencia de un Derecho natural aprehensible por la razón. Correlativamente, este racionalismo acabará por exigir del operador jurídico una actitud pasiva y mecánica. Los jueces aplicarán los preceptos como “seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”²⁶. Las decisiones judiciales se convierten así en el fruto de “un silogismo perfecto”, de modo que el proceso de justificación de las sentencias bien podría recomponerse desde su conclusión hasta su fundamento último. Por tanto, en ningún momento queda el Derecho, desde su creación hasta su aplicación, fuera del amparo de una razón en sentido fuerte.

Parece que la teoría del Derecho de KANT ejemplifica este modelo. KANT sostiene, como ya se ha señalado, un concepto racionalista de Derecho y al mismo tiempo concibe su aplicación como una actividad profundamente racional y próxima a la matemática. Según KANT, el Derecho se expresa a través de leyes precisas a diferencia de la moral (“la ética no da leyes para las acciones (porque esto lo hace el *Ius*), sino sólo para las máximas de las acciones”²⁷). Por eso, las obligaciones jurídicas son perfectas y las obligaciones morales son imperfectas. Para aplicar la norma jurídica N1, “prohibido vender alcohol a los menores”, basta con constatar la edad del comprador para de-

26. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes* (1735), trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1985, p. 112.

27. KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., 388 *in fine*, p. 241.

terminar si la conducta de suministrarle alcohol está prohibida o no. Por el contrario, a la hora de aplicar una norma moral, las cosas son bien distintas. Supongamos, por poner un ejemplo kantiano, que debemos aplicar la norma moral N2, que nos obliga a procurar la felicidad ajena, y por cuya virtud debo, sin esperar recompensa, sacrificar mi bienestar en favor del bienestar físico o moral de otra persona. N2 determina “un deber amplio; tiene espacio libre para obrar en él más o menos, sin que puedan señalarse con precisión sus límites —la ley vale sólo para las máximas, no para determinadas acciones”²⁸. En suma, según KANT, los deberes jurídicos (como el que impone N1) son perfectos, porque determinan obligaciones estrictas (hoy diríamos que se expresan a través de reglas) en tanto que los deberes éticos (como el que contiene N2) son imperfectos porque determinan obligaciones amplias (hoy diríamos que se expresan a través de principios) que llevan aparejado un cierto grado de discreción (*latitudo*). Esto significa que en principio la discreción queda excluida del Derecho²⁹. Por todo ello, según KANT, la doctrina del Derecho que, “según su naturaleza, ha de ser rigurosamente determinante (precisa), no necesita —como tampoco la matemática pura— un reglamento universal (método) de cómo se debe proceder al juzgar, sino que lo verifica en la acción”³⁰. KANT excluye la discreción del jurista en el razonamiento jurídico a partir de una teoría hiperracionalista de la interpretación y la argumentación jurídica.

28. *Ibid.* 395, p. 247.

29. Esta conclusión seguramente debe ser matizada si atendemos a dos excepciones que el propio KANT contempla: el estado de necesidad y sobre todo la aplicación de la equidad — esa “divinidad muda que no puede ser oída”. KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, cit., 234, p. 44.

30. *Ibid.*, 411, pp. 269-270.

La codificación, en la medida en que concibe los nuevos cuerpos legales como la nueva *ratio scripta*, da continuidad a esta situación: la razón en sentido fuerte se identifica ahora con el ordenamiento jurídico, y queda respaldada además por la autoridad³¹. Después de la Revolución Francesa, la seguridad, un valor de la burguesía emergente, se instala en el trono que hasta entonces la justicia (determinada por la razón) había ocupado en el dominio de la creación del Derecho. En la Europa continental esta concepción del Derecho favorecedora del formalismo jurídico parece haber sido fuertemente interiorizada por los juristas, quienes no en vano se forman como juristas a través del estudio de los códigos descendientes del francés de 1804. A un código omnicompreensivo le corresponde una aplicación hiperracionalista que niega la discreción judicial, porque no es necesaria.

4.3.2. Modelo fuerte-débil

Según este modelo, la razón se presenta fuerte en el Derecho (por tanto en la premisa normativa principal del razonamiento jurídico) y débil en el desarrollo de las conclusiones de los procesos argumentativos. Es posible acceder mediante la razón en sentido fuerte a ciertos principios autoevidentes, pero su ulterior aplicación reclama una razón prudencial que conduzca a

31. PATTARO no incluye en este apartado los sistemas normativos de la codificación porque en ellos la autoridad ha sustituido a la razón en el momento de la creación del Derecho (“Models of Reason, Types of Principles and Reasoning”, cit., p. 120) Esta gran innovación, sin embargo, puede ser hasta cierto punto obviada aquí, dado que los códigos precisamente se consideran expresiones de la razón.

resultados plausibles, aceptables. PATTARO³² incluye bajo este modelo a Tomás de Aquino. El Derecho natural, aquella parte de la Ley eterna, que nos es dada a conocer a los hombres, puede ser conocida por la razón humana, que es auxiliada por la revelación y por la intuición ("sindéresis"). La tarea jurídica significa en la teoría de Tomás de Aquino un proceso de determinación. Como señala OLLERO, "la analogía permite establecer una relación de semejanza entre dos realidades en principio heterogéneas (principio legal y caso concreto) pero siempre mediante un *tertium comparationis*"³³. Este último elemento requiere la participación prudencial del aplicador, nexo calculativo entre lo dado por la razón (unos principios éticos naturales) y lo que ha de resolverse prácticamente.

4.3.3. Modelo débil-débil

De acuerdo con este tercer modelo, tanto la producción del Derecho como su aplicación se inspiran en una razón en sentido débil. Por consiguiente, no cabe esperar en ninguno de los estadios citados la certeza que confiere la razón en sentido fuerte a sus resultados, sino que, en este caso, puede predicarse de las conclusiones alcanzadas meramente aceptabilidad, razonabilidad, etc.

PATTARO³⁴ se refiere en este contexto a la nueva retórica de PERELMAN y a la tónica de VIEHWEG, aunque también nos brin-

32. *Ibid.*, p. 118.

33. OLLERO, A., *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, p. 51.

34. PATTARO, E., "Models of Reason, Types of Principles and Reasoning", cit., p. 118.

dan ejemplos relevantes teorías como la de REALE o la “lógica de lo razonable” de RECASÉNS SICHES³⁵. Este “logos de lo humano” o “de lo razonable”, “una lógica material frente a la formal tradicional, frente a la lógica de lo racional”³⁶. Como se ve, en la oscilación entre tradición analítica y hermenéutica estos autores refuerzan esta segunda dimensión.

4.3.4. Modelo débil-fuerte

Desde esta perspectiva se considera que el Derecho se rige por una razón prudencial, en tanto que su aplicación es susceptible de un análisis racional en sentido fuerte. Es decir, los principios de los que se parte en el razonamiento jurídico (las normas jurídicas) son contingentes, pero una vez admitidos, el desarrollo deductivo subsiguiente convierte en necesaria la conclusión, al menos mientras que dichos principios permanezcan inalterados, aceptados. En opinión de PATTARO, autores como Aulis AARNIO, Robert ALEXY y Aleksander PECZENIK representan típicos exponentes de este paradigma³⁷, a los que cabría añadir, por lo que se refiere al ámbito de la jurisprudencia angloamericana, la figura de D.N. MACCORMICK. Como luego veremos (*infra* tema VIII), la caracterización de PATTARO quizá exija algún matiz, pues la teoría de ALEXY propone una TAJ inspirada en una racionalidad fuertemente matizada en la teoría

35. RECASÉNS, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional de México, México, 1971.

36. RECASÉNS, L., *Tratado General de Filosofía del Derecho* (1959), Porrúa, México, 1965, pp. 642 y 664.

37. PATTARO, E., “Models of Reason, Types of Principles and Reasoning”, *cit.*, p. 118.

del discurso y por otra parte parece presuponer en el Derecho una racionalidad mayor dado el carácter racionalista de su teoría antipositivista del Derecho.

En lo sucesivo, con el fin de delimitar este estudio, prescindiré de los modelos 4.2.1 y 4.2.2. La codificación relativiza la importancia de la razón en sentido fuerte que propugnó el iusnaturalismo racionalista, precisamente al positivizarla y en todo caso el papel de la racionalidad en el Derecho interesa más a la teoría del Derecho que a la teoría de la argumentación propiamente. El discurso sobre la razón queda desplazado por el de la autoridad en el ámbito de la producción normativa, como señala el propio PATTARO³⁸. De esta forma he restringido así el campo de estudio a los modelos 4.2.3 y 4.2.4. Las teorías adscritas a dichos esquemas se ocupan, fundamentalmente, del papel de la razón en la aplicación del Derecho, precisamente donde ambos grupos contrastan. Como se ha señalado, la razón jurídica (*legal reason*) se ha apropiado prácticamente de la totalidad de los dominios del estudio de la razón en el Derecho. Además de la pujanza de la filosofía del Derecho angloamericana (la cual, coherente con el sistema de base judicial que le sirve de marco, concede el protagonismo al momento de la aplicación judicial), cabe pensar en otras circunstancias favorecedoras de este desplazamiento del centro de gravedad del debate en torno a la razón en el Derecho desde la producción del Derecho hacia su interpretación y aplicación: la asignación kelseniana de la pureza a su teoría de las fuentes y de la ideología a la teoría de la interpretación³⁹; la insistencia en la concepción de las normas

38. *Ibíd.*, cit., p. 120

39. Vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de Roberto Vernengo, Porrúa, México D.F., 1991, p. 349 y ss.

jurídicas como el resultado de una interpretación y no como un dato preexistente a ésta por influjo del realismo y de las corrientes antilegalistas⁴⁰, etc.

El hecho fundamental consiste en el tránsito que se verifica desde el estudio de la razón en el ámbito de la legislación hacia el de la interpretación del Derecho. Conferir racionalidad (en sentido fuerte o débil) a la aplicación del Derecho y preservarla de la arbitrariedad constituye el objetivo del método jurídico⁴¹. No es de extrañar, entonces, que si la metodología jurídica estudia los métodos para afianzar la razón en el Derecho y si el campo de estudio de la razón en el Derecho viene a coincidir actualmente con el de la razón jurídica (ese razonamiento específico del Derecho que se desarrolla básicamente, como hemos visto, en el momento de la aplicación del Derecho, de la justificación o argumentación de las decisiones jurídicas), entonces se produzca una asimilación de "metodología jurídica" a "teoría de la argumentación jurídica". Por todo ello, como se ha señalado insistentemente, acudir al término "metodología jurídica" o, por el contrario, al de "teoría de la argumentación jurídica" se ha llegado a considerar una cuestión de moda⁴²: se trataría, en definitiva, de dos denominaciones para la misma realidad.

40. Vid. una concisa caracterización del contraste entre el positivismo y las corrientes antilegalistas en GARCÍA AMADO, J.A., "Tópica, Derecho y método jurídico", en *Doxa*, N.º 4 (1987), p. 178.

41. "En cuanto a la finalidad del método jurídico, parece existir un acuerdo generalizado en las doctrinas modernas que consiste en eliminar la arbitrariedad de la práctica jurídica y conseguir el mayor grado posible de racionalidad de la misma" (GARCÍA AMADO, J.A., "Tópica, Derecho y método jurídico", cit., p. 176).

42. Así lo pone de relieve KRAWIETZ, W. ("Derecho y racionalidad en la moderna teoría del Derecho", en E. GARZÓN VALDÉS (comp.), *Derecho y filosofía*, trad.

En definitiva, en lo que sigue nos adentraremos en los modelos 4.2.3 y 4.2.4: las diversas teorías de la argumentación jurídica, prestando una especial atención a aquel ámbito en el que discrepan entre sí, el de la aplicación del Derecho. Dicho de otro modo, se analizarán a continuación la razonabilidad que preside la concepción de la aplicación del Derecho en las antiguas teorías de la argumentación jurídica frente a la racionalidad que pretende instalarse en el mismo ámbito desde las modernas teorías de la argumentación jurídica.

5. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN A PARTIR DE LOS AÑOS 50

Durante mucho tiempo, numerosos autores adscritos al formalismo jurídico, en general a lo que BOBBIO denominaría “positivismo teórico”, se mostraron favorables a la concepción lógico-deductiva del razonamiento jurídico. Probablemente una de las expresiones más célebres y rotundas de esta forma de contemplar el razonamiento jurídico se deba a Cessare BECCARIA, quien en su obra *De los delitos y las penas* afirma:

“En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena (...) No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley”⁴³.

de Carlos de Santiago, Barcelona-Caracas, 1988, pp. 153-173; en el mismo sentido, GARCÍA AMADO, J.A., “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1986), Madrid, pp. 151-182.

43. BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, ed. de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1974, cap. IV, p. 76.

Desde este punto de vista, el razonamiento jurídico y singularmente una sentencia judicial, se expresa a través de un razonamiento lógico deductivo que podría representarse del siguiente modo en los términos de una lógica cuantificacional y de predicados:

$$(x) Fx \longrightarrow OGx$$

Fa

—————
OGa

Donde leeríamos:

- Premisa mayor o normativa: para todo (no sólo para algún) x, si F (se predica) de x, entonces es obligatorio que G (se predique) de x; por ejemplo y prescindiendo de los artificios de un lenguaje no natural, diríamos: cualquiera que robe será obligado a privación de libertad tantos años.
- Premisa menor o fáctica: a (se predica) de F. Por ejemplo, Juan ha robado.
- Conclusión: luego es obligatorio que G (se predique) de a: Juan está obligado a verse privado de libertad por tantos años.

Como veremos, esta visión de la aplicación del Derecho resulta muy estrecha, porque nos encontramos con deficiencias de diverso orden, que abordará Marina GASCÓN en el próximo capítulo y que convierten en insuficiente la concepción de la aplicación del Derecho que nos propone BECCARIA. La teoría de la argumentación de los años cincuenta nos ofrece, sobre todo, un planteamiento antiformalista de la argumentación jurídica probablemente como reacción frente a algunas corrientes formalistas que comienzan a tomar cuerpo en esa época

confirmando un planteamiento logicista como el recién expuesto. Se rescatan de la antigüedad clásica disciplinas como la retórica, la tópica o la dialéctica a la hora de teorizar sobre la argumentación jurídica. En esta línea se inscriben las teorías de autores como Theodor VIEHWEG que revitaliza la tópica, Chaïm PERELMAN, quien con *OLBRECHTS-TYTECA* rehabilita la retórica para el Derecho, o, ya en el ámbito iberoamericano, Luis RECASÉNS SICHES, quien rechaza la aplicación de la lógica al Derecho fuertemente influido por las teorías del realismo norteamericano. Comencemos por este último autor.

5.1. La teoría del “logos de lo razonable” de Luis RECASÉNS SICHES

“Todas las definiciones de la razón que hacían consistir lo esencial de ésta en ciertos modos particulares de operar con el intelecto, además de ser estrechas, la han esterilizado, amputándole y embotando su dimensión decisiva. Para mí es razón, en el verdadero y riguroso sentido, toda acción intelectual que nos pone en contacto con la realidad, por medio de la cual topamos con lo trascendente. Lo demás no es sino (...) puro intelecto, mero juego casero y sin consecuencias, que primero divierte al hombre, luego lo estraga y, por fin, le desespera y le hace despreciarse a sí mismo”.

José ORTEGA Y GASSET⁴⁴

Luis RECASÉNS SICHES fue un filósofo del Derecho español, discípulo en el ámbito jurídico de José ORTEGA Y GASSET, que

44. Cito según Luis RECASÉNS en su *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., p. 645.

desarrolló su labor investigadora y docente en México. En sus diversos trabajos se esforzó en poner de relieve las insuficiencias de la aplicación de los métodos lógico-deductivos al razonamiento jurídico. La infravaloración del papel de la lógica por RECASÉNS y en cierto modo una actitud de desdén hacia ella se aprecia con particular intensidad en las palabras de ORTEGA que encabezan este epígrafe y que RECASÉNS hace suyas en su argumentación. Bajo este punto de vista, este autor mantiene un cierto escepticismo de corte realista frente a la posibilidad de un análisis racional de los procesos de decisión jurídica, pero no llega a sumirse en el total irracionalismo, proponiendo a cambio una debilitación de la razón gracias a una alternativa a la aplicación de la lógica formal al Derecho que denomina "logos de lo razonable". Se trataría de una lógica de lo razonable, opuesta a la lógica de lo racional. Una lógica material frente a la formal, en definitiva, una lógica de lo humano frente a la lógica tradicional. El siguiente fragmento pone de relieve el parentesco de esta lógica de lo razonable con otras teorías próximas a las que me he referido anteriormente:

"El campo del logos es muchísimo más extenso que el área de la lógica pura tradicional. Comprende otras regiones, como, por ejemplo, la de la razón histórica apuntada por DILTHEY, la de la razón vital e histórica mostrada por ORTEGA Y GASSET, la de la experiencia práctica desenvuelta por DEWEY, la lógica de lo humano o de lo razonable a cuya explotación estoy yo dedicado"⁴⁵.

RECASÉNS insiste con frecuencia en la unicidad de la experiencia jurídica, en la necesidad de analizar el Derecho aquí y ahora, *hic et nunc*. Cada caso es diverso y por ello el Derecho es

45. *Ibid.*, p. 642.

esquivo a las generalizaciones, las sistematizaciones y los métodos de la ciencia. RECASÉNS afirma que hasta el momento de su aplicación, "las leyes son siempre una obra inconclusa"⁴⁶ y en este sentido se muestra favorable a postulados del realismo norteamericano. De hecho, RECASÉNS se expresa en términos muy laudatorios en relación con este movimiento y se refiere con insistencia a esa vertiente real del Derecho vivo, la que se nos descubre cuando el Derecho abandona su abstracción. Mostrando una clara adhesión, nuestro autor recoge la siguiente cita, donde un civilista español, Javier DUALDE, afirmaba: "una abstracción es lo opuesto a una concreción. Como lo concreto es lo real, lo abstracto es lo irreal"⁴⁷. Por esta razón RECASÉNS censura "la exaltación de la matemática como tipo ejemplar de conocimiento"⁴⁸, fruto de un "prejuicio racionalista en favor de lo general"⁴⁹, de un "fetichismo de lo general"⁵⁰ o "de un espíritu de veneración a lo universal y de desdén hacia las singularidades de lo particular, que, nacido en Grecia, revivió impetuosamente en la cultura moderna y se proyectó sobre todos los sectores de ella, incluso en el campo de la interpretación del Derecho positivo"⁵¹.

46. *Ibíd.*, cit., p. 628.

47. Javier DUALDE (Una Revolución en la Lógica del Derecho (Concepto de la interpretación del Derecho privado —1933—), citado por RECASÉNS, *Ibíd.*, p. 638

48. RECASÉNS, L., *Antología 1922-1974*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1976, p. 199.

49. *Ibíd.*

50. *Ibíd.*, p. 205.

51. RECASÉNS, L., "Interpretación jurídica por medio del 'logos de lo humano' o de 'lo razonable'", en *Antología 1922-1974*, cit., pp. 201 y 190-219.

En un estudio como el presente en el que se asume la posibilidad de una racionalidad más fuerte que la sostenida por RECASÉNS, la relevancia de su obra se ciñe sobre todo a su preocupación por las cuestiones argumentativas y a su firme voluntad de poner al descubierto las insuficiencias de una concepción estrictamente lógico-deductiva de la aplicación del Derecho. Sin embargo, la obra de RECASÉNS recurre a instrumentos para superar esta insuficiencia que seguramente generen más problemas de los que puede resolver. Su misterioso y oscuro “*logos de lo razonable*” no presenta una articulación definida que nos permita siquiera intentar su cuestionamiento (y ésta es la primera condición que habría de cumplir una teoría, que sea susceptible de ser cuestionada). Esta indefinición seguramente sea un rasgo que con más o menos intensidad caracteriza a los autores de la TAJ de los años cincuenta.

5.2. La tónica de Theodor Viehweg

Cuando tenemos que defender una posición mediante argumentos, es posible ahorrarse mucho trabajo invocando normas aceptadas *ex ante* por nuestro interlocutor o que son comúnmente aceptadas. De este modo, los lugares comunes, los tópicos, las opiniones asumidas generalizadamente nos pueden ahorrar un considerable esfuerzo fundamentador. En el mundo del Derecho, Theodor VIEHWEG confirió gran importancia a esta forma de argumentar⁵².

Theodor VIEHWEG escribió una habilitación para la cátedra hacia 1953 que habría de gozar de gran éxito posterior. La

52. Vid. VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1986.

obra se tituló *Topik und Jurisprudenz* y pretendió ser un contrapunto a las corrientes sistematizadoras del Derecho que por esos años intentaban desarrollar una lógica de las normas, una lógica deóntica, y más precisamente, una lógica jurídica. Manuel ATIENZA ha destacado los siguientes condicionantes para la rehabilitación de la tópica de la mano de VIEHWEG: (1) el renacimiento de la tópica con carácter previo en otras disciplinas ajenas al Derecho; (2) la aparición de la lógica deóntica y la lógica jurídica con los escritos de VON WRIGHT y KLUG, frente a los que la tópica representa una reacción y (3), finalmente, la aparición de otros trabajos también referidos a la argumentación jurídica en términos semejantes a los del propio VIEHWEG.

VIEHWEG parte de la disyuntiva planteada por el filósofo Nicolai HARTMANN entre pensamiento sistemático (*Systemdenken*) y pensamiento problemático (*Problemdenken*). El pensamiento problemático o aporético arranca del problema para encauzar posteriormente un sistema, en tanto que el proceder sistemático opera desde el sistema una selección de los problemas. La tradición analítica ha dado prioridad a la idea de sistema a la hora de estudiar el Derecho, mientras que la tradición hermenéutica ha conferido la prioridad a la idea de problema en perjuicio de la idea de sistema.

Por ejemplo, la teoría del Derecho de los argentinos ALCHOURRÓN y BULYGIN⁵³ ha concebido el ordenamiento jurídico como un sistema axiomático, siguiendo el modelo de HILBERT. Según los profesores bonaerenses, el Derecho puede ser reconstruido como un conjunto de enunciados jurídicos formulados singularmente por el legislador que funcionan como axiomas, la base

53. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971), Astrea, Buenos Aires, 1987.

axiomática del sistema, y un conjunto de enunciados derivados lógicamente que cumplen la función de teoremas del sistema, consecuencias lógicas de los axiomas. KELSEN denominaba sistemas estáticos a los sistemas normativos que funcionan exclusivamente de este modo. Siguiendo libremente un ejemplo del propio KELSEN, imaginemos que una tribu tiene un único código de conducta escrito desde tiempos inmemoriales sobre un papiro y en el que figuran una norma y dos definiciones extensionales, de modo que el sistema normativo de nuestra tribu (SnT) está formado por la norma N1 y las definiciones Def. 1 y Def. 2:

N1: "Debes amar a tu prójimo"

Def. 1: "Amar" es ayudar y no agredir

Def. 2: "Tu prójimo" es tu familia y tu vecino

N1, Def. 1 y Def. 2 configuran la base axiomática del sistema normativo de nuestra tribu imaginaria (SnT). Sin embargo, aquí no se acaban las normas del sistema. También forman parte de él, según lo dicho, las normas derivadas lógicamente de estas normas codificadas. De modo que también pertenecen a SnT las siguientes normas, a pesar de no haber sido nunca pronunciadas (ni quizá imaginadas) por nadie:

N2: "Debes ayudar a tu familia"

N3: "Debes ayudar a tu vecino"

N4: "No debes agredir a tu familia"

N5: "No debes agredir a tu vecino"

Estas normas (N2-N5) forman parte del sistema SnT porque no es posible que N1, Def. 1 y Def. 2 formen parte de SnT y

que las normas N2, N3, N4 y N5 no formen parte de SnT. El conjunto de normas formado por N2, N3, N4 y N5 están *contenidos* en las normas formuladas en el sistema formado por N1, Def. 1 y Def. 2. Muchos autores han considerado, sin embargo, que este planteamiento resulta insuficiente y desenfocado cuando hablamos de Derecho. El Derecho no sería susceptible de una sistematización como ésta. Y ello no sólo por la complejidad institucional de las normas jurídicas reales emanadas de sofisticadas estructuras estatales. En realidad, ni siquiera un ejemplo tan simplificado como el propuesto evita numerosos problemas interpretativos y valorativos implicados o las dificultades de la aplicación de la lógica al Derecho (*infra* capítulo IV). Ahora no es posible detenerse en un estudio pormenorizado de esta cuestión; baste constatar la visión del Derecho como sistema que básicamente sostienen algunos autores a los efectos de contrastarla mejor con la concepción y la aplicación del Derecho de corrientes escépticas frente a la idea de sistema.

Un defensor de la tónica jurídica jamás estudiaría el Derecho como se acaba de hacer. Quien mantiene una concepción tónica del Derecho se preocupa más bien por el problema concreto y desde ahí comienza a tener una visión del sistema SnT. El punto de partida de la tónica sería probablemente preguntarse cuál es la decisión del chamán (al que se le ha encargado consuetudinariamente aplicar el código de la tribu) ante el conflicto que se plantea cuando delante de todos un individuo A ha mirado desafiante a otro B, de muy lejano parentesco, en una fiesta pública. ¿Cómo decidir en este caso? ¿Podemos decir que estamos ante un caso de agresión aunque no sea física? ¿Ha incumplido A las normas de la tribu que imponen amar a sus parientes? ¿qué grado de parentesco se contempla en la norma? Lo importante aquí no es lo que dice el Código, sino cómo resolver el caso aquí y ahora, y entonces entran en juego las

técnicas de la tópica jurídica, entra en juego los lugares comunes socialmente aceptados, la tradición jurídica compartida, etc.

Theodor VIEHWEG vio con claridad que ante el Derecho (como ante cualquier estilo de pensamiento) eran posibles por tanto dos caminos a seguir: transformar ese estilo en un método deductivo (sistematizarlo, como seguramente propondrían ALCHOURRÓN y BULYGIN) o bien conservar el estilo dado históricamente y hacer de él el objeto de una ciencia, alternativa esta última, por la que se inclina decididamente. Parece vislumbrarse en este proceder una importante vertiente historicista que encuentra en el providencial transcurso de la historia y de sus resultados un referente objetivo. En su obra VIEHWEG se refiere al estilo de los jurisconsultos romanos, desprovisto de sistematicidad, como el más adecuado a la naturaleza del Derecho. La jurisprudencia debe regirse por un pensamiento problemático y la tópica, en cuanto que representa “la técnica del pensamiento problemático”, vendría a ser el instrumento más adecuado para su desenvolvimiento. Como dice PERELMAN,

“Los lugares comunes juegan en la argumentación un papel análogo al de los axiomas en un sistema formal. Pueden servir de punto de partida porque se considera que son comunes a todas las mentes. Difieren de los axiomas porque la adhesión que se les concede no está fundada sobre su evidencia sino, al contrario, sobre su ambigüedad y sobre la posibilidad de interpretarlos y de aplicarlos de maneras diferentes”.

Esta ambigüedad favorece una mayor relevancia del consenso, que se encuentra en la propia génesis de los tópicos y de la forma de vida en la que nacen.

En definitiva, VIEHWEG concibe el Derecho a partir de una aporía fundamental: “qué sea lo justo aquí y ahora”, pues las

normas integrantes del ordenamiento jurídico parecen sufrir una alteración al contacto con los casos concretos. La ley escrita se torna aquí un lugar común con reconocimiento social, un mero tópico más, si bien *topos* de partida. Esta singularidad de la experiencia jurídica *hic et nunc* no se adecuaría a las largas cadenas de razonamientos que desarrolla el proceso deductivo (*per modum conclusionum*) a partir de un Derecho sistematizado.

En franca oposición a tal procedimiento, en el aporético no existe un *primum verum* al que se incorpore únicamente la pasividad del sujeto. Aquí el *verum* deja paso a los *verosimilia*. La argumentación, podría decirse, aparece como una distensión, un *continuum* en el que la intervención del sujeto constituye una actividad inventiva permanente *per modum determinationis*: “La tópica no se entiende si no se admite (...) que continuamente se está decidiendo” nos dice el propio VIEHWEG. El sujeto se hace presente a lo largo de todo el razonamiento mediante la ponderación de los *tópoi* (*ars inveniendi*). Estos tópicos de primer grado constituyen, de este modo, puntos de vista directivos que, una vez consolidados, se integran en repertorios de puntos de vista (“tópica de segundo grado”). Los tópicos aparecen así como los *loci communes*, los lugares comunes de cada rama del saber, que auxilian una actividad decisoria esencialmente subjetiva.

Por todo ello, la tópica de VIEHWEG ha provocado grandes críticas. La vaguedad y, en expresión de GARCÍA AMADO, la “pluriformidad o indefinición metodológica”⁵⁴ de la propuesta de VIEHWEG (aspectos en los que éste cifraba precisamente su

54. GARCÍA AMADO, J.A., *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, p. 103.

mayor valor pragmático y en los que probablemente radique el origen de su éxito) han estimulado las críticas más incisivas. Por ejemplo, como ha señalado Luis PRIETO SANCHÍS: "(a)quí el Derecho ni siquiera sería una predicción acerca de cómo se comportarán los tribunales; sería casi una adivinanza"⁵⁵ y Robert ALEXY nos recuerda que, por más que se haya intentado perfilar los *topoi*, "con un enunciado como 'lo insoportable no es de Derecho' no puede hacerse nada"⁵⁶. También se han formulado observaciones a las consecuencias ideológicamente conservadoras que comporta su teoría (que privilegia los tópicos socialmente aceptados y consolidados frente a las posibles posiciones críticas) y a la exagerada o, al menos, conflictiva contraposición de la tópica al sistema. Hoy en día hay quien ha llegado a afirmar que la tópica está muerta⁵⁷, pero incluso aceptando esta conclusión tan rotunda parece innegable el gran valor anticipatorio de la teoría de VIEHWEG al potenciar la perspectiva argumentativa desde una posición que se esfuerza en compatibilizar la práctica con la razón y la justicia. Por todo ello ha podido afirmar Manuel ATIENZA: "(e)l mérito fundamental de VIEHWEG no es el de haber construido una teoría, sino el de haber descubierto un campo para la investigación"⁵⁸.

55. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 63.

56. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, C.E.C., Madrid, p. 42.

57. WEINBERGER, O., "Überzeugen als Aufgabe", en *ARSP*, Vol. 81 (1995), cuaderno 3, pp. 305-320, aquí p. 308.

58. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho*, cit., p. 63.

5.3. La nueva retórica de Chaim PERELMAN

“Cantan los pájaros, cantan
sin saber lo que cantan:
todo su entendimiento es su garganta.”
Octavio PAZ⁵⁹.

El administrativista Alejandro NIETO cuenta que durante un paseo con dos juristas, un emperador romano prometió que regalaría un caballo al que le ofreciera el mejor dictamen para un asunto. Uno de ellos dictó un estudio bien fundado, pero con una conclusión que no agradaba al emperador. El otro le ofreció un dictamen con peores razones, pero en el sentido que agradaba a su distinguido cliente. Naturalmente, fue el segundo quien obtuvo el caballo como recompensa, a pesar de que el otro fue más justo. El segundo dictamen se llevó el *equus*, a pesar del que el primero fuera el más *aequus*.

Una vía muy tentadora para explicar en qué consiste razonar jurídicamente e incluso para proponer estrategias argumentativas consiste en contemplar la argumentación jurídica como un ejercicio de retórica, esto es, una práctica argumentativa cuyo objetivo consiste en captar la adhesión de alguien. Bajo este punto de vista, argumentar jurídicamente es, más allá de que las razones aportadas sean *objetivamente* correctas, una actividad discursiva mediante la que se persigue convencer a nuestro interlocutor. En este sentido, la argumentación tiende a aproximarse más bien a una negociación de intereses en juego en la que el participante debe hacer uso de técnicas que le permitan conseguir el mejor resultado posible.

59. PAZ, O., “Retórica”, en *Libertad bajo palabra*, Cátedra, Madrid, 1990, p. 113.

Cabe pensar que, de entre los diversos juristas, los abogados serían quienes asumirían con más claridad esta perspectiva estratégica.

Todos conocemos personas que gozan de mayor poder de persuasión que los demás, personas dotadas particularmente para la interpretación del lenguaje no verbal y que gozan de una inteligencia emocional especial, personas con una cierta capacidad para desvelar los intereses más o menos explícitos o confesables de su interlocutor y para generar una cierta empatía entre quienes le escuchan. De todos es sabido que estas habilidades suelen ser muy apreciadas entre los juristas y que éstos se han esforzado por cultivar habilidades oratorias y retóricas, que han sido objeto de estudio desde la antigüedad clásica. Entre quienes han sostenido una concepción retórica de la argumentación jurídica destaca la figura del PERELMAN.

Chaïm PERELMAN (1912-1984), de origen polaco, creció y se formó en Bélgica. PERELMAN pretendió construir una lógica específica de los valores. En un principio quiso incorporar las ideas de FREGE al razonamiento de disciplinas como el Derecho, la estética, la moral o la política. Una y otra vez se encontró con la aparición de valores en tales razonamientos que imposibilitaban su proyecto. Su investigación, desarrollada junto a Lucie OLBRECHTS-TYTECA y recogida en su *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, sobre textos de filosofía, estética, moral y política, no condujo a innovación alguna, sino más bien a todo lo contrario, precisamente a la rehabilitación de una disciplina de la antigüedad, la retórica, un curioso “descubrimiento”, una “conclusión inesperada” según confiesa nuestro autor⁶⁰.

60. PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica* (1976), trad. de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1988 (reimp.), p. 136.

PERELMAN acaba por contraponer dos esferas bien distintas del pensamiento: la lógica formal, regida por la idea de necesidad, y la argumentación, presidida por la idea de lo plausible, aceptable, verosímil, fruto del consenso, lo que, como diría Aristóteles, "puede ser de otra manera". Este segundo ámbito es el que corresponde a la retórica.

PERELMAN define la nueva retórica como "el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar o de acrecentar la adhesión a tesis presentadas a un determinado auditorio"⁶¹. La argumentación excluye, en consecuencia, la *violencia*, porque tal adhesión se consigue mediante el lenguaje y no mediante la fuerza física, pero también excluye la *objetividad*, porque la persuasión del auditorio no garantiza, en todo caso, la verdad o la corrección del discurso.

Existen tres elementos fundamentales en la actividad argumentativa: el orador, el discurso y el auditorio. Aquí nos interesará particularmente la idea de auditorio. La argumentación persigue esencialmente la adhesión del auditorio y la magnitud de éste califica los resultados de la argumentación, dicho de otro modo, la argumentación es relativa al auditorio. Por tanto, el tipo y la fuerza de un razonamiento depende del tipo de auditorio al que se dirija. En un primer momento, PERELMAN distingue los siguientes tipos de auditorio: el auditorio universal, sobre el que se hablará más tarde, el auditorio constituido por un único oyente (diálogo) y el auditorio constituido por uno mismo. Más tarde, sin embargo, cobra mayor importancia la dualidad entre auditorio universal y auditorio particular. El auditorio universal está formado por todos los seres de razón, mientras que el auditorio particular está formado por un conjunto concreto de personas.

61. PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 151.

La idea de auditorio universal no es clara. Manuel ATIENZA⁶² lo caracteriza en los siguientes términos:

“(1) Es un concepto límite, en el sentido de que la argumentación ante el auditorio universal es la norma de la argumentación objetiva; (2) dirigirse al auditorio universal es lo que caracteriza a la argumentación filosófica; (3) el de auditorio universal no es un concepto empírico: el acuerdo de un auditorio universal ‘no es una cuestión de hecho, sino de Derecho’; (4) el auditorio universal es ideal en el sentido de que está formado por todos los seres de razón, pero por otro lado es una construcción del orador, es decir, no es una entidad objetiva; (5) ello significa no sólo que diversos oradores construyen diversos auditorios universales, sino también que el auditorio universal de un mismo orador cambia.”

Pues bien, en función del tipo de auditorio cabe distinguir dos tipos de argumentación:

1. La argumentación será meramente *persuasiva*, cuando se dirija a un auditorio particular.
2. Será *convincente* cuando se desenvuelva ante un auditorio universal, del que surgirán, por tanto, acuerdos válidos.

Autores diversos han sugerido que el concepto de auditorio universal adolece de una cierta ambigüedad que refleja las dificultades que presenta encontrar un equilibrio entre el postulado de la racionalidad y el relativismo social e histórico⁶³.

62. ATIENZA. M., *Las razones del Derecho*, cit., p. 70.

63. Vid. NEUMANN, U., *Juristische Argumentationslehre*, cit., p. 69; ATIENZA. M., “Para una razonable definición de ‘razonable’”, en *Doxa*, 4 (1987), pp. 189-200, aquí p. 191; ATIENZA. M., *Las razones del Derecho*, cit., pp. 89-91; AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, trad. de Ernesto Gazón Valdés y revisión del mismo y de Ruth Zimmerling, C.E.C., Madrid, 1991, pp. 280 y ss. y ALEXI, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 171 y 162.

Robert ALEXY⁶⁴ lo interpreta como un trasunto de la comunidad ideal de diálogo habermasiana. Llegados a este punto, la argumentación jurídica poco a poco ha dejado de ser un mero ejercicio de retórica, porque en última instancia persigue un grado de objetividad que excede con mucho la mera voluntad de captar circunstancialmente la adhesión de un auditorio para pasar a presentar una pretensión de fundamentación objetiva. Esta cuestión se tratará en el tema VIII.

Las críticas a los planteamientos de PERELMAN han sido también relevantes y se volverá sobre ellas más adelante (*infra* III.4). ATIENZA⁶⁵ ha formulado las siguientes: PERELMAN contrapone de forma excesiva lógica formal y lógica material. La insuficiencia del razonamiento lógico-deductivo no significa su invalidez absoluta. Por otro lado, algunas de las categorías centrales de la teoría de PERELMAN resultan ambiguas, singularmente la noción de auditorio universal, e ideológicamente la teoría de PERELMAN resulta tendencialmente conservadora y esto le permite concluir a ATIENZA que "PERELMAN suministra a los juristas, ante todo, buenas razones para seguir haciendo lo que hacen"⁶⁶. Un ejemplo de ello lo hallaríamos en lo que este autor denomina el "principio de inercia", según el cual todo argumento nuevo que quiera ser introducido frente a los vigentes tiene la carga de la argumentación.

64. Vid. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 170.

65. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho*, cit., pp. 86-101.

66. ATIENZA, M., recensión a *La lógica jurídica y la nueva retórica* (cit.), *Sistema*, 34 (1980), Madrid, pp. 142-151, aquí 151. También ATIENZA, M., *Las razones del Derecho*, cit., pp. 91-95, 97, 101.

Capítulo III

LA ACTIVIDAD JUDICIAL: PROBLEMAS INTERPRETATIVOS

SUMARIO: 1. La actividad judicial como actividad interpretativa y probatoria. 2. Concepto, tipos y concepciones de la interpretación: 2.1 Interpretación jurídica. Concepto y tipos. 2.2 Tres concepciones de la interpretación. 2.3 El formalismo: el modelo del juez autómatas. 2.4 El antiformalismo: El modelo subjetivista de juez. 2.5 La textura abierta del derecho. 3. El carácter discrecional de la interpretación. Los problemas interpretativos: 3.1 Problemas del contexto lingüístico. 3.2 Problemas de los contextos sistémico y funcional. 4. Casos fáciles y casos difíciles.



1. LA ACTIVIDAD JUDICIAL COMO ACTIVIDAD INTERPRETATIVA Y PROBATORIA

El razonamiento judicial es el *iter* que conduce a una *decisión* (el fallo de la sentencia) a partir de una *norma* (la norma aplicable) y unos *hechos* (los hechos que configuran el caso y que han sido probados). Es frecuente en la teoría jurídica actual recurrir a la figura del *silogismo práctico* para reconstruir este razonamiento. La decisión o fallo judicial se presenta entonces como la *conclusión* de un silogismo cuya *premisa menor* es una relación de hechos probados (H) y cuya *premisa mayor* es una norma que atribuye a esa clase de hechos (H) una consecuencia jurídica (C).

-Premisa mayor: H → C

-Premisa menor: H

-Conclusión: Fallo

Esta misma reconstrucción silogística se presenta a veces en términos de *subsunción*: el razonamiento judicial —se dice entonces— consiste en subsumir el supuesto de hecho concreto, es decir, los hechos enjuiciados y probados (H), en el supuesto de hecho abstracto de la norma.

Ya se formule en términos de silogismo o de subsunción, esta reconstrucción permite visualizar cómo la actividad judicial es esencialmente una actividad *interpretativa* y *probatoria*, pues la premisa mayor del silogismo es el resultado de la interpretación de una o varias normas, y la premisa menor el resultado de la prueba de (enunciados sobre) los hechos controvertidos o litigiosos.

Tal vez pudiera objetarse que esta reconstrucción es excesivamente simplificadora, pues, en sentido estricto, son *varias* las decisiones o juicios presentes en el razonamiento judicial:

- a) Una decisión de *interpretación*, consistente en establecer qué “dice” el Derecho.
- b) Una decisión o juicio de *validez*, consistente en determinar si es válida la norma aplicable.
- c) Una decisión *probatoria* o *juicio fáctico*, consistente en declarar cuál es la verdad sobre los hechos controvertidos o litigiosos relevantes en el conflicto.
- d) Una decisión o juicio de *subsunción* o *calificación jurídica* de los hechos, consistente en determinar si los hechos probados entran en el ámbito de aplicación de la norma;

es decir, si constituyen un caso concreto del supuesto de hecho abstracto previsto en la norma.

- e) Una decisión o juicio de *consecuencias*, que establece qué se sigue de los hechos probados y calificados.

Es verdad que esta multiplicidad de decisiones presenta la actividad judicial como una actividad notablemente compleja. Sin embargo esto no invalida la concepción de la actividad judicial como actividad interpretativa (de normas) y probatoria (de enunciados sobre hechos). Y ello porque, aunque analíticamente pueden distinguirse todas estas decisiones, ellas no reproducen necesariamente una secuencia de operaciones ni una diversidad de actividades. La decisión de *validez* casi siempre depende de (y se agota en) una previa interpretación: decidir si una determinada ley que se estima aplicable al caso es constitucional dependerá de que la misma, una vez interpretada, se entienda conforme a la Constitución. La *subsunción o calificación jurídica* de los hechos, de un lado presupone la verificación o prueba de los hechos de la causa, y de otro depende de (y se agota en) la interpretación de la norma: así, decidir si las palabras que X profirió contra Y constituyen un delito de injurias dependerá de lo que se entienda por (o sea, de cómo se interprete) injuriar en la norma penal; decidir si cierta conducta acreditada constituye una agresión sexual dependerá de lo que se entienda por ésta en la norma que tipifica estas agresiones; y decidir si el hecho de haber dado muerte a otro mientras dormía constituye un homicidio con alevosía dependerá de lo que se entienda por conducta alevosa en la norma penal que considera esta circunstancia. Por último, la decisión de *consecuencias* es también, a lo sumo, una decisión interpretativa: decidir cuál es la consecuencia jurídica que se deriva de una cierta conducta probada dependerá de cuál se entienda que es la consecuencia jurídica que el legislador anuda (o permite) para el caso en cuestión. En suma, pese a las

variadas operaciones que conceptualmente pueden distinguirse, la actividad judicial es esencialmente *actividad probatoria* y *actividad interpretativa*.

Por lo demás, hay que notar que no siempre concurren todas estas decisiones. Así, cuando el significado de la norma se presenta con claridad meridiana podría decirse que no es precisa la interpretación¹. A ello responde justamente el conocido principio *in claris non fit interpretatio*. Y otro tanto podría decirse respecto a la prueba cuando los únicos hechos de los que depende la decisión sean hechos notorios (a ello responde justamente la máxima *notoria non egent probatione*, pues probar hechos notorios es perder el tiempo del tribunal)²; o cuando, como sucede en el proceso civil, las dos partes enfrentadas “admitan” los hechos y, por tanto, no existan propiamente hechos controvertidos o litigiosos³.

-
1. “Podría decirse” que no es necesaria la interpretación, aunque en sentido estricto lo que sucede es que la interpretación, que desde luego existe, no es controvertida.
 2. Sin entrar en la problemática de la exacta definición de “notoriedad”, puede decirse que notorios son los hechos conocidos (o que pueden ser conocidos) por todos, y por tanto, también por el juez; es decir, aquellos cuya existencia está plenamente acreditada y es “de dominio público”, por ejemplo el hecho de una inundación, de una epidemia, de un terremoto, de una huelga, de un accidente aéreo, etc.
 3. Son “hechos admitidos” aquellos que, alegados por una parte, son admitidos por la contraria. La exención de prueba deriva aquí, no de que la simple admisión del hecho acredite su veracidad, sino de que la propia configuración legal del proceso (y así suele ser en el proceso civil) puede dejar a la *disposición de las partes* la fijación de los hechos, de manera que en el ámbito de ese proceso sólo exigen prueba los hechos controvertidos o no admitidos.

2. CONCEPTO, TIPOS Y CONCEPCIONES DE LA INTERPRETACIÓN

2.1. Interpretación jurídica: concepto y tipos

a) *Concepto de interpretación*

El término "interpretar" se puede aplicar, aunque con distintos matices, a objetos diferentes. Se puede interpretar, por ejemplo, un comportamiento humano, un acontecimiento histórico o social, etc. Pero cuando se habla de "interpretación jurídica", o de "interpretación del derecho", o de "interpretación de la ley", o de "interpretación de las normas", el objeto de la interpretación son *textos o documentos jurídicos* (leyes, reglamentos, tratados internacionales, testamentos, contratos, sentencias, actos administrativos, etc.), pues el derecho se expresa a través del lenguaje. La interpretación jurídica es, pues, una interpretación de enunciados, y como interpretar un enunciado consiste en atribuirle sentido o significado, la interpretación jurídica consiste en la *atribución de sentido o significado a los enunciados jurídicos*. Ahora bien, conviene formular tres observaciones respecto de este concepto de interpretación.

La primera es que el término interpretación no siempre es usado por los juristas de forma coincidente. A veces se usa un *concepto amplio* de interpretación, según el cual interpretar es atribuir significado a los enunciados jurídicos de acuerdo con las reglas de sentido y significado del lenguaje en que se expresan, con independencia de si existen o no discrepancias o controversias en torno a ese significado; es decir, según este concepto cualquier texto jurídico requiere ser interpretado, pues interpretar es darle sentido a un texto. Otras veces, sin embargo, se usa un *concepto restringido* de interpretación, según el cual interpretar es atribuir significado a un texto normativo (pero sólo) cuando existen dudas o controversias sobre el mismo; es

decir, la interpretación sólo es necesaria cuando el significado de los textos es oscuro o discutible, mientras que *in claris non fit interpretatio*, pues interpretar consiste en esclarecer (o en tratar de disipar las dudas sobre) el significado de un texto⁴.

La segunda observación es que, aun cuando la interpretación haga referencia a la atribución de sentido o significado a los textos jurídicos, conviene llamar la atención sobre el hecho de que a veces se habla de interpretación para denotar también otras operaciones; singularmente, la identificación de las fuentes del derecho válidas, la integración del derecho en caso de lagunas o la resolución de antinomias.

Por último, aunque pueda hablarse de interpretación jurídica para hacer referencia a la que versa sobre enunciados jurídicos, cualesquiera que estos sean (por ejemplo, leyes y reglamentos pero también contratos y resoluciones administrativas), lo cierto es que cuando los juristas hablan de interpretación suelen pensar en la interpretación de la ley y de las fuentes del Derecho en general. De hecho, la mayor parte de la literatura jurídica sobre la interpretación se centra en la interpretación de las fuentes. También aquí nos ceñiremos a ella.

b) Tipos de interpretación

Aunque es evidente que cualquiera puede interpretar los textos legales, en el ámbito jurídico la interpretación es realiza-

4. Confronta estos dos conceptos GUASTINI, R., “La interpretación. Objetos, conceptos y teorías”, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, R. VÁZQUEZ (comp.), Fontamara, México, 1998. Y J. WRÓBLEWSKI distingue, junto a los conceptos *sensu largo* y *sensu stricto*, el concepto *sensu lagissimo*, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, 1985.

da prevalentemente por determinados operadores. Precisamente dependiendo de quién sea el intérprete suelen distinguirse cuatro tipos de interpretación: la interpretación auténtica, la oficial, la doctrinal y la judicial.

Interpretación auténtica es la que realiza el propio autor del documento o disposición interpretada. Es frecuente realizar este tipo de interpretación cuando el legislador, consciente de las controversias interpretativas que una ley anterior puede suscitar o incluso a la vista de las que ya ha suscitado en la práctica jurídica, pretende zanjar el conflicto dictando una nueva ley (una ley interpretativa) en la que se fija cómo debe interpretarse la ley objeto de controversia.

Interpretación oficial es la realizada por una autoridad u órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones institucionales. Por ejemplo, las circulares interpretativas que la Administración dirige a los funcionarios.

Interpretación doctrinal es la realizada por los juristas, particularmente por los profesores de derecho en obras académicas. En la medida en que los juristas no están habilitados para "decidir" el significado de los textos normativos, sus interpretaciones sólo pueden ser entendidas como sugerencias o recomendaciones dirigidas a los jueces; de hecho, sus propuestas interpretativas ejercen muchas veces (aunque no siempre) influencia sobre las orientaciones jurisprudenciales de los tribunales. Por lo demás, la interpretación doctrinal está más bien orientada a fijar el significado de los textos normativos en abstracto, sin preocuparse de la solución para un caso específico.

Interpretación judicial es, por último, la realizada por un órgano jurisdiccional. Esta interpretación es, frente a la doctrinal, una interpretación orientada a buscar la solución para un caso concreto: el objetivo que la mueve es decidir si el caso en

cuestión entra o no en el campo de aplicación de la disposición normativa interpretada.

El estudio de la interpretación se interesa especialmente por la interpretación judicial, lo cual obedece en gran medida al hecho de que ésta produce efectos jurídicos vinculantes, aunque en la mayoría de los casos esa vinculación se circunscriba al caso concreto decidido. Además, el hecho de que la teoría de la argumentación jurídica se centre fundamentalmente en la argumentación judicial constituye un espaldarazo a ese interés por la interpretación judicial.

2.2. Tres concepciones de la interpretación

Hemos dicho que interpretar un texto legal consiste en atribuirle sentido o significado, pero el término "interpretación" puede denotar aún una *actividad* (la actividad interpretativa) o el *resultado* o producto de dicha actividad⁵. La interpretación como *resultado* es el significado atribuido a ese texto. En qué consista la *actividad* interpretativa es, sin embargo, una cuestión controvertida. Mientras que para unos la atribución de significado (o sea, la actividad interpretativa) consiste en *decidir* el significado de un texto jurídico, para otros consiste en *averiguarlo* o descubrirlo. En lo que sigue vamos a hacer un repaso por las diferentes concepciones de la actividad interpretativa.

En la literatura jurídica moderna cabe identificar en línea de principio tres grandes concepciones de la interpretación (más

5. *Interpretación-actividad e interpretación-producto* son las expresiones acuñadas por TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.

exactamente: de la interpretación-actividad), que van también íntimamente ligadas a un modelo de juez⁶:

- a) Una concepción *objetivista o cognoscitivista (y optimista)* de la interpretación, según la cual los textos legales tienen un significado propio u objetivo e interpretar consiste en *averiguarlo o conocerlo*. Si esta concepción puede calificarse también de *optimista* es porque se confía en la posibilidad de encontrar, a través de la interpretación, la decisión interpretativa "correcta". Esta concepción de la interpretación se conecta con un modelo de juez automática; un juez que en todo caso desempeña una actividad objetiva, neutral, avalorativa, no creativa sino simplemente aplicativa y que, por ello mismo, requiere pocos esfuerzos argumentativos.
- b) Una concepción *subjetivista (y escéptica)* de la interpretación, según la cual los textos legales no tienen un significado propio u objetivo e interpretar consiste justamente en *decidir o adjudicarles* uno que estará influido por las actitudes valorativas de los intérpretes y/o los intereses sociales, económicos, etc. que rodean el caso. Si esta concepción puede calificarse también de *escéptica* es porque desconfía de la posibilidad de obtener, a través de la interpretación, la decisión interpretativa "correcta": sencillamente ésta no existe. Esta concepción de la interpretación se conecta con un modelo de juez "creador" de Derecho; un juez que en todo caso desempeña una actividad ideológica, valorativa, no aplicativa sino esencialmente subjetiva y que, por ello mismo, no es susceptible de control racional. Es decir, esta posición es

6. Cfr. GUASTINI, R., "La interpretación. Objetos, conceptos y teorías", cit.

también *escéptica* frente a la posibilidad de control racional de las decisiones.

- c) Una concepción *intermedia* de la interpretación, según la cual interpretar consiste en *atribuir* (no subjetiva o arbitraria sino racionalmente) significado al texto legal, y en ciertos casos (*fáciles*) tiene sentido referirse a la interpretación como *descubrimiento o averiguación* del significado. Esta concepción se conecta con un modelo de juez donde, tomándose conciencia del carácter político o valorativo (por tanto, en alguna medida, creativo) presente inevitablemente en la interpretación, no se aboca, sin embargo, al subjetivismo extremo: la interpretación es considerada una decisión más o menos discrecional *en el ámbito de las posibilidades interpretativas del texto legal* y, por ello mismo, susceptible de un control racional.

Aunque las concepciones aludidas representan modelos abstractos de interpretación, con más o menos matices se identifican con los modelos de juez y de interpretación propios del formalismo jurídico, del antiformalismo y de la tesis de la textura abierta del derecho.

2.3. El formalismo: el modelo del juez autómeta

La concepción objetivista de la interpretación es propia del formalismo jurídico europeo del siglo XIX, que concebía la tarea judicial como puramente mecánica o silogística. El origen de esta concepción se encuentra en la inédita pretensión, avanzada por los ilustrados y sus sucesores, de sustituir el gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, una pretensión que suponía que la decisión de los conflictos ha de proceder de la ley, de manera que al juez sólo le corresponde leer en voz alta la

decisión legal. Tal vez nadie lo describió mejor que MONTESQUIEU: los jueces son “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar su fuerza ni su rigor”. Esta tesis, además, encontró exitosa expresión en la figura retórica del juez autómatas que debe desempeñar una tarea puramente silogística. En *De los delitos y de las penas*, BECCARIA lo recomendaba expresamente: “en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena”.

Naturalmente, lo que pretendían los pensadores clásicos al configurar al juez como un autómatas y a la actividad judicial como un silogismo perfecto era subrayar que el único criterio que los jueces debían manejar al resolver los casos era la ley, dejando al margen otros criterios posibles y, desde luego, sus sentimientos e intereses personales. Sin embargo, el positivismo legalista terminó pervirtiendo esta tesis, haciendo pasar por realidad lo que inicialmente fue sólo una figura retórica; o sea, degradando al juez al nivel de un autómatas. La labor de los jueces, o, más en general, de los intérpretes y aplicadores del Derecho, pasa a concebirse entonces como meramente silogística y, precisamente por ello, no generadora de especiales problemas: la norma jurídica constituye la premisa mayor del razonamiento (“el que matare a otro será condenado a S”), el caso enjuiciado su premisa menor (“María mató a Pedro”) y la conclusión o fallo la consecuencia lógica (“María debe ser condenada a S”). Es verdad que la operación silogística va precedida de otras dos: la fijación de la premisa mayor o búsqueda de la norma y de la premisa menor o prueba de los hechos. Pero esto no es óbice para mantener el carácter mecánico o al menos objetivo de la actividad judicial, pues ninguna de estas dos operaciones —se sostiene— entraña (o debe entrañar) subjetividad

o creatividad. Por lo que se refiere a la prueba de los hechos, porque se concibe como una operación objetiva más o menos fácil o difícil, pero en todo caso capaz de conducir a la certeza. Por lo que se refiere a la determinación de la norma, porque se maneja una *teoría cognoscitivista de la interpretación*.

Según la concepción cognoscitivista de la interpretación las normas tienen un significado *propio u objetivo*, previo, por tanto, a la interpretación, y la actividad interpretativa se concibe entonces como *averiguación* o conocimiento del significado propio de las normas. En algunos casos este significado aparece de manera evidente, y por tanto sin necesidad de un especial esfuerzo interpretativo, pues —se sostiene— *in claris non fit interpretatio*; por ejemplo, el artículo 49 de la Constitución peruana de 1993 (“La capital de la República del Perú es la ciudad de Lima. Su capital histórica es la ciudad del Cusco”) tiene un significado (propio) muy claro. En el resto de los casos, el juez puede encontrar el significado con ayuda de *técnicas o métodos de interpretación*, principalmente de los basados en la búsqueda de la voluntad, la intención o la finalidad del legislador. Obsérvese, por tanto, que, el concepto de interpretación que se maneja es el restringido, según el cual sólo es necesaria la interpretación en los casos oscuros.

Esta concepción de la interpretación permite mantener la tesis de la *unidad de solución correcta*: el ordenamiento contempla una y sólo una respuesta correcta para cada conflicto jurídico que puede ser recabada (o descubierta) a través de la interpretación. Pero no sólo porque cada norma admite una única interpretación correcta (la coincidente con su significado propio), sino también porque el ordenamiento se concibe como pleno y coherente, de manera que en caso de lagunas existen reglas de integración (la *analogía legis* y la *analogía iuris* o principios generales del Derecho) y en caso de antinomias criterios

para su resolución (los criterios de la *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*) que permiten mantener la existencia de una única interpretación correcta.

En suma, en la ideología formalista los problemas de aplicación judicial del Derecho son sólo problemas interpretativos resolubles mediante técnicas jurídicas. Cobra, aquí, sentido la distinción entre casos fáciles y difíciles, que se cifra en la necesidad o no de interpretar. Estamos ante un *caso fácil* cuando la letra de la ley no plantea problemas, por lo que ni siquiera es necesaria la interpretación. Estamos ante un *caso difícil* cuando el texto legal plantea problemas (ambigüedad o vaguedad) o se presentan lagunas o antinomias. En estos supuestos es necesario interpretar, pero el juez dispone siempre de métodos de interpretación o de guías que garantizan la objetividad de la decisión.

Por lo demás, el modelo formalista del juez autómatas presenta a éste como un sujeto que actúa con total independencia y objetividad y al que, por tanto, no cabe exigir responsabilidad política. Es, pues, un modelo *ideológico* que legitima como neutral cualquier decisión interpretativa: si la actividad judicial responde a una técnica mecánica, si la interpretación es una operación cognoscitiva y en este sentido objetiva, es evidente que el juez (el buen juez, se entiende) es, como el científico, un sujeto que desempeña su labor sin proyectar en ella intereses ni pasiones. Frente a la legislación, que es el ámbito de la política, las valoraciones, la ideología y los intereses, la jurisdicción aparecen como el ámbito de lo estrictamente reglado.

2.4. El antiformalismo: el modelo subjetivista de juez

La idea excesivamente ingenua (e ideológica) del formalismo jurídico no pudo mantenerse incólume demasiado tiempo.

La reacción antiformalista tuvo lugar a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX y supuso, en general, un reconocimiento del carácter valorativo y no mecánico o deductivo de la actividad judicial, una "epidemia de sinceridad" donde los juristas confiesan lo que pasa realmente en las trastiendas de las Salas de Justicia⁷.

En el ámbito europeo, la reacción tal vez se explique por la nueva situación social. El contexto cultural en el que se desarrolló el formalismo jurídico correspondía a un mundo más o menos estático, el de la Europa del siglo XIX, donde los conceptos, instituciones y normas jurídicas elaboradas por la dogmática daban cuenta de las estructuras sociales y políticas que reflejaban. Pero ya a finales del siglo comenzaron a producirse una serie de cambios en la sociedad que terminarían removiendo las estructuras e instituciones sobre las que ésta se asentaba. En los países tecnológicamente más avanzados, la Revolución Industrial supuso una transformación de la sociedad que reclamaba el cambio de las viejas normas jurídicas, expresión más bien de intereses burgueses y en todo caso obsoletas. Era, pues, natural que se produjeran manifestaciones contra el formalismo y se terminara desarrollando una corriente que apelaba a la necesidad de que el Derecho (también a través de la interpretación) reflejase la concreta realidad histórica. Por lo demás, en una época de constantes cambios donde la ley perdía permanentemente sus referencias sociales, uno de los problemas recurrentes era el de las lagunas, pues los casos no contemplados eran muchos y su solución exigía una interpretación en cierto modo libre o no reglada del Derecho a efectos de dar respuesta a las nuevas demandas sociales.

7. Vid. PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

La evidencia de que la riqueza de la experiencia social era muy superior a la imaginación del legislador, de que, por tanto, se planteaban conflictos sociales no previstos en las normas y de que, además, el lenguaje jurídico adolecía de vaguedad y ambigüedad, condujo a planteamientos de signo totalmente antiformalista: desde el de IHERING y su concepción del Derecho (y la interpretación) como garantía de los intereses de la sociedad, hasta los más radicales de la Jurisprudencia de Intereses y la Escuela de Derecho Libre.

La corriente de la *jurisprudencia de intereses*, cuyo principal representante es Ph. HECK, sostiene, igual que IHERING, que el Derecho (y su interpretación) debe encaminarse a satisfacer los intereses y las necesidades de la vida social; en caso contrario —dice HECK— se convierte en un girar en el vacío carente de incidencia práctica. La oposición más clara al formalismo se da a propósito del problema de las lagunas jurídicas. Mientras que allí se operaba con el dogma de que el Derecho es completo, HECK afirma que contiene lagunas y que éstas deben integrarse mediante un desarrollo axiológico de la ley; esto es, tomando en consideración los intereses y valores que se encuentran en juego, y en particular los que inspiraron al legislador en la redacción de la norma. Pero en el caso de que estos no sean suficientes, el juez —se sostiene— está legitimado para desarrollar su propia valoración.

De todos modos aún cabe encontrar un planteamiento antiformalista más radical en la *Escuela de Derecho Libre*, pues la tesis central de este movimiento, abanderado por H. KANTOROWICZ (*La lucha por la ciencia del Derecho*, 1906), es que, junto al Derecho estatal, existe un Derecho libre, un Derecho procedente de las opiniones de los juristas y de la sociedad y que debe prevalecer sobre el primero en caso de conflicto. El juez —afirma KANTOROWICZ— “dictará la sentencia que, según su

convicción, el actual Poder del Estado habría decretado si hubiese pensado en el caso de autos. Si el juez no fuese capaz de formarse tamaña convicción, se inspirará en el Derecho libre. Finalmente, en casos desesperadamente complicados o dudosos, el juez debe resolver arbitrariamente”⁸.

Por otra parte, en el ámbito norteamericano, con un Derecho eminentemente casuístico o judicial, pronto se desarrolló una corriente de pensamiento, *el realismo*, que se aproximaba al Derecho desde el punto de vista del abogado (o del *bad man*, del juez Holmes), es decir, de quien está empeñado en defender los intereses de su cliente y al que por consiguiente no le interesa tanto la normatividad en abstracto o las grandes cuestiones jurídicas cuanto la respuesta judicial que presumiblemente recibirá una determinada conducta. Desde una perspectiva de este tipo es normal que se haga hincapié en la decisión judicial como elemento característico del Derecho y en el papel central que los motivos sociales, económicos, políticos, etc., juegan en ella. Surgen así las corrientes sociologistas (POUND y CARDOZO), el realismo pragmático (LLEWELLYN), el realismo valorativo (COHEN) y, la más extrema, el realismo psicológico de FRANK, que subrayan el componente volitivo, ideológico, experiencial o puramente intuitivo de la decisión judicial, frente al carácter supuestamente racional u objetivo que le había atribuido el formalismo jurídico.

Las enseñanzas de las corrientes antiformalistas, tanto las europeas como las norteamericanas, podrían acomodarse a la idea de que interpretar *no es averiguar o conocer sino decidir* qué significado conviene a un texto normativo, y que esa deci-

8. KANTOROWICZ, G., *La lucha por la ciencia del derecho*, trad. de W. Goldschmidt, en AA.VV. (*La ciencia del derecho*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1949.

sión está ligada al contexto cultural y social y/o se resiente de las convicciones de los intérpretes. La tesis general es, pues, que la interpretación está teñida de valoraciones o de subjetividad, o fuertemente influida por posiciones ideológicas o políticas; hasta las concepciones más radicales, como la de FRANK, según el cual no es la razón jurídica lo que está detrás de la decisión, sino las pasiones del juez: "el juez dicta sentencia con el estómago", puede ser el resumen de esta posición extrema. Por eso no tiene demasiado sentido distinguir entre *casos fáciles y difíciles*, pues siempre se interpreta, y la interpretación está contaminada por la ideología o las pasiones del juez.

2.5. La textura abierta del derecho

La crítica llevada a cabo por las corrientes antiformalistas ha tenido la virtud de poner al descubierto los múltiples factores sociológicos, psicológicos, axiológicos, económicos, políticos en definitiva, que inciden en la actividad judicial y que impiden presentarla como una actividad neutral o avalorativa y al juez como un sujeto irresponsable políticamente. Se trata, sin embargo, de un modelo que no puede resultar más descorazonador, pues no permite mantener ninguna esperanza en relación con la racionalidad judicial, ya que llega a sostenerse que no hay más Derecho que el pronunciado por el juez y que éste actúa de forma totalmente libre cuando no incluso arbitraria. Por eso hay quien contrapone al *noble sueño* de la ideología judicial del formalismo la *pesadilla* del antiformalismo más extremo.

En realidad, ninguna de estas dos concepciones resulta satisfactoria para dar cuenta de la actividad interpretativa. La primera ("el noble sueño") porque oculta o no hace explícito el componente ideológico o subjetivo de la actividad interpretati-

va, liberando al juez de cualquier responsabilidad política y exonerándolo por tanto de la carga de justificar sus decisiones: de hecho —se sostiene— el juez *no decide* sino que *descubre o averigua* el significado de los textos, aunque para ello haya de echar mano en ocasiones de complejas técnicas interpretativas. La segunda (“la pesadilla”) porque no mantiene ninguna esperanza en relación con la racionalidad judicial, por lo que no puede ser más nefasta para la ideología del Estado de derecho: el juez ejerce un poder puramente potestativo y sin vínculos, por más que después se enmascare ese poder bajo la noble pantalla de la motivación.

Assumiendo las enseñanzas del antiformalismo, el positivismo ha evolucionado hacia posiciones críticas con el modelo mecanicista original pero que, lejos de desembocar en la pesadilla de un subjetivismo extremo, postulan la exigencia de actuación racional o no arbitraria. Estas posiciones se vinculan a la tesis de HART de la “textura abierta” (*open texture*) del Derecho⁹, que pretende subrayar la irreducible vaguedad o indeterminación de la mayoría de los textos normativos, por cuanto formulados en lenguaje natural, y por consiguiente la presencia de algún grado de discrecionalidad en toda decisión interpretativa, pero sin renunciar a su racionalidad. Dos son, pues, los rasgos que caracterizan estas posiciones frente a las anteriores: por un lado, el carácter más o menos discrecional de la interpretación (y en esto se distinguen del formalismo); por otro, la exigencia de ejercicio limitado y no arbitrario de ese poder discrecional (y en esto se distinguen del antiformalismo más radical). En suma, la interpretación es la atribución de significado a un

9. HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, 2.^a ed., Ed. Nacional, México, 1980, cap. VII.

texto normativo en el ámbito de sus posibilidades interpretativas. Podemos, por ello, referirnos a estas posiciones como *concepción intermedia* de la interpretación, una concepción a la que puede calificarse, en contraposición al “noble sueño” del formalismo y a la “pesadilla” del antiformalismo radical, de *vigilia*.

3. EL CARÁCTER DISCRECIONAL DE LA INTERPRETACIÓN. LOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS

El punto de partida de la concepción intermedia es la toma de conciencia del *carácter discrecional* de la interpretación, y por consiguiente del componente ideológico o subjetivo que está presente en la misma, sobre todo cuando aparecen dudas o problemas interpretativos.

Aunque interpretar es una actividad más o menos discrecional consistente en atribuir significado a un texto en el ámbito de sus posibilidades interpretativas, la discrecionalidad se hace realmente manifiesta cuando la interpretación aparece (o es sentida como) dudosa o problemática. Las principales *dudas o problemas interpretativos* que pueden presentarse se ligan a los tres contextos en los que el texto legal se inserta: (a) *contexto lingüístico*, pues, por cuanto manifestación del lenguaje natural, el texto ha de ser interpretado según las reglas de ese lenguaje; (b) *contexto sistémico*, ya que los textos jurídicos se insertan en sistemas legales más amplios, de manera que su interpretación ha de hacerse teniendo en cuenta sus relaciones con el resto de los elementos del sistema; y (c) *contexto funcional*, pues la ley tiene una relación con la sociedad (con la ley se pretende lograr algún efecto social), de manera que cuando se la interpreta ha de valorarse si cumple la función o los fines para los que ha sido creada.

3.1. Problemas del contexto lingüístico

Los problemas interpretativos más evidentes aparecen porque el *lenguaje* jurídico plantea dudas; es decir, son problemas del contexto lingüístico. El lenguaje jurídico es un tipo especial de *lenguaje común* y, por tanto, adolece de los mismos problemas de ambigüedad y vaguedad que afectan a éste; y deshacer la ambigüedad y reducir la vaguedad comporta una decisión discrecional.

a) Problemas de ambigüedad

La ambigüedad se predica de las *expresiones* lingüísticas. Que una expresión es ambigua significa que puede entenderse de varias maneras o que puede asumir significados distintos. Pero dentro de los problemas interpretativos generados por la ambigüedad o polisemia de las expresiones cabe distinguir aún varios tipos.

Ambigüedad semántica por usar términos del lenguaje común. Por ejemplo, el artículo 163 del Código penal argentino agravaba el hurto cuando fuera de "ganado". Algunos entendían por "ganado" un nombre colectivo (como "rebaño"), de manera que quien se apoderase de una sola vaca no incurría en el supuesto; otros, por el contrario, admitían que un único animal de ciertas especies se considera "ganado"¹⁰.

Ambigüedad semántica por usar términos del lenguaje común o científico, pero que pueden adquirir un significado distinto en el contexto jurídico. Por ejemplo, la Ley española de

10. Tomo el ejemplo de IGARTUA, J., *Teoría analítica del Derecho (la interpretación de la ley)*, Oñati, IVAP, 1994, p. 61.

Técnicas de Reproducción Asistida establece que los preembriones humanos sobrantes de un tratamiento de fertilidad sólo pueden usarse para la investigación cuando sean no viables. Ahora bien, ¿qué ha de entenderse por preembriones no viables a efectos de su posible uso para fines de investigación? Podría entenderse que cuando la ley habla de "preembriones no viables" se refiere exclusivamente a la no viabilidad por razones biológicas, y según esta interpretación sólo estaría permitido investigar con preembriones crioconservados que no tengan defectos morfológicos o genéticos (este sería el punto de vista de la biología). Pero podría entenderse también que la expresión "preembriones no viables" se refiere a los que, incluso teniendo viabilidad biológica, ya no van a ser usados en un tratamiento de fertilidad y por tanto no van a desarrollarse (no van a tener viabilidad) como embrión. También esta segunda interpretación resulta plausible, pues toma en consideración el sentido social de las técnicas de reproducción asistida.

Y otro ejemplo, esta vez de la Ley Orgánica 8/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. El artículo 6.1 de la Ley establece que los extranjeros residentes en España podrán participar en las elecciones municipales atendiendo a criterios de reciprocidad, "en los términos que por Ley o Tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquéllos". Ahora bien, la expresión "país de origen" puede generar una duda interpretativa. Por un lado, y puesto que la nacionalidad puede ser *de origen* y *derivativa*, podría interpretarse que la expresión "país de origen" hace referencia al país del cuál sea nacional el extranjero. Pero mediante una interpretación literal (e igualmente plausible) de la expresión "país de origen", podría entenderse que ésta hace referencia al país de procedencia real del extranjero (con independencia de su nacionalidad). Si el legislador quiso hacer referencia a la pri-

mera posibilidad interpretativa, hubiera sido más correcto emplear la expresión “países de la nacionalidad de aquéllos”, con lo que no se plantearía la duda.

Ambigüedad sintáctica, por la manera en que las palabras se relacionan entre sí.

Por ejemplo, ante una disposición que estableciera que “se castigará la incitación a la violencia cuando la misma se realice en otro país”, la expresión “la misma” podría entenderse referida a la “incitación” o a la “violencia”. O la disposición que establece que “los jueces no serán separados de sus cargos sino mediante juicio, ni serán trasladados en contra de su voluntad, excepto en aquellos casos en que tenga lugar una reorganización de los tribunales”, puede generar la duda de si la excepción (reorganización de los tribunales) juega sólo para el “traslado” del juez o también para la “separación de su cargo”.

b) Problemas de vaguedad o imprecisión

En sentido estricto, la vaguedad se predica del *significado* de los términos o expresiones lingüísticas. Que un término o concepto es vago quiere decir que su significado es indeterminado o impreciso, de manera que podemos delimitar los casos claramente incluidos y excluidos (*núcleo de certeza*), pero entre ambas esferas se mantendrá también una *zona de penumbra* donde es dudoso si resulta o no predicable. Todas las expresiones lingüísticas, al menos las del lenguaje natural, presentan algún grado de indeterminación. A esto es a lo que se hace referencia cuando se habla de la “textura abierta” del lenguaje.

La mayoría de los términos jurídicos, por cuanto, términos del lenguaje natural, padecen una cierta vaguedad, y en este sentido pueden plantear dudas interpretativas cuya resolución

es discrecional. Así —por seguir un conocido ejemplo— la norma que establece “se prohíbe la circulación de *vehículos* en el parque”, parece clara, pues presenta un núcleo de certeza, pero también padece algún grado de indeterminación: es obvio que impide la circulación de camiones o coches, pero ¿y de bicicletas o patinetes? Y otro ejemplo. Si una disposición estableciera que “el *adulterio* repetido y manifiesto es una causa de separación”, no habría ningún problema en considerar que comete adulterio la persona casada que mantiene voluntariamente relaciones sexuales con alguien que no es su cónyuge. Ahora bien, si una persona casada sale repetidamente a cenar, a pasear, etc., con otra persona que no es su cónyuge y a quien prodiga todo tipo de atenciones propias de un amante, aunque no tenga con ella relaciones sexuales, ¿podría decirse que comete adulterio, a los efectos previstos en aquella disposición? Podría sostenerse que no, desde luego; que sólo hay adulterio si se mantienen relaciones sexuales. Pero en un contexto en el que a las relaciones afectivas y de confianza entre los cónyuges se les diera la misma o mayor importancia que al mero hecho de la relación sexual, podría sostenerse que “salir repetidamente con otra persona, aunque no se tenga relaciones sexuales con ella (...)” “ha de ser considerado adulterio, por cuanto hace (o puede hacer) intolerable la continuación de la convivencia conyugal.

Es evidente que la vaguedad alcanza sus cuotas más altas (y la actividad interpretativa su mayor grado de discrecionalidad) cuando —como sucede con frecuencia— el legislador usa conceptos que incorporan una gran carga valorativa; es decir, cuando usa nociones típicamente vagas, como *daño grave*, *administración incorrecta*, *conducta reprobable*, *convivencia intolerable*, *notoria importancia*, etc. Por ejemplo, la “perturbación de las facultades mentales” suele ser considerada como un atenuante en muchos ordenamientos, pero, ¿dónde empieza

esa perturbación? Otro ejemplo: el artículo 369.3 del Código penal español prevé una agravación de la pena en los delitos de tráfico de drogas cuando la cantidad de droga objeto del delito sea "de notoria importancia", pero, ¿qué cantidad de droga es de notoria importancia? Y lo mismo sucede cuando el artículo V del Código civil peruano establece "es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres"; o cuando el artículo 1075 del mismo cuerpo legal establece que el acreedor prendario está obligado a cuidar la prenda con la "diligencia ordinaria referida". No cabe duda que en la determinación de si alguien tiene perturbadas sus facultades mentales, o si una cantidad de droga es de notoria importancia, o si el acto jurídico es contrario a las buenas costumbres, o una conducta se aparta del modelo del diligente acreedor prendario queda un amplio campo a la discrecionalidad del intérprete.

3.2. Problemas de los contextos sistémico y funcional

Hay también numerosos problemas interpretativos que no obedecen al contexto lingüístico (es decir, a la ambigüedad de las expresiones o a la falta de precisión de su significado), sino al contexto sistémico (a su incardinación en el sistema) o al contexto funcional. Se trata de casos en los que el significado de los textos legales puede ser unívoco y preciso, pero pueden aparecer problemas a propósito de la articulación del texto con otros ya existentes (problemas del contexto sistémico); o a propósito de la relación existente entre el texto y las finalidades y objetivos a que el mismo ha de servir, o sea, problemas de adaptación del significado de los textos a las circunstancias en las que han de ser aplicados (problemas del contexto funcional). En todos estos supuestos la interpretación se manifiesta también como una actividad discrecional.

a) Problemas de redundancia

Aparecen estos problemas cuando dos disposiciones distintas, tomadas en su significado más inmediato, significan lo mismo.

La redundancia no plantea un problema interpretativo *stricto sensu*, aunque sí puede generar dudas: ante un caso de redundancia, o bien puede considerarse que el legislador simplemente ha reiterado su mensaje, o bien puede considerarse que el legislador “no se repite” y que la redundancia es una mera apariencia, de modo que, mediante un esfuerzo interpretativo, se termine atribuyendo a una de las disposiciones redundantes un significado diferente.

b) Problemas de antinomias

Existe una antinomia cuando dos normas del mismo sistema jurídico regulan un mismo supuesto de hecho de manera diferente e incompatible. La antinomia equivale, pues, a inconsistencia o contradicción¹¹.

Nótese que la antinomia, por cuanto conflicto entre “normas” y no entre “disposiciones”, es el resultado de la interpretación realizada, por lo que *la presencia de antinomias* es (o puede ser) un asunto discutible; es decir, *plantea dudas o controversias interpretativas*, pues mediante la interpretación es posible tanto crear como evitar una antinomia. Ahora bien, si

11. La distinción entre inconsistencia o contradicción e incoherencia o incongruencia (otra modalidad de la incompatibilidad normativa), es subrayada por MACCORMICK, N., “La congruenza nella giustificazione giuridica”, en COMANDUCCI, P., y R. GUASTINI, *Lanalisi del ragionamento giuridico*, Turín, 1989, Vol. I.

se acepta la presencia de una antinomia en el ordenamiento, el problema que surge ya no es un problema interpretativo, *sensu stricto*, sino más bien un *problema de relevancia*; esto es, el problema de decidir cuál es la norma o normas aplicable(s) al caso.

La mayor parte de las antinomias que se presentan pueden resolverse recurriendo a los tradicionales criterios de resolución de antinomias (jerarquía, cronología, especialidad y competencia), criterios que, por lo demás, suelen gozar de algún reconocimiento en los propios ordenamientos. Pero existen también antinomias para cuya resolución no existen reglas claras y que generan, por tanto, dudas o controversias. Así sucede con algunas de las llamadas antinomias de segundo grado, con el supuesto de antinomias configuradas como "insuficiencia de criterios" y, de modo particular, con las antinomias o conflictos entre principios.

La expresión *antinomias de segundo grado* alude a aquellas antinomias donde la incompatibilidad puede resolverse por aplicación de dos o más criterios con resultados diferentes. Por ejemplo, la antinomia que se da entre una ley especial anterior y una ley general posterior (donde concurren los criterios de especialidad y cronológico); o la que se da entre una norma especial pero inferior y una norma general pero superior (donde concurren los criterios de especialidad y jerarquía). El problema que la antinomia plantea es, pues, el de decidir cuál de los criterios debe usarse; pero en algunos supuestos no hay reglas que diriman la controversia de manera incuestionable, lo que conduce, a fin de cuentas, a una cierta discrecionalidad.

La expresión *insuficiencia de criterios* alude a aquellas antinomias para cuya resolución no puede echarse mano de ninguno de los tradicionales criterios de resolución de antinomias.

Se trata de aquellos casos en que la antinomia se produce entre dos normas válidas desde el punto de vista de la competencia, con el mismo rango jerárquico, coetáneas y que no se hallan entre sí en una clara relación de generalidad/especialidad: por ejemplo, dos normas de un mismo cuerpo legislativo con el mismo grado de generalidad y/o especialidad. En estos casos se abre ante el juez un vasto campo de posibilidades no regladas para resolver el conflicto, pues puede recurrirse, por ejemplo, a los principios generales que rigen el sector del ordenamiento de que se trate, o puede realizarse una ponderación de los intereses en juego, o puede recurrirse al principio *lex favorabilis*, etc.

Por último, cuando el conflicto se produce entre "principios", los tradicionales criterios de resolución de antinomias, que establecen en abstracto la preferencia de una norma sobre otra, no resuelven el problema. Este es un asunto que será tratado en el tema 7, a propósito del juicio de ponderación.

c) Problemas de lagunas

La expresión "laguna" se emplea por los juristas para referirse a aquellos casos o conductas que no se hallan reguladas por el Derecho. Más exactamente, se afirma que existe una laguna cuando, según el significado que se atribuye a las disposiciones jurídicas, el ordenamiento no ha previsto una regla jurídica para un cierto supuesto de hecho.

Obsérvese, por tanto, que la laguna es el resultado de la interpretación realizada, por lo que *la presencia de lagunas* en el ordenamiento es (o puede ser) un asunto discutible; es decir, *plantea controversias interpretativas*, pues siempre es posible poner en marcha técnicas interpretativas que permitan evitar una laguna. Por ejemplo, es posible realizar una interpretación

extensiva del Derecho, extendiendo el significado de un término jurídico o de una locución jurídica más allá de su significado literal inmediato; poniendo de relieve, en definitiva, que si se interpreta ese término o locución correctamente (o sea, extensivamente) no existe una laguna. O bien puede hacerse una interpretación literal del texto legal diciendo que la conducta no contemplada está permitida (si la norma es prohibitiva) o está prohibida (si la norma es permisiva); se trata del uso creativo del argumento *a contrario*.

Si se acepta la presencia de una laguna en el ordenamiento, el problema que surge (ya no un problema de interpretación *stricto sensu* sino un *problema de relevancia*, como en el caso de las antinomias) es el de encontrar la norma en que fundar la decisión al caso "lagunoso". Un problema que, naturalmente, sólo se plantea en aquellos ordenamientos donde el juez tiene la obligación de dar una solución al conflicto (prohibición de resoluciones *non liquet*) y ha de hacerlo además según el sistema de fuentes establecido (principio de legalidad, en sentido amplio).

Ambas exigencias están contempladas, para el Derecho español, por el artículo 1.7 del Título Preliminar del Código civil, según el cual: "los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido"¹².

12. En el caso peruano, véase el artículo VIII del Título Preliminar del Código civil, que establece: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En todo caso, deben aplicar los principios generales del Derecho, y preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano".

Encontrar, en estos casos, la norma jurídica en que fundar la decisión (o colmar la laguna, como suele decirse), exige recurrir a las técnicas de integración de lagunas; en particular a la analogía, que expresa en realidad un auténtico argumento "creador" de Derecho. Sobre ello se volverá en el capítulo 5.

d) Problemas de funcionalidad

Tampoco en este caso se trata de problemas interpretativos *stricto sensu*, sino de *problemas teleológico-valorativos* de aplicación de la ley que surgen cuando una disposición, cuyo significado no ofrece dudas ni es contradictorio, provoca alguna perplejidad en su aplicación literal a un caso específico, bien porque se considera que éste es excepcional, bien porque han cambiado las circunstancias (por ejemplo, cambios tecnológicos o científicos no imaginados por el legislador) o los valores sociales. En estos casos se plantea la duda de si aplicar la disposición en su significado inmediato o, por el contrario, corregir ese significado para adaptarlo a las nuevas circunstancias.

En general, los avances científicos y tecnológicos plantean constantemente problemas de funcionalidad al Derecho, que ha de adaptarse a la nueva situación por vía legislativa, pero también, y en tanto esto no ocurra, por vía interpretativa. Esto es lo que ha sucedido con la inclusión de los nuevos avances probatorios en la escueta lista de medios de prueba tradicionales, que ha permitido, por ejemplo, introducir en el proceso como prueba "documental" la aportación de cintas magnetofónicas. Y piénsese, en fin, en el reto que supone para el Derecho el vertiginoso desarrollo de la tecnología informática, un Derecho no pensado para regular los problemas que surgen como consecuencia de esos nuevos avances.

4. CASOS FÁCILES Y CASOS DIFÍCILES

El repaso a los distintos problemas interpretativos que hemos hecho en el epígrafe anterior ha permitido mostrar más claramente el primero de los rasgos característicos de la concepción intermedia de la interpretación: que la actividad interpretativa tiene carácter *discrecional*, lo que significa que el intérprete dispone de un poder no estrictamente reglado para atribuir significado al texto legal. Ahora bien, esto no significa que la interpretación sea siempre problemática, ni que todos los casos que puedan configurarse en abstracto como problemas interpretativos lo sean realmente en la práctica.

La interpretación jurídica no es una actividad libre y ejercida de cualquier modo sino que se desarrolla en un contexto lingüístico, cultural y jurídico que la somete a unos *límites y vínculos*. Estos límites son de diverso tipo. Así, las posibilidades interpretativas están contenidas por los usos lingüísticos atribuidos a las palabras, o si se prefiere, por el *marco semántico* reconocido previamente; o por el *significado de las palabras en los contextos lingüísticos relevantes*, en particular el técnico jurídico (piénsese, por ejemplo, en términos como “alevosía”, “donación”, “acción”, etc.). Y otro vínculo lo constituyen las *convicciones propias de la sociedad*, que funcionan generalmente como contrapeso a las huidas hacia adelante del intérprete, sobre todo cuando están implicados términos con fuerte carga valorativa (por ejemplo, honestidad, obscenidad, etc.). Estos y otros vínculos generan *hábitos interpretativos* que hacen que muchos textos legales terminen por adoptar un significado constante, de manera que la interpretación de esos textos puede que no aparezca como problemática (o difícil) sino como una (fácil) actividad cognoscitiva de su significado constante. Precisamente por ello, para distinguir entre los casos en que se presentan *de hecho* problemas o dudas interpretativas y aquellos otros en

que tales dudas no se plantean, puede hablarse de *casos difíciles* y *casos fáciles*, respectivamente¹³. Más exactamente, un caso es difícil cuando la aplicabilidad de la norma al caso resulta controvertida; es fácil cuando su aplicabilidad no es objeto de dudas o discrepancias, independientemente de que en abstracto o en otros contextos tales dudas puedan plantearse.

Es evidente que cuando los jueces aplican (o dejan de aplicar) una norma en los casos difíciles ejercen discrecionalidad, pues la decisión de la controversia requiere elegir entre al menos dos soluciones (o interpretaciones) alternativas; pero cuando aplican una norma a los casos claros o fáciles la decisión *aparece o es sentida como* no discrecional porque de hecho nadie la cuestiona. Por eso, en el discurso de los juristas, donde es frecuente usar un concepto de interpretación no en su sentido amplio de atribución de significado a un texto legal sino en su sentido más restringido de esclarecimiento de ese significado en situaciones de duda o controversia en torno a su campo de aplicación, sólo se entiende que existe necesidad de interpretar cuando estamos ante un caso difícil.

Ahora bien, esto no puede llevar a confundir las cosas y a presentarlas como si al menos en los casos fáciles hubiese siempre una sola respuesta correcta; esto es, como si no hubiese nunca discrecionalidad interpretativa. Y al respecto sólo unas observaciones:

13. Con razón escribe PERELMAN que, “en lugar de sacar de la claridad de un texto la consecuencia de que no es posible, razonablemente, no estar de acuerdo sobre su significado o su alcance, es más bien lo contrario lo que podemos afirmar: como no es objeto de interpretaciones divergentes y razonables, se le considera como claro”, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, 1979, p. 54.

- 1.^a Incluso en los supuestos en que exista homogeneidad interpretativa creada por un hábito interpretativo, los problemas pueden reaparecer cuando cambie el contexto (cronológico o sistemático) en el que la norma debe ser aplicada. Es decir, puede suceder que normas que hasta el momento no han planteado dudas interpretativas, las planteen, porque hayan cambiado las circunstancias y/o las valoraciones sociales de los casos¹⁴. Este es, por ejemplo, el sentido de la interpretación actualizadora.
- 2.^a También ante disposiciones que brillan por su claridad pueden plantearse las dudas.

14. Para ilustrar lo anterior tal vez sea útil recurrir a la distinción —puesta de relieve por WAISMANN— entre *vaguedad* y *porosidad de los conceptos* (o textura abierta del lenguaje, como venimos denominado aquí). Se denomina *vago* a un concepto que tiene un único significado, pero cierto en los casos centrales y dudoso en los marginales. Decir que los conceptos son esencialmente porosos (o que su *textura es abierta*) significa que —aunque tengan un solo significado— están siempre abiertos a la duda porque no se pueden prever todas las posibles condiciones de uso: siempre puede darse un caso anómalo, distinto a los previsibles en circunstancias normales. La textura abierta se refiere, por tanto, a una vaguedad *potencial*, no actual; por ejemplo, mientras que el concepto de vehículo es actualmente vago, el concepto de oro no es vago actualmente, al menos tal y como aparece definido en la mineralogía, pero sí potencialmente, pues es posible que en un futuro reciba un uso que ahora no podemos predecir.

El interés de la distinción reside pues en diferenciar los casos que plantean un problema actual de aquellos otros que sólo son problemáticos potencialmente. Los llamados casos *difíciles* configurarían supuestos de *vaguedad actual*; los casos *fáciles* de *vaguedad potencial*. En la medida en que el lenguaje natural en que se expresa el Derecho tiene una textura abierta, sus conceptos son potencialmente vagos; y por ello, incluso en los llamados casos fáciles los problemas siempre pueden reaparecer. Vid. NINO, C.S., *Introducción al Análisis del derecho*, 2.^a ed., Ariel, Barcelona, 1984, p. 226; y IGARTUA, J., *Teoría analítica del Derecho (la interpretación de la ley)*, Oñati, IVAP, 1994, p. 46.

Por ejemplo, la disposición que establece que "*para que el testamento sea válido debe ir firmado*", cuya interpretación, en principio, resulta clara, puede plantear dudas en los supuestos en que la firma figure al comienzo, o sea un seudónimo, o aparezcan sólo iniciales.

Otro ejemplo lo proporciona el artículo 12 de la Constitución española, que establece que "*los españoles son mayores de edad a los 18 años*". Si está en cuestión la mayoría de edad penal de un muchacho que tiene 18 años y unos días, a un fiscal justiciero que quiere que caiga todo el peso de la ley sobre el chaval no se le ocurrirá decir que hay que interpretar el artículo 12, que encuentra más que claro. Pero el abogado defensor tal vez pretenda defender al muchacho argumentando que el significado de ese artículo no está claro, pues podría referirse a los que poseen la madurez psicológica que normalmente se alcanza a esa edad¹⁵.

- 3.^a Ante disposiciones aparentemente claras, el intérprete es capaz, a veces, de crear lagunas (y, por consiguiente, casos oscuros): si es verdad que los intérpretes colman las lagunas discrecionalmente (mediante creación de normas nuevas), también lo es que a veces son los propios intérpretes quienes se atribuyen esa discrecionalidad, "creando" la laguna.

En conclusión, la interpretación no puede postularse como descubrimiento o averiguación sino como decisión o adjudicación del significado que conviene a un texto legal en el ámbito de sus posibilidades interpretativas, lo que quiere decir que la

15. El ejemplo es de IGARTUA, J., *Teoría analítica del Derecho*, cit., p. 23.

interpretación es una operación discrecional. Los textos legales requieren siempre ser interpretados, aunque la interpretación sólo se hace realmente manifiesta cuando se plantean controversias interpretativas; en el resto de los casos aparece "camuflada". Cuando la interpretación no es controvertida hablamos de casos fáciles y en el supuesto contrario de casos difíciles; en otras palabras, un caso es difícil cuando aparecen enfrentadas interpretaciones distintas y justificables.

Capítulo IV

LA MOTIVACIÓN. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

SUMARIO: 1. La interpretación. Recapitulación y “saltos” 2. Algunas categorías centrales de la motivación judicial. 2.1 Hablemos de argumentos y no de personas: contexto de descubrimiento y contexto de justificación. 2.2. Concepto y clases de justificación. 2.2.1 Justificación interna y justificación externa. 2.2.1.1 Justificación interna/externa como justificación lógico-deductiva o no. 2.2.1.1.1 Los juristas frente a la lógica: el Derecho no tiene que ver con la lógica. 2.2.1.1.2 Los lógicos frente a la Derecho: la lógica no tiene que ver con el Derecho. 2.2.1.2 Justificación interna/externa como justificación sobre normas sistemáticas o extrasistemáticas. 3. El papel de las premisas fácticas. Remisión. 4. ¿En qué medida estas distinciones diferencian a la TAJ actual respecto a sus precursoras? 5. La TAJ estándar. 5.1 Justificación interna o de primer orden. 5.1.1. Problemas de relevancia. 5.1.2. Problemas de interpretación. 5.1.3. El problema de la prueba. 5.1.4 Problemas de calificación. 6. Algunas pistas para argumentar. 6.1 Consistencia y coherencia. 6.2 Universalizabilidad. 6.3 Consecuencialismo.



1. LA INTERPRETACIÓN: RECAPITULACIÓN Y “SALTOS”

En el capítulo III, la profesora Marina GASCÓN se ha referido a la cuestión de la interpretación del Derecho y a los problemas que ésta plantea. Hemos visto que la interpretación consiste en la atribución de un significado a un enunciado y que, por tanto, la interpretación jurídica hace referencia a la atribución de significado a un enunciado jurídico. El término “interpretación” evoca etimológicamente la idea de mediación

entre dos extremos y se trata de una connotación que podemos advertir reiteradamente en la vida diaria: el *intérprete* traduce lo que una persona quiere comunicar a otra que se expresa en una lengua distinta; el pianista *interpreta* una pieza ante un auditorio y se erige en mediador entre el compositor de la obra y el público; el cartomante *interpreta* el significado de las cartas del *tarot* y pone así en contacto a su cliente con una realidad supuestamente sobrenatural, etc. Cada uno de estos intérpretes (traductor, pianista, cartomante) deja sentir en mayor o menor medida su impronta en su actividad hermenéutica y todos tenemos la sensación de que esta actividad no es puramente técnica ni mecánica, no se agota en asociar unos signos a otros de manera automática. Por eso hay buenos y malos intérpretes, hay pianistas más distinguidos que otros y hay cartomantes con más éxito que sus colegas.

En el mundo del Derecho, las valoraciones que administra el propio intérprete en el (por así decir) tránsito desde una disposición jurídica genérica hacia una norma concreta en forma de sentencia judicial presentan una indudable trascendencia. Esto no significa que se la pueda considerar una actividad puramente arbitraria. En esta asignación de significado debe existir una cierta racionalidad. No puede tener lugar de una manera arbitraria sino que debe ser fundamentada, razonada, motivada. Una de las misiones de la TAJ consiste en analizar la racionalidad que inspira el razonamiento jurídico, la racionalidad que debe presidir el tránsito desde una disposición legal a la interpretación resultante en un caso concreto por parte de un juez.

Veamos un ejemplo bien conocido y poco original¹. En una estación de tren nos encontramos con un rótulo bien visi-

1. RADBRUCH recoge un caso real al parecer citado por PETRASYSKI (Cfr. RECA-SÉNS, L., *Tratado general de filosofía del Derecho*, cit., pp. 645 y ss.).

ble que prohíbe la entrada de perros allí. Un día un campesino se presenta en el lugar acompañado de un oso, lo que provoca la natural confusión. El enunciado a ser interpretado reza así:

r : “prohibida la entrada de perros”

Existen al menos dos posibilidades en este caso. Por un lado, se puede insistir en la literalidad de la prohibición, lo que no impediría la entrada del oso en la estación, porque un oso no es un perro. Esto es, favoreciendo una argumentación *a contrario* (*infra* tema V), podemos interpretar el enunciado r como el enunciado r' :

r' : “prohibida la entrada de perros y sólo de perros”

O bien se puede ensayar una segunda interpretación que atienda al “espíritu” que lo inspira, favoreciendo una argumentación *a simili*, en el sentido de

r'' : “prohibida la entrada de perros y de otros animales que puedan causar problemas semejantes a los que provocan los perros en una estación de tren”.

¿Cuál de las dos interpretaciones mostradas aquí es mejor? Todo depende del razonamiento que se aporte para apoyar la adopción de una u otra opción. Supongamos que en el caso que nos ocupa la interpretación de r en el sentido de r'' fue la elegida. Se puede representar el resultado de la actividad interpretativa del siguiente modo, siguiendo a Aleksander PECZENIK:

$$I_r^w = r''$$

Donde "I" significa *interpretación* y "w" el conjunto de las reglas aplicadas para fundamentar el tránsito desde r a r". Por tanto la interpretación de r de acuerdo con las reglas w nos conduce a r". Este tránsito ha sido denominado por PECZENIK "transformación" o "salto", porque el paso de r a r" no tiene un carácter (abiertamente) lógico. En síntesis, según PECZENIK, nos hallamos ante una "transformación" o "salto" desde el enunciado r al enunciado r", cuando se verifican las dos siguientes condiciones:

- 1) r" se deriva de r
- 2) r" no constituye una consecuencia lógica de r.

Pues bien, el esclarecimiento de la naturaleza de estos *saltos*, es decir, de las razones en las que se apoyan (w) son parte fundamental del objeto de la TAJ. Sin embargo, la realidad nos dice que estos *saltos* a veces son más grandes y en otras menos. Esto significa, correlativamente, que el volumen de w, así como el recurso a la TAJ, es mayor y más necesario en unas ocasiones que en otras. Existe, pues, una cierta gradación entre casos fáciles y casos difíciles.

Hay quien ha planteado que en realidad todos los casos son difíciles, porque todos los casos son al menos teóricamente capaces de dar lugar a controversia. Todos los casos son problematizables teóricamente. Sin embargo, la realidad es que en la práctica del Derecho todos tenemos la sensación de que hay casos que provocan discrepancias serias, mientras que otros se resuelven de forma rutinaria, como si no hubiera ni la menor sombra de duda acerca de cómo habría que decidir. De lo dicho, cabría inferir que teóricamente todos los casos son difíciles, pero en la práctica cabe distinguir casos fáciles y casos difíciles.

En otras palabras, la distinción entre casos fáciles y difíciles se mantendría en un nivel pragmático².

Ahora bien, ¿es posible que existan casos tan fáciles como para que su interpretación resulte absolutamente innecesaria? Según un conocido brocardo ya citado en la lección anterior ("*in claris non fit interpretatio*") la respuesta sería afirmativa: en los casos claros no sería necesario interpretar. Sin embargo, cierta interpretación tiene lugar siempre, porque siempre debemos asignar un significado a una disposición para poder aplicarla. Cuestión diversa es si esta interpretación es más o menos compleja, si suscita mayor o menor adhesión. La cuestión se resuelve si distinguimos entre interpretación *sensu largo* y *sensu stricto*. En sentido amplio, interpretar es atribuir un significado a una disposición normativa. En sentido estricto, interpretar significa atribuir un significado a una disposición normativa en el caso de que exista controversia en torno a su significado. Por tanto, siempre es necesaria la interpretación *sensu largo* y en cambio sólo a veces la *sensu stricto*. Así que el brocardo *in claris non fit interpretatio* (o *clara non sunt interpretanda*, etc.) podría precisarse diciendo simplemente: *in claris non fit interpretatio sensu stricto*. Nuevamente, la cuestión se resuelve distinguiendo entre lo que sucede teóricamente y lo que acontece en la práctica de los juristas.

En la lección precedente hemos visto las circunstancias que ponen de manifiesto la insuficiencia del formalismo para explicar los problemas interpretativos y argumentativos de la

2. Vid. por ejemplo, BENGOTXEA, J., N. MACCORMICK y L. MORAL SORIANO, "Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice", en DE BÚRCA, G. y J.H.H. WEILER, *The European Court of Justice*, O.U.P., Oxford, pp. 43-85, aquí p. 55.

actividad jurisdiccional y en el tema II tuvimos la oportunidad de ver algunas teorías que ya apuntaban algunas posibles respuestas. A continuación desearía ocuparme de la respuesta que la TAJ da en la actualidad a los problemas que plantea la interpretación y la argumentación jurídicas y para ello tomaré como referencia las que constituyen quizá las dos obras fundacionales de la moderna TAJ. Me refiero a *Theorie der juristischer Argumentation* de Robert ALEXY y *Legal Reasoning and Legal Theory* de Neil MACCORMICK. Ambos libros fueron publicados en el año 1978 y representan, en palabras de Manuel ATIENZA, la *teoría estándar de la argumentación jurídica*.

2. ALGUNAS CATEGORÍAS CENTRALES DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL

En contraste con sus precursoras surgidas desde los años cincuenta, las modernas teorías de la argumentación jurídica pretenden reforzar el papel de la razón en sentido fuerte en el campo de la argumentación jurídica. La TAJ actual es una apuesta por la racionalidad en el discurso jurídico frente a las corrientes irracionalistas. Las circunstancias que han favorecido el auge de la TAJ moderna son diversas. A juicio de SUMMERS el racionalismo de la TAJ se alza frente a los siguientes planteamientos y sus lemas asociados:

“(1) Mayoritarismo cínico (“los votos son lo decisivo”), (2) libertarismo inadecuado (“un hombre es *libre* de adoptar cualquier posición”); (3) relativismo ético (“lo que es bueno aquí y ahora es bueno sólo aquí y ahora”); (4) pseudo-freudiano (“no conocemos nuestras razones *reales*, entonces ¿por qué preocuparse?”); (5) deductivismo inapropiado (“solo los argumentos deductivamente concluyentes pueden tener

fuerza"); (6) determinismo ideológico ("nuestras razones están todas socialmente condicionadas por la ideología, de modo que tienen poca fuerza"); (7) cientificismo ("sólo el razonamiento sobre asuntos de hecho es verdaderamente repetable")³.

Ahora bien, ¿cuáles son las claves de la actual TAJ? Las teorías de ALEXY y MACCORMICK guardan una considerable semejanza que se ve matizada por el diverso método empleado por cada uno de ellos. ATIENZA afirma que "(a)mbos han recorrido la misma vía, pero en sentidos opuestos"⁴, pues ALEXY parte de la generalidad del discurso práctico para introducirse posteriormente en el mundo del Derecho, mientras que el planteamiento de MACCORMICK⁵ hunde sus raíces en la realidad de las decisiones judiciales para construir desde su análisis una teoría de la argumentación. Seguramente son muchos los rasgos que singularizan a la teoría estándar de la argumentación jurídica respecto de las antiguas teorías de la argumentación jurídica a las que me he referido. Sin embargo cabría insistir en dos aspectos fundamentales en los que la teoría actual pretende superar los planteamientos previos a fin de reforzar la racionalidad de la argumentación jurídica.

El primer aspecto relevante lo constituye la asunción por parte de la teoría estándar de la distinción entre contexto de

-
3. SUMMERS, R.S., "Comments on "The Foundation of Legal Reasoning", en KRAWIETZ, W. y R. ALEXY, *Metatheorie juristischer Argumentation*, Duncker & Humblot, Berlín, 1983, pp. 145-157, aquí 146.
 4. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, cit., p. 177.
 5. Vid. MACCORMICK, D.N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1978.

descubrimiento y contexto de justificación. El segundo elemento a resaltar aquí viene representado por la delimitación de la justificación interna y la justificación externa.

2.1. Hablemos de argumentos y no de personas: contexto de descubrimiento y contexto de justificación⁶

Como hemos visto, la motivación de las decisiones judiciales constituye uno de los elementos fundamentales del Estado de derecho como conquista frente a las arbitrariedades de los procesos durante el Antiguo Régimen. La motivación garantiza que los jueces y magistrados se someten al principio de legalidad y permite a los justiciables conocer las razones que fundamentan las decisiones, abriendo la posibilidad de los recursos correspondientes. Así el artículo 120.3 de la Constitución española de 1978 reza así: “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”⁷.

De entre los primeros textos legales en que se sanciona el deber de los jueces de *motivar* sus sentencias, destaca la pragmática de 27 de septiembre de 1774 del Reino de Nápoles, que decía así:

“Para despojar de todo pretexto a la malignidad y el fraude, y asegurar en la opinión del público el rigor y la religiosidad de los magistrados, quiere Su Majestad, también para ejemplo y uso de los tribunales más renombrados, que en toda

6. Sigo aquí la argumentación del epígrafe segundo de mi trabajo “Palabras, palabras, palabras. Sobre lo que el Derecho les dice a los jueces”, en *Jueces para la Democracia*, N.º 36 (noviembre 1999), pp. 58-66. Reeditado en *Derecho y Sociedad*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú, N.º 15 (2000), pp. 267-279.

7. La Constitución peruana mantiene un texto similar en su artículo 139 inc. 5.

decisión que conozca o la causa principal o los incidentes, hecha por cualquier tribunal de Nápoles, o colegio, o junta, u otro juez de la misma capital, que tenga la facultad de decidir, se explique la *razón* de la decisión, o sea los *motivos* sobre los cuales la decisión se apoya”⁸.

Sin embargo, parece que, a pesar de su fortuna, el término “motivación” adolece de una ambigüedad que puede resultar contundente si advertimos, como cabe hacerlo ya en este antiguo texto, que la motivación parece referirse indistintamente a la “razón para decidir” y los “motivos sobre los que se apoya la decisión”. Esta forma de expresar la exigencia de motivación, permite pensar que probablemente el propio término “motivación” no sea el más idóneo para designar la fundamentación de una sentencia⁹. Motivar es expresar los motivos y los motivos no son necesariamente razones justificatorias. Un motivo pare-

-
8. Texto legal citado por EVANGELISTA, S., voz “motivazione della sentenza civile”, en *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXVII, Giuffrè, Varese, 1977, pp. 154-181, aquí p. 154, nota 1, subrayado mío.
 9. Por ejemplo, en el *Novissimo Digesto Italiano* se define “motivazione”, siguiendo a CRISAFULLI, como “la enunciación explícita o implícita contextual o no, de los motivos que precedieron o determinaron la emanación de un acto jurídico” (G. LOMBARDI, voz “motivazione en diritto costituzionale”, *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. X, UTET, Turín, 1982 (reimp.), pp. 954-958, aquí p. 954), pero poco más adelante podemos leer en la voz “motivi a delinquere”: “El término ‘motivo’ parece poder referirse ya sea al momento afectivo, al impulso incluso inconsciente, que caracteriza al ‘móvil’, ya sea al momento en que el afecto ve el objetivo a conseguir y resuelve la decisión de realizarlo y, así se transforma en un ‘fin’...” (MALINVERNI, A., íd., pp. 961-970, aquí p. 963) y aun más tarde encontramos la consideración de un motivo como “representación psíquica que interesa la voluntad y la induce al negocio...” en GUZZI, R., voz “motivo del negozio giuridico”, íd., pp. 970-973, aquí p. 970. Confluyen así en el término “motivo” acepciones diversas. A veces se hace referencia a una razón justificatoria y en otras ocasiones a un estímulo psicológico.

ce ser, en principio, la causa psicológica por la que una acción tiene lugar. Por ejemplo, cabe decir que Otelo mató a Desdémona *motivado* (es decir, movido) por los celos, pero resulta extraño decir que Otelo quitó la vida a Desdémona *justificado* por los celos. Los celos explican la acción asesina de Otelo, pero no la justifican. Del mismo modo, en rigor, al procesado (y a la teoría estándar de la argumentación jurídica) no le interesan tanto los *motivos* del juez para dictar una sentencia condenatoria (su ideología, sus problemas personales, sus filias o sus fobias), cuanto las *razones jurídicas* que fundamentan esa sentencia condenatoria.

Se puede replicar que simplemente nos hallamos ante una estipulación conceptual, mediante la cual se ha designado con el término "motivación" lo que es la *justificación* jurídica de una sentencia. De lo contrario, la obligación de motivar se vaciaría de contenido. ¿Qué sentido tendría exponer el inevitable *iter voluntatis* del juez, si no fuera por su virtualidad justificatoria? ¿De qué serviría poner de manifiesto la existencia de motivos? En realidad, estos siempre existen salvo en el supuesto, hartamente impensable según creo, de una sentencia dictada como consecuencia de un acto involuntario causado por impulsos cerebrales fuera de nuestro control. ¿Acaso sería posible dictar una Sentencia como se mueve involuntariamente la pierna al impacto de un pequeño martillo con el que el médico prueba los reflejos?

Sin embargo, admitido todo esto, cabe a su vez preguntarse si esta estipulación es meramente casual o encubre alguna significación. Me parece que se vislumbra en la denominación de "motivación" un cierto realismo jurídico inconsciente en algunos juristas. Probablemente, la inconsciencia sea el síntoma más claro del vigor de un prejuicio. Veamos en qué sentido existe cierto realismo en nuestra cultura jurídica.

El realismo jurídico basó buena parte de su análisis del Derecho en la concepción del razonamiento judicial como un proceso psicológico. La argumentación realista llegó a ese planteamiento a partir de una devaluación de la capacidad justificatoria del sistema jurídico, depreciación basada en una actitud profundamente contraria a la idea positivista de sistema jurídico sostenida por el positivismo. La idea de sistema jurídico presupone la existencia de un conjunto de normas vinculadas entre sí por algún tipo de relación, singularmente por relaciones lógicas. Pues bien, el realismo es escéptico ante las normas¹⁰, pues considera que no son sino "puro papel hasta que no se demuestre lo contrario"¹¹, una serie de enunciados susceptibles de las más insospechadas interpretaciones, y se muestra escéptico frente a la lógica, pues "la vida del Derecho no ha sido lógica, la vida del Derecho ha sido experiencia"¹². Sin normas y sin lógica que las relacione, el resultado es la disolución de la noción de sistema jurídico. De este modo, el único Derecho es el que emana de los órganos jurisdiccionales, el Derecho vivo, el Derecho en acción: una serie de decisiones fruto de una voluntad humana y no de una fundamentación racional a partir de las normas preexistentes de un sistema jurídico.

Derecho es, entonces, lo que los jueces dicen que es Derecho y el origen de tal Derecho se halla en el proceso psicológico que da lugar a la sentencia. Dado que no existe *ex ante* un sistema jurídico de *justificación* que preceda a la deci-

-
10. Vid. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho* (1961), trad., de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, cap. vii.
 11. LLEWELLYN, K., "Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso", trad. de Pompeu Casanovas, en CASANOVAS, P. y J.J. MORESO (comps.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 244-293, aquí p. 267.
 12. HOLMES, OW., *The Common Law*, Boston, 1881, p. 1.

sión judicial y sobre la que ésta pueda apoyarse, el estudio del Derecho se traslada casi naturalmente al análisis de la *explicación* de los *motivos* de ese proceso psicológico del aplicador del Derecho. En su versión más frívola, se trata de la llamada "teoría de la digestión": las decisiones jurídicas dependen del humor generado por algún refrigerio en el operador jurídico. Las consecuencias de este planteamiento derivan hacia una concepción irracionalista del razonamiento jurídico en una primera instancia que después se extiende sobre el fenómeno jurídico en su totalidad. No existe un sistema normativo que limite al aplicador del Derecho y, por tanto, no puede existir justificación de la decisión judicial, sino sólo la exposición del proceso psicológico que lo ha provocado. Casi inexorablemente se llega a la conclusión de que el Derecho es una cuestión de corazonadas (*hunches*) y no de fundamentaciones racionales. En última instancia, se produce la disolución de la propia noción de justificación jurídica porque, si cualquier justificación es posible, entonces la justificación pierde todo su sentido. En otras palabras, si cualquier justificación es posible, entonces ninguna justificación es válida.

En el fondo, la situación que plantea el realismo es problemática en relación con el carácter vinculante del Derecho para el juez de manera análoga a la que refiere PLATÓN en *Eutifrón*, cuando SÓCRATES dice: "Pero reflexiona sobre esto: ¿acaso lo piadoso es amado por los dioses porque es piadoso o es piadoso porque los dioses lo aman?"¹³. Nosotros habríamos de decirle a un realista extremo: "Pero reflexiona sobre esto: ¿aca-

13. PLATÓN, *Eutifrón*, 10 a, cito por el texto traducido, seleccionado y comentado por GARCÍA MÁYNEZ, E., *Teorías sobre la justicia en los diálogos de Platón*, Vol. Y, UNAM, México, 1981, pp. 55 y ss., y 211.

so las normas son jurídicas porque las aplican los jueces o las aplican los jueces porque son jurídicas?”.

También recuerda (según vimos en el tema II) a la disputa teológica entablada en el seno de la doctrina iusnaturalista entre voluntaristas y racionalistas. Las diferencias metaéticas entre ambas escuelas residían en que mientras los voluntaristas afirmaban que lo bueno es lo ordenado por Dios, los racionalistas afirmaban por el contrario que lo ordenado por Dios es bueno. Esta segunda opinión se justificaba porque, si consideráramos, con la primera, que todo lo ordenado por la divinidad fuera bueno, entonces no sería posible considerar buena a la divinidad. Ésta sería una simple máquina de producir normas que adquirirían por su origen corrección moral, lo cual no parece compatible con la propia noción de bondad moral¹⁴. Las cosas no son moralmente buenas o malas porque alguien las ordene o las sostenga, sino que más bien nos parecen buenas o malas con independencia (o incluso a pesar) de quien las ordene o las sostenga. Análogamente, una norma no se puede transformar en Derecho simplemente porque un juez la incorpore a los fundamentos de su decisión. Más bien el juez incorpora una norma a los fundamentos de su Sentencia porque forma parte del Derecho. Insisto, si todo lo que el juez dictara fuera Derecho, entonces no sería posible hablar de sometimiento del juez al ordenamiento jurídico. Entre otras cosas, porque, de nuevo, no sería posible hablar siquiera de justificación, desde el momento en que cualquier justificación fuera admisible.

14. NINO, C.S. hace referencia a esta disputa teológica entre Guillermo DE OCCAM y SANTO TOMÁS en un contexto diverso: para elucidar algunas cuestiones de metaética o ética analítica (NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 361).

Se impone, pues, distinguir entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Históricamente, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, que bajo esta expresión debemos a uno de los miembros del Círculo de Viena, REICHENBACH, H.¹⁵, rescata en cierto modo aquella otra contraposición entre *inventio* y *iudicium* que ofreciera Cicerón¹⁶. Como hemos visto, en el contexto de descubrimiento aparecen las motivaciones de orden psicológico o sociológico que han condicionado un conocimiento científico o, en nuestro caso, una determinada resolución judicial o argumentación jurídica. Desde el contexto de justificación se prescinde del proceso mental que ha conducido a la decisión. Dicho de otro modo, en el contexto de descubrimiento hallamos *causas*, en tanto que en el contexto de justificación encontramos *razones*¹⁷. Lo esencial desde el contexto de justificación es, en sede de argumentación jurídica, el conjunto de razones que se aportan para apoyar la decisión resultante. Esta disociación entre el proceso de elaboración (*Herstellung*) y su justificación, su representación (*Darstellung*)¹⁸ conduce a la "eliminación del psicologismo"¹⁹, esto es, permite restringir el

15. Cfr. REICHENBACH, H. es *La filosofía científica*, trad. de Horacio Flores Sánchez, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1967.

16. Cfr. ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, cit., p. 53; GARCÍA AMADO, J.A., *Teorías de la tópica jurídica*, cit., p. 39.

17. Sobre las nociones de causa y razón, cfr. TOULMIN, S., "Razones y causas", en AA.VV., *La explicación en las ciencias de la conducta*, trad. de J. Daniel Quésada, Alianza, Madrid, 1982, p. 43.

18. NEUMANN, U., *Juristische Argumentationslehre*, cit., p. 17.

19. POPPER, K., *La lógica de la investigación científica* (1934), trad. de Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, 1982, p. 30.

campo de estudio de la teoría de la argumentación en torno al contexto de justificación, dejando la investigación de los procesos psicológicos que condicionan la argumentación jurídica en manos de la psicología y la sociología.

Sin embargo, este psicologismo, esa manera de pensar que confunde razones y causas, parece muy interiorizado entre ciertos juristas, que replican al análisis racional de la justificación del razonamiento jurídico con la constatación del proceso psicológico del operador jurídico. Es decir, cuando se habla de la posibilidad de un control racional de la justificación de las decisiones judiciales, se responde que la realidad es que el juez, ante un caso concreto, primero decide la solución y posteriormente la reviste con un ropaje jurídico. Puede que, en efecto, eso sea así, pero se está respondiendo a una pregunta diversa de la que se formula. La cuestión no es cómo se llega a una decisión jurídica, sino sólo si esa decisión es justificable jurídicamente. Se trata, pues, de cuestiones distintas que conviene aislar. Por atípico que nos parezca, no existen razones conceptuales que impidan que un juez de personalidad agresiva y vinculado al Ku Klux Klan dicte una sentencia justa para un caso en el que interviene un ciudadano de raza negra o que un magistrado arcangélico y simpatizante de Amnistía Internacional condene sin fundamento jurídico a un mártir de los derechos humanos completamente inocente.

La existencia de mecanismos como la recusación y la abstención responde a una cuestión no conceptual, sino empírica, a saber: que normalmente la presencia de algún interés propio en un pleito puede alterar la imparcialidad del juez a la hora de decidir el caso y que, dado que la interpretación puede incorporar infinidad de valoraciones, conviene prevenir la posibilidad de una decisión sesgada en ese margen valorativo. Existen, en consecuencia, razones prudenciales que aconsejan el estableci-

miento de estas garantías de imparcialidad, pero esto no significa que la personalidad o la ideología del juez deban convertirse en el objeto de discusión central de una controversia jurídica, como parecen promover particularmente los medios de comunicación y los partidos políticos. A veces la cultura jurídica popular parece, en este sentido, exageradamente *realista*. Esto no es difícil de explicar: para cuestionar la fundamentación jurídica de una decisión judicial se requieren ciertos conocimientos sobre Derecho; por el contrario, para opinar sobre los motivos personales de un juez, no se necesita ninguna cualificación especial ni un esfuerzo intelectual extraordinario. Actualmente, la pujante teoría de la argumentación jurídica que se ha desarrollado desde 1978 hasta nuestros días ha afianzado la importancia de la distinción entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación*, situando en éste su ámbito de investigación.

La confusión de razones y motivos recién examinada probablemente no sea privativa de la esfera jurídica. Por ejemplo en el lenguaje coloquial decimos que estamos *desmoralizados* o *bajos de moral*²⁰ cuando nos sentimos poco *motivados*, cuando nos sentimos psicológicamente débiles, y no, como parecería

20. ARANGUREN se refiere a estas expresiones para ilustrar una cuestión distinta (ARANGUREN, J.L.L., *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 110 y ss.). A su juicio, usamos términos como “desmoralización” o decimos que no tenemos la “moral elevada” para indicar que no nos sentimos dueños de nosotros mismos. ARANGUREN interpreta este significado como un indicio de que la experiencia moral constituye un presupuesto necesario de nuestra existencia. Cuando este presupuesto falta, sentimos que carecemos de dominio sobre nuestro destino, sobre nuestros actos, y nos sentimos “desmoralizados”. Aquí recurro al uso coloquial de estos términos, como se ve, en otro sentido.

más lógico, cuando nuestras decisiones resultan moralmente reprobables. En cualquier caso, una teoría de la argumentación jurídica debe ser consciente de esta distinción y debe concentrarse, por una cuestión de competencia, en el contexto de justificación, defiriendo hacia áreas como la sociología jurídica el estudio del contexto de descubrimiento.

En mi opinión, a pesar de que pueda parecer paradójico desde una perspectiva *motivacional*, conviene que, en cierto modo, los jueces hagan suya esta distinción. KANT²¹ concedía valor moral a las acciones que se llevan a cabo por deber y no por una inclinación personal. El acto del filántropo que ayuda al prójimo por placer no gozaría para el filósofo de Königsberg de un valor especial; sin embargo, el acto del misántropo que ayuda a los demás por deber contaría con valor moral específico²². Hay algo de excesivo en esta severidad prusiana, que parece asociar moralidad y ascesis. Esto, no obstante, lo que me parece atractivo del planteamiento kantiano, una vez trasladado al ámbito jurídico, es que, al menos en un Estado de derecho constitucional como el nuestro, es bueno otorgar valor a las decisiones del juez en cuanto que son expresión del ejercicio de un deber profesional y no tanto de un compromiso personal. Es bueno que el juez siga creyéndose por encima de todo un profesional que realiza su trabajo justificando sus decisiones de la

21. KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), ed. de Luis Martínez de Velasco, Austral, Madrid, 1994, cap. primero.

22. Sobre algunas de las paradojas que este planteamiento comporta, cfr. DE LORA, P., “Kant y la suerte moral. La desdicha ética de la buena persona” en A. Castro, F. Contreras, F. Llano, J.M. Panca (eds.), *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos del bicentenario de su muerte*, Innovación Lagares, Sevilla, 2003.

manera más ajustada a la Constitución. Es bueno que considere que sus decisiones se hallan no tanto *motivadas* cuanto *justificadas* jurídicamente. Personalmente, por muy bueno que sea su trabajo, creo que en la práctica conviene recelar de los jueces mesiánicos, justicieros, mediáticos o heroicos. Por mucho que el ideal del juez como boca muda del Derecho haya sido criticado, su reiterada puesta en duda por su inadecuación con la realidad, sólo lo confirma como ideal, un ideal al que la actual TAJ pretende contribuir.

Como suele suceder en estos casos, una vez asumida una posición de forma básica se impone matizar su alcance. En primer lugar, hay que señalar que la disociación de contexto de descubrimiento y contexto de justificación no es indiscutida. En la filosofía de la ciencia, KUHN, entre otros, ha puesto de relieve que no conviene separar ambas esferas de una manera tajante²³. En segundo lugar, la asignación del protagonismo al contexto de justificación no impide reconocer la importancia del contexto de descubrimiento, de la relevancia del choque de la confrontación de opiniones o de la necesidad de una cierta intuición o empatía, una *Einführung*, que, aun fuera del alcance del análisis racional, resulta decisiva a la hora de formular hipótesis científicas en el ámbito de las ciencias experimentales²⁴ o de desarrollar la ciencia jurídica²⁵.

23. Vid. CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986, pp. 38 y ss.

24. Cfr. POPPER, K., *La lógica de la investigación científica* (1934-5), trad. de Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, 1982 (1.ª 1962), pp. 31-32.

25. Vid. ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., pp. 133-137.

2.2. Concepto y clases de justificación

Una vez situados en el contexto de justificación es necesario determinar qué significa justificar o *motivar* una decisión jurisdiccional²⁶. El término "justificación" presenta diversas acepciones más allá de los límites del Derecho. Según la amplitud del sistema de justificación al que se recurra, podemos hallarnos ante tres tipos de justificaciones. Cada una de ellas es más amplia que la posterior a la que abarca:

- a) Justificación *sensu largissimo*. Consiste en dar razones que fundamenten tanto enunciados descriptivos como normativos. Bajo esta acepción decimos, por ejemplo, que está justificado el enunciado:

E: "La teoría de la gravitación universal es verdadera"

O que está justificada la norma N1 o la norma N2 que luego se verán.

- b) Justificación *sensu largo*. Consiste en dar razones en favor de un enunciado normativo de acuerdo con algún sistema normativo vigente. Bajo esta acepción, podríamos decir que está justificada en algunas culturas la norma

N1: "La viuda debe morir en la pira funeraria de su marido",

Pero no estaría justificado el enunciado E, que no es normativo.

26. Sigo aquí algunas de las ideas vertidas en mi propio trabajo "Haciendo justicia desde el lado activo del Derecho. Teoría del Derecho y teoría de la argumentación", en *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso (Chile), N.º 45 (2000, pero 2001), pp. 193-218.

- c) Justificación *sensu stricto*. Consiste en dar razones en favor de un enunciado normativo a partir de un sistema justificatorio correcto. Bajo esta acepción, decimos que está justificada la norma

N2: "No debes, *prima facie*, hacer daño a tu prójimo"

Pero no lo está N1 (que no puede ser justificada por un sistema justificatorio correcto) ni tampoco está justificada *sensu stricto* el enunciado E (que no pertenece al discurso normativo, sino al descriptivo y, por tanto, no puede *derivarse* de un enunciado prescriptivo, según la ley de Hume).

Esta distinción nos interesará particularmente en el tema VIII, cuando me refiera a las relaciones entre razonamiento jurídico y razonamiento moral. Aquí sólo desearía provisionalmente poner de manifiesto que afirmar que una decisión está justificada no significa que esté *absolutamente* justificada. La justificación siempre es *relativa* a un sistema de justificación, bien sea éste un sistema normativo de justificación (*stricto sensu*) correcto o ideal (sobre el que discuten los filósofos morales), bien un sistema de justificación (*sensu largo*) basado en normas positivas (como el Derecho, las reglas que rigen una corporación, los usos sociales o la moral social) o incluso un paradigma científico (como cuando se afirma que una teoría científica está justificada —*sensu largissimo*, habría que añadir aquí).

En una decisión judicial, la justificación se basa en diversos tipos de premisas²⁷:

27. No es relevante aquí el problema de la viabilidad o no de la aplicación de la lógica al razonamiento jurídico y práctico en general. Sobre los problemas que se plantean, vid. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999, cap. 4.

a) *Premisas descriptivas*. La premisa fáctica referida a los hechos. La TAJ, en principio, no se ocupa en puridad de hechos brutos, cuyo estudio (y en su caso justificación *sensu largissimo*) corresponde en principio a las ciencias experimentales. Cuestión distinta es la calificación jurídica y la trascendencia práctica de las cuestiones empíricas en el razonamiento jurídico. Bajo este punto de vista, los hechos presentan una importancia enorme y en su elucidación se implican cuestiones filosóficas (teorías de la verdad) y jurídicas (la prueba y la calificación de los hechos²⁸) de las que se ocupará la profesora Marina GASCÓN en el capítulo IX.

b) *Premisas normativas*. Las premisas normativas pueden ser de dos tipos: sistemáticas y extrasistemáticas. Aquí me inclinaré por denominar “justificación interna” al conjunto de premisas de la justificación de una decisión jurisdiccional que se basa en premisas sistemáticas y “justificación externa” al conjunto de premisas de la justificación de una decisión jurisdiccional que se basa en premisas extrasistemáticas²⁹.

b.1) Son premisas sistemáticas aquellas que, por utilizar la terminología positivista hartiana, son identificadas por la regla de reconocimiento del sistema. La justificación del recurso a estas premisas es innecesaria. En principio, el juez no tiene

28. Vid. GASCÓN, M., *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

29. La distinción entre justificación interna y externa se debe a WRÓBLEWSKI, J., “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, en *Rechtstheorie*, N.º 5 (1974), pp. 33-46. Se trata, sin embargo, de una distinción ambigua, como acertadamente ha destacado REDONDO, M.C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, C.E.C., Madrid, 1996, pp. 219 y ss. El presente trabajo se inclina por concebir la distinción de acuerdo con el denominado por REDONDO “criterio de la externalidad de las premisas”.

que justificar la aplicabilidad de, por ejemplo, las normas del Código penal y las partes en un proceso tampoco tienen que alegarlas (*iura novit curia*), así que el operador jurídico habría de limitarse a razonar la *subsunción* del caso al supuesto jurídico contemplado en la norma y a prescribir las consecuencias jurídicas de dicha norma.

b.2) Son premisas extrasistemáticas las normas que no pertenecen al sistema jurídico. Éstas, a su vez, pueden ser de dos tipos: premisas extrasistemáticas expresas y premisas extrasistemáticas entimemáticas.

b.2.1) Las premisas extrasistemáticas expresas suelen ser normas consuetudinarias, normas extranjeras aplicadas a través de una norma de Derecho internacional, normas históricas aplicables en virtud de una norma de Derecho transitorio, pero también normas de carácter moral como “nadie puede beneficiarse de su propio crimen” que no encuentran fácil justificación porque su aplicabilidad no encuentra un claro apoyo entre las normas del sistema³⁰.

b.2.2) Las premisas extrasistemáticas entimemáticas son aquellas que no aparecen en el razonamiento por ser consideradas de alguna manera obvias. En consecuencia, el carácter entimemático de una premisa es relativo a una comunidad de hablantes y sus usos. Es aquí donde una TAJ debe desplegar su actividad y alcanzar su máxima utilidad y es aquí donde la virtualidad crítica de TAJ adquiere máxima importancia, porque con la disección de la fundamentación de las decisiones juris-

30. Vid. MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 151 y ss.

dicionales, es posible poner de relieve los presupuestos (entimemas) asumidos, a veces, acriticamente por los juristas, abriendo el paso a una crítica racional de las decisiones judiciales. Como todo el mundo sabe, muchas veces lo más importante de una argumentación no es tanto lo que se dice como lo que se calla y lo que se da por descontado.

2.2.1. *Justificación interna y justificación externa*

La contraposición de justificación interna y justificación externa fue formulada en estos términos por Jerzy WRÓBLEWSKI y tanto ALEXY³¹ como MACCORMICK la incorporan a sus teorías respectivas, si bien el autor escocés utiliza otros términos, distinguiendo entre una "justificación de primer orden" y una "justificación de segundo orden" (*second order justification*)³². La justificación de primer orden reproduce la interna y la de segundo orden la externa. La justificación interna se expresa en términos lógico-deductivos, tal y como se expuso en el tema II:

$$\begin{array}{l} (x) Fx \longrightarrow OGx \\ Fa \\ \hline OGa \end{array}$$

Cuando un caso es fácil, la aplicación del Derecho se aproxima a una operación similar a la que representa el *silogismo judicial* del que nos hablaba BECCARIA. Algunos autores han considerado que el Derecho ofrece tal perfección que todo caso

31. Vid. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 213 y ss.

32. Vid. MACCORMICK, D.N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., caps. II y V.

puede ser resuelto meramente con los materiales del ordenamiento jurídico (positivismo como teoría). Durante la codificación, esta idea cobró gran relieve y en cierto modo ha impregnado los usos de los juristas. Los jueces deberían ser (recordemos una vez más las palabras de MONTESQUIEU) *êtres inanimés*, seres inanimados que se limitarían a pronunciar las palabras de la ley. Sin embargo, la insuficiencia de esta justificación interna, que se hace patente en los llamados *casos difíciles*, conduce a la necesidad de una justificación externa en donde una teoría de la argumentación jurídica debe alcanzar su mayor virtualidad, debe encontrar criterios que permitan revestir con racionalidad aquella parte de la justificación que escapa a la lógica formal. La justificación externa pretende cubrir la laguna de racionalidad que se verifica en los “saltos” o “transformaciones”³³. Por ello, “el campo propio de la interpretación es la justificación externa”³⁴.

Sin embargo, en realidad existe una considerable ambigüedad en el uso de la contraposición entre justificación interna

-
33. “Una transformación, un “salto” se produce si y sólo si se cumplen las siguientes condiciones: (1) p se presenta como una razón para q, y (2) p no implica deductivamente q (AARNIO, A., ALEXU, R., PECZENIK, A., “The Foundations of Legal Reasoning”, en *Rechtstheorie*, 12 (1981), pp. 133-158 (primera parte), aquí p. 137. Debe señalarse, con NEUMANN, que el término “transformación” es engañoso porque p no se transforma en q, sino que p es un fundamento de q (NEUMANN, U., *Juristische Argumentationslehre*, cit., p. 98).
34. ALEXU, R., “Juristische Interpretation”, en *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien für Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1995, pp. 71-92, aquí p. 82. En el mismo sentido, ALEXU, R., “Die logische Analyse juristischer Entscheidungen”, en *ARSP*, cuaderno 14 (1980), pp. 181-212, aquí p. 185. Este artículo aparece publicado en ALEXU, R., *Recht, Moral, Diskurs*, cit., pp. 13-51.

y justificación externa. A veces parece que la justificación interna se refiere a la justificación basada en criterios lógico-deductivos, a partir de normas del sistema jurídico que son consignadas de forma expresa en la justificación de la sentencia. La justificación externa se referiría, en cambio, a una justificación que no presentaría carácter lógico-deductivo, cuyas premisas presentarían carácter extrasistemático (no serían jurídicas) y, finalmente, tampoco se hallarían recogidas expresamente en los fundamentos de la sentencia. Esto significa que se estarían empleando simultáneamente criterios diversos para sostener esta distinción. El carácter lógico-deductivo o no del razonamiento y el carácter sistemático o extrasistemático de las premisas. Cristina REDONDO³⁵ propone llamar al primer criterio de distinción entre justificación interna y externa, "criterio de la dificultad de los casos" y al segundo "criterio de la externalidad de las premisas". El criterio de la dificultad de los casos en realidad se refiere al problema de la aplicación de la lógica al Derecho y a sus límites. El criterio de la externalidad de las premisas evoca el problema de los límites entre Derecho y moral y la cuestión de la discreción judicial. Veamos estos problemas separadamente.

2.2.1.1. Justificación interna/externa como justificación lógico-deductiva o no

Según este criterio, es justificación interna la justificación lógico-deductiva de un razonamiento jurídico y es justificación externa la parte del razonamiento jurídico que no presenta ca-

35. REDONDO, M.C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, cit., p. 219.

rácter lógico-deductivo. En realidad, interpretada la dicotomía justificación interna/externa en estos términos, la cuestión a resolver con carácter previo es la propia posibilidad de aplicar la lógica en el Derecho, para, una vez admitida la posibilidad, definir su alcance y sus límites en el razonamiento jurídico. Así que la primera pregunta podría simplemente formularse así: ¿es posible aplicar la lógica al Derecho?³⁶.

Esta cuestión ha sido respondida negativamente por muchos autores. La justificación de esta negativa ha seguido básicamente dos vías. Aun a riesgo de incurrir en alguna simplificación (y, consecuentemente, en alguna injusticia), quizá sea posible dividir las argumentaciones antilogicistas en dos grandes grupos: (a) las de los juristas y (b) las de los lógicos. Los primeros han afirmado que el Derecho no tiene que ver con la lógica. Los segundos que la lógica no tiene que ver con el Derecho.

2.2.1.1.1. Los juristas frente a la lógica: el Derecho no tiene que ver con la lógica

“La buena lógica, como sucede con el güisqui, debería consumirse en pequeñas dosis. Y, como en el caso del güisqui, la lógica es un gusto adquirido aunque invoque un apetito natural”.

VELECKY, L.C.³⁷.

36. Traslado aquí algunas de las opiniones que refiero en mi trabajo “Acerca de la indeterminación del Derecho (una vigilia con José Juan MORESO)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º XV (1998), pp. 369-385, aquí pp. 379 y ss.

37. VELECKY, L.C., recensión a TAMMELO, I., *Outlines of Modern Legal Logic*, Franz STEINER, Wiesbaden, 1969, en *The Modern Law Review*, pp. 223-225, aquí p. 223.

Estas palabras, bien efectistas, se dirigen a quienes se inician en la lógica y ponen de relieve que la lógica no es algo ajeno a nadie que piense racionalmente, sino más bien algo que de forma más o menos consciente debe utilizar quienquiera que argumente. Sin embargo, este *don natural* debe además cultivarse.

Los juristas han objetado la aplicación de la lógica al Derecho a partir de una fundamentación que por encima de todo trasluce una aversión visceral hacia sus métodos. La mayor parte de los juristas —se dice— han desarrollado su función sin necesidad de conocimientos específicos de lógica y los conflictos y las soluciones en Derecho parecen tener más que ver con cuestiones de voluntad, fuerza, sentimientos o interés que con la pura racionalidad de la lógica.

Como ya se señaló en el tema II, cuando en los años 50 surge la lógica de las normas de VON WRIGHT, G.H., algunos autores (especialmente ciertos teóricos de la argumentación jurídica) reaccionaron en contra. Este rechazo de la lógica se expresa de muy distintas maneras y a través de autores que ya hemos tenido la oportunidad de examinar aquí. Por ejemplo, VIEHWEG³⁸, un ejemplo paradigmático de este talante, proclamó su preferencia por el llamado “pensamiento problemático” frente al “pensamiento sistemático. Sin embargo, muy a menudo estas opiniones alcanzan un tono emotivista y peyorativo. Así RECASÉNS SICHES³⁹ declara su animadversión hacia lo que denomina “*computadoritis*” y TOULMIN considera *naïf* ciertas

38. Vid. VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, cit., pp. 54 y ss.

39. RECASÉNS SICHES, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable*, cit., p. 553.

aplicaciones de la lógica al Derecho⁴⁰. Por su parte, PERELMAN⁴¹, tras desistir en su intento de trasladar al Derecho los estudios del lógico FREGE, llegó a considerar que la reconducción de los argumentos jurídicos a silogismos sólo puede provocar una "satisfacción pueril"⁴².

2.2.1.1.2. Los lógicos frente a la Derecho: la lógica no tiene que ver con el Derecho

Los lógicos (y los juristas que han analizado el Derecho desde la perspectiva de la lógica) han cuestionado la posibilidad de una lógica de las normas esgrimiendo argumentos sensiblemente más refinados y menos emotivos. El problema básico se origina en que la lógica trata con proposiciones, esto es, oraciones de las que cabe predicar verdad o falsedad. Sin embargo, las normas no son verdaderas ni falsas. La norma expresada mediante el enunciado "¡Abra Vd. la puerta!" no es verdadera ni falsa. Sí decimos de ella, en cambio, que es *eficaz* si se cumple, *válida* si la emite una autoridad competente mediante el procedimiento apropiado, o *justa* si es moralmente correcta. En consecuencia, la lógica, vinculada a los valores de verdad o falsedad, no podría aplicarse a las normas.

Esta situación nos sitúa ante una disyuntiva aporética, el célebre dilema de JÖRGENSEN: o rechazamos la lógica para las normas o bien modificamos la propia noción de lógica, emancipándola de los valores de verdad y falsedad. El primer cuerno del dilema parece conducir a resultados contraintuitivos, por-

40. Vid. NEUMANN, U., *Juristische Argumentationslehre*, cit., p. 27

41. Vid. PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., pp. 135 y ss.

42. Vid. *Op. cit.*, pp. 11.

que todos tenemos la sensación de que el Derecho y la aplicación del Derecho no son esferas completamente ajenas a la lógica y a la racionalidad. El segundo cuerno supone la creación de una lógica específica de las normas, una lógica deóntica, capaz de salvar las dificultades.

Naturalmente, el desarrollo de este segundo cuerno del dilema puede seguir varias vías. Por ejemplo, se ha propuesto⁴³ enfatizar la idea de consecuencia lógica con el fin de expandir el campo de la lógica también al ámbito de las normas. Otros⁴⁴ han optado por una lógica de las normas que trataría con la eficacia. Brevemente, esta estrategia consiste en asociar los enunciados normativos a enunciados descriptivos sobre su eficacia en un mundo ideal. Por ejemplo, la norma N1 "prohibido fumar" (que no es verdadera ni falsa) hallaría cierta correspondencia con el estado de cosas en un mundo ideal en el que fuera *verdad* que ningún individuo fumara nunca (y el enunciado "nadie fuma" sí que es verdadero o falso). Esta traducción de una norma en una proposición verdadera o falsa a través de la idea de la eficacia permitiría trasladar los esquemas de la lógica a las normas y, consecuentemente, al Derecho.

Existen otros problemas más específicos que expresan algunas dificultades que surgen a la hora de trasladar al plano normativo los métodos de la lógica, como, por ejemplo, el problema de las antinomias⁴⁵. Aquí sólo me interesa contrastar las

43. Vid. ALCHOURRÓN, C.E. y A. MARTINO, "Logic without Truth", en *Ratio Juris*, Vol. 3, N.º 1 (marzo 1990), pp. 46-67.

44. Vid. MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., pp. 24 y ss.

45. El problema de las antinomias (vid. MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación constitucional*, cit., pp. 72 y ss.): según el

críticas desde una y otra perspectiva. Como he señalado, el rechazo de la lógica por parte de los juristas (o desde el punto de vista del jurista) parece en muchos casos obedecer más a una cuestión emotiva, que puramente teórica. En realidad, considerar la lógica —así, en estos términos tan generales— como algo totalmente ajeno al Derecho es autofrustrante, pues implica rechazar de plano un elemento esencial de la racionalidad, lo que descalificaría la propia labor del jurista. En cierto sentido, no es que podamos seleccionar como método la lógica; la lógica es un elemento esencial de todo método racional, a pesar de que su articulación en el Derecho no sea fácil. Aparentemente, los límites que la lógica halla en el Derecho han conducido a una extremada disyuntiva: admitirla o rechazarla totalmente. Quizá fuera más adecuado matizar este planteamiento tan rigorista, como advirtió en su momento KELSEN⁴⁶ y como han

principio del falso Scotto, *ex falso quodlibet sequitur*: de dos proposiciones incoherentes (falsas) puede derivarse cualquiera otra. En términos normativos, esto significa que de dos normas contradictorias puede inferirse cualquiera otra. En otras palabras, cualquier norma pertenece por razones lógicas a un sistema normativo en el que figure al menos una antinomia. Esto supone la absoluta disolución del sistema jurídico y representa un problema para la concepción del sistema jurídico como un sistema axiomático, tal y como lo elaboran, por ejemplo, ALCHOURRÓN, C.E. y E. BULYGIN (*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., Desde luego existen muchos otros problemas que la lógica debe afrontar singularmente en el razonamiento jurídico, vid. por ejemplo, GOLDSTEIN, L., “Four paradoxes in legal reasoning”, en *Cambridge Law Review*, N.º 38 (nov. 1979), pp. 373-391.

46. KELSEN rechaza en su *Teoría general de las normas* que exista una lógica específicamente jurídica, pero precisamente porque no la excluye del Derecho: “Es la lógica universal la que se emplea tanto en las frases descriptivas de la ciencia del Derecho como en las normas prescriptivas del Derecho, *en tanto sea empleable aquí la lógica*” (KELSEN, H., *Teoría general de las normas*, trad. de Hugo Carlos Delory Jacobs y revisión de Juan Federico Arriola, Trillas, Méjico, 1994, p. 265, subrayado mío).

sugerido las actuales teorías de la argumentación jurídica de ALEXY⁴⁷ y MACCORMICK⁴⁸, que han concedido un importante papel a la lógica jurídica, si bien reconociendo sus limitaciones⁴⁹. La lógica, ciencia formal por antonomasia, no puede pretender abarcar la totalidad de los problemas que estudia la filosofía jurídica, por la razón trivial de que sólo puede ofrecernos respuestas de carácter formal y no de carácter sustantivo. Esto significa que las cuestiones sustantivas requieren algo más que el mero recurso a los métodos de la lógica. La lógica constituye una herramienta útil, pero insuficiente. Esto no dice nada en contra de esta disciplina, sino que sólo —reitero— confirma su carácter formal. Si miramos al pasado, su protagonismo se incrementó notablemente con el auge de la filosofía analítica; si miramos al futuro, su protagonismo será creciente con el desarrollo de sistemas expertos⁵⁰. En este sentido, la aversión hacia la lógica jurídica es injustificada, como también lo sería la pretensión de reducir a cuestiones puramente lógico-formales todas las que ocupan la teoría de la interpretación y la argumentación jurídicas.

47. Vid. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 213 y ss.

48. Vid. MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., caps. II, V.

49. Bajo una cierta perspectiva (pues se trata de una distinción ambigua, como bien señala María Cristina REDONDO, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, cit., 219 y ss.), la adopción por parte de estos autores de la distinción entre justificación interna y externa de WRÓBLEWSKI supone aceptar la lógica en el razonamiento jurídico (justificación interna), pero al mismo tiempo reconocer las carencias de una aplicación silogística del Derecho.

50. Sobre las posibilidades y el alcance de la lógica para la aplicación al Derecho de la tecnología de las computadoras, vid. FIEDLER, H., *Derecho, Lógica, Matemática*, trad. de Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1992 (2.^a ed.), cap. III.

Me parece que merece la pena recordar aquí algunas palabras de FIEDLER en relación con este asunto: “Con respecto a la aplicación de la lógica matemática a la ciencia del Derecho, no hay que temer en absoluto —por razones puramente técnicas— una “extralimitación” (“matematización”). En este sentido, la distribución de responsabilidades es clara y queda tan sólo la cuestión de la utilidad”⁵¹. Es decir, el papel de la lógica es claro y no puede albergar aspiraciones *imperialistas*. El reconocimiento de la insuficiencia de la lógica formal en la explicación de las decisiones jurídicas constituye el *prius* de toda teoría de la argumentación y cabría decir con ALEXY que la justificación externa constituye el ámbito propio de la argumentación jurídica o del discurso jurídico⁵².

Una vez admitida la posibilidad de explorar una lógica jurídica, quedaría entonces por señalar cuáles son sus límites específicos en la aplicación del Derecho. Dicho de otra forma, queda por determinar cuáles son los límites de la justificación interna. Según algunos autores, este planteamiento puede llegar a ser algo engañoso. Por ejemplo, AARNIO⁵³ considera que “la justificación interna y la externa están recíprocamente interrelacionadas. La justificación externa equivale a la adición de nuevos silogismos a la cadena de argumentos a fin de apoyar la premisa anterior”, y en el mismo sentido se ha pronunciado Ota WEINBERGER⁵⁴, quien prefiere, en cambio, separar el estable-

51. FIEDLER, H., *Derecho, Lógica, Matemática*, cit., p. 51.

52. Vid. ALEXY, R., “Die logische Analyse juristischer Entscheidungen”, *ARSP*, cuaderno 14 (1980), pp. 181-212, aquí p. 185.

53. AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 170.

54. Vid. WEINBERGER, O., “Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation”, cit., pp. 202-203. Se desprende la misma idea de WEINBERGER, O., “Topik und Plausibilitätsargument”, en *ARSP*, N.º 59/1 (1973), pp. 17-36.

cimiento de los hechos y su fundamentación de la fundamentación jurídica de las bases normativas.

En realidad, muchas veces el hecho de que de las premisas explícitas de un razonamiento no se siga lógicamente una solución, no implica que el razonamiento lógico-deductivo no funcione. Solamente significa que no todas las premisas se hallan explícitamente recogidas en la fundamentación de la sentencia. Dicho de otra forma, que el razonamiento jurídico sea entimemático no significa que no pueda ser lógico-deductivo. Volvamos al ejemplo del oso en la estación. Dadas las siguientes premisas:

- a) Enunciado: "Si un individuo entra en una estación con un perro, entonces está prohibida la entrada de ese individuo".
- a') Interpretamos el enunciado anterior como: Si un individuo entra en una estación con un perro o con un animal que cause normalmente molestias análogas a las que causan los perros, entonces está prohibida la entrada de ese individuo.
- b) Si un individuo entra en una estación acompañado de un animal salvaje, entonces entra en una estación acompañado de un animal que normalmente causa molestias análogas a los perros.
- c) Si un individuo entra en una estación acompañado de un oso, entonces un individuo entra en una estación acompañado de un animal salvaje (...)
- d) El individuo A ha entrado en la estación Z acompañado de un oso.

BULYGIN, sin hacer mención expresa de la cuestión ofrece un planteamiento similar en "On Legal Interpretation", en KOCH, H.J. y U. NEUMANN (comps.), "Praktische Vernunft und Rechtsanwendung", *ARSP*, cuaderno 53 (1994), Franz STEINER, pp. 11-22.

Luego, prohibido a A entrar en la estación Z acompañado de un oso.

Cabría representar de la siguiente manera el razonamiento:

a') $(x) Fx \rightarrow PhGx$

a) $(x) Mx \rightarrow Fx$

c) $(x) Sx \rightarrow Mx$

a) $(x) Sa$

PhGa

Es claro que con estas premisas y otras adicionales, podemos justificar la conclusión, que califica como prohibida la conducta de A de introducir un oso en la estación Z; sin embargo, a nadie le extrañaría que no todas esas premisas tuvieran que aparecer explícitamente y tampoco sería de extrañar que otras normas lógicamente necesarias no aparecieran. Lo que interesa destacar es que el carácter no expreso por obvio (esto es, entimemático) de una premisa no invalida el carácter lógico-deductivo de un razonamiento. Dejando esta cuestión aparte, en nuestro ejemplo surgen problemas de justificación externa sobre la analogía (cómo justificar la semejanza entre las molestias que causan un perro y un oso) o sobre la determinación de la finalidad de la norma (en qué medida la finalidad de la norma es impedir que los animales causen molestias a los pasajeros o que pongan en peligro la seguridad o que pongan en riesgo el mobiliario, etc.). Todos estos problemas presentan un carácter externo, pero quizá una vez solucionados pueden ingresar de nuevo en la cadena lógico-deductiva. Las limitaciones de la lógica provienen de otros argumentos que hemos visto ante-

riormente de manera superficial. A la vista de opiniones como la de AARNIO o WEINBERGER, aquí va a interesarnos más el criterio de la externalidad.

2.2.1.2. Justificación interna/externa como justificación sobre normas sistemáticas o extrasistemáticas

Desde este punto de vista, lo que distingue la justificación interna de la justificación externa es el carácter respectivamente intra- o extrasistemático de las premisas normativas. Es decir, la justificación interna es aquella que recurre a normas del sistema jurídico. La justificación externa es aquella que, por el contrario, se basa en normas que no pertenecen al sistema jurídico. Desde este punto de vista, la justificación interna se orienta a la justificación de la decisión sobre la base de normas jurídicas y se ciñe a la congruencia de la norma general expresada en la disposición jurídico-positiva y la norma concreta del fallo. La justificación externa es, en cambio, el conjunto de razones que no pertenecen al Derecho y que fundamentan la sentencia. Entre estas razones pueden hallarse normas consuetudinarias, principios morales, juicios valorativos, etc. El conjunto de razones no jurídicas que fundamentan una sentencia constituyen el producto de una actividad argumentativa que suele denominarse "discreción judicial".

Para comprender el alcance de la justificación externa (y, por tanto, de la discreción judicial) es necesario conocer antes dónde se encuentra el límite entre las razones intra- y extrasistemáticas, es necesario conocer, pues, los límites del sistema jurídico y ésta no es una cuestión precisamente pacífica. En realidad, la determinación de los límites del sistema jurídico requiere disponer de un concepto de Derecho para poder distinguir las

normas jurídicas de las de otros órdenes normativos como la moral, la religión, las ideas políticas, las costumbres, los usos sociales, etc. Embarcarse en este problema significa hacerlo en el problema más importante de la filosofía jurídica: el debate entre positivismo jurídico y jusnaturalismo. Esta cuestión volverá a aparecer cuando hablemos de los principios jurídicos en el tema VI, así que me remito a lo que se dirá entonces.

Por tanto, asumiré (por ahora dogmáticamente) que es posible establecer límites entre Derecho y moral, y entre justificación interna y externa. Es posible distinguir el Derecho que es del que debería ser y entonces me gustaría indicar algunas respuestas que dan los autores de la TAJ para guiar a los operadores jurídicos en el ejercicio de la discreción judicial.

3. EL PAPEL DE LAS PREMISAS FÁCTICAS. REMISIÓN

Por ahora hemos visto que la TAJ, tal y como se ha cultivado por la teoría estándar, se circunscribe al estudio del contexto de justificación (no del de descubrimiento) y que se ocupa primordialmente de la justificación externa de las decisiones (y no tanto de la interna). Cabría añadir una tercera delimitación del espacio en el que se desenvuelve la TAJ. La TAJ se ha concentrado normalmente en la justificación externa de aquellos enunciados que no sean los empíricos (pues el análisis de éstos compete a las ciencias empíricas y las reglas de la carga en el proceso) ni normas jurídicas (dado que su justificación representa una labor asignada a una teoría de la validez)⁵⁵. Estas restricciones han llevado a algunos autores a afirmar en tono

55. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 222.

crítico que la teoría estándar de la argumentación jurídica no presta atención así a los aspectos empíricos de las decisiones jurídicas⁵⁶. Sin embargo, esta carencia de la TAJ comienza a ser superada por la literatura más reciente y será salvada aquí por la profesora Marina GASCÓN en el tema IX.

En suma, el dominio de la TAJ tal y como ha sido desarrollada por la teoría estándar viene así delimitado negativamente por tres veces. En primer lugar, se prescinde de las motivaciones de orden psicológico o de otra naturaleza que hayan podido intervenir en el contexto de descubrimiento; en segundo lugar, la justificación externa se manifiesta a partir del de la justificación interna, es decir, la justificación externa comienza donde termina la interna y, por último y más concretamente, la argumentación jurídica tiene lugar sobre aquellos enunciados que no son ni reglas de Derecho (pues su justificación no correspondería a una teoría de la argumentación jurídica propiamente sino a una teoría de la validez jurídica) ni a enunciados empíricos (cuya justificación corre a cargo de las ciencias empíricas, las reglas de la carga del proceso o las máximas de la presunción racional).

4. ¿EN QUÉ MEDIDA ESTAS DISTINCIONES DIFERENCIAN A LA TAJ ACTUAL RESPECTO A SUS PRECURSORAS?

Para comprender en qué medida la actual TAJ supone un avance frente a sus predecesoras de los años cincuenta, conviene contrastar la asunción de la contraposición contexto de

56. ATIENZA, M., "Para una teoría de la argumentación jurídica", en *Doxa*, N.º 8 (1990), pp. 39-59, aquí p. 39.

descubrimiento/contexto de justificación frente a VIEHWEG y para comprobar la virtualidad de la dualidad justificación interna/externa y, por tanto, la admisión de la lógica formal en el Derecho, siempre con las reservas que impone su insuficiencia en el razonamiento jurídico, conviene contrastar la TAJ actual con las tesis de PERELMAN.

Como ha sido puesto de manifiesto con frecuencia, la noción de tópica es ambigua. Suele citarse a OTTE⁵⁷ para expresar sus posibles rasgos básicos: una especial fundamentación de las premisas, una técnica de búsqueda de tales premisas o bien una técnica de la discusión de problemas. En cuanto técnica de búsqueda de las premisas, como técnica del pensamiento problemático, vimos en su momento que la tópica pretende ser una suerte de *ars inveniendi* que se desarrolla consecuente al nivel del contexto de descubrimiento (*inventio*) más que al de justificación (*iudicium*). VIEHWEG sugiere una cierta homogeneidad de valor de los diversos tópicos, entre los que se encuentran las leyes, los precedentes y la dogmática. La teoría de VIEHWEG parece ignorar entonces la superioridad jerárquica de ciertos criterios en el razonamiento judicial o, por decirlo con ALEXY, la teoría de VIEHWEG incurre en "la infravaloración de la importancia de la ley, la dogmática jurídica y del precedente"⁵⁸. Es probable que la tópica en este sentido sea fiel a la realidad del proceso de elaboración de las decisiones judiciales: quizá el operador jurídico a la hora de decidir no respete siempre estrictamente los dictados del sistema de fuentes. Este hecho

57. Vid. OTTE, "Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben", en *Rechtstheorie*, cuaderno 1, T. 1 (1970), pp. 183-197. Aquí p. 184. Vid. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 40 y ATIENZA, M., *Las razones del Derecho*, cit., p. 57.

58. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit, p. 42. También p. 41.

viene a demostrar que la teoría de VIEHWEG no es atenta al contexto de justificación. El contexto de justificación requiere la observancia de ciertos límites al razonamiento judicial, unos límites que en la teoría de ALEXY restringen el razonamiento práctico y que se sintetizan en la ley, el precedente, la dogmática jurídica y las leyes procesales⁵⁹ (*infra* capítulo VIII) . En conclusión ALEXY comparte ciertos propósitos con la tópica jurídica⁶⁰, pero difiere de ésta (entre otras cosas) por la referida infravaloración de ciertos elementos que especifican la argumentación jurídica respecto al razonamiento práctico. Este desacuerdo pone de relieve la asunción de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación por parte de ALEXY⁶¹.

Tras haber acotado el campo de la argumentación jurídica en torno al contexto de justificación, cabe preguntarse cómo deba ser la naturaleza de esta argumentación y, en el caso de que se admita la posibilidad de un razonamiento lógico, es posible cuestionarse, entonces, cuál deba ser su alcance en la fundamentación jurídica. Como vimos, PERELMAN⁶², tras intentar construir una lógica para los juicios de valor inspirada en los métodos del lógico G. FREGE, llega a la conclusión de que no hay una lógica específica de los juicios de valor sino una serie de técnicas de argumentación que habían sido cultivadas en la antigüedad, singularmente por la retórica. Su teoría no pretende

59. ALEXY, R., “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, trad. de Carlos DE SANTIAGO, en GARZÓN VALDÉS (comp.), *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona/Caracas, 1988, pp. 43-57.

60. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 42: “esta investigación asume, en cierto sentido, las intenciones de la tópica jurídica”.

61. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 42.

62. Vid. PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 136.

sustituir la lógica formal sino complementarla; sin embargo, se produce, como lamenta ALEXY⁶³, “una renuncia a utilizar el instrumental de la filosofía analítica”. PERELMAN parece incurrir, de hecho, en una suerte de falsa disyuntiva: la lógica constituiría el método propio de las disciplinas *compactas* (por usar una expresión de TOULMIN) y el resto de los campos del saber, ajenos a la lógica formal, se verían privados de sus beneficios. Estas posturas excluyen la posibilidad de profundizar en la estructura de los argumentos⁶⁴.

La distinción entre justificación interna y justificación externa (entendida bajo el criterio de la dificultad de los casos) permite contemplar el papel de la lógica deductiva en las fundamentaciones jurídicas en sus términos precisos y no impide que los instrumentos de análisis que proporciona la lógica sean empleados en la investigación de los argumentos a fin de introducir mayor racionalidad en el campo de la argumentación. Es más, “(t)area de una teoría de la justificación externa es, en primer lugar, el análisis lógico de las formas de argumentación”⁶⁵. La exposición explícita de la justificación interna descubre totalmente las premisas del razonamiento no extraídas del Derecho positivo. Esta función negativa de la justificación interna ha sido considerada por ALEXY como su aspecto más importante⁶⁶. La justificación externa pretende profundizar en la fundamentación de los saltos o transformaciones.

63. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 167.

64. Cfr. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 42. En relación con la teoría de VIEHWEG; y ATIENZA, M., *Las razones del Derecho*, cit., p. 100, en relación con PERELMAN.

65. Vid. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, *Op. cit.*, p. 223.

66. “La exigencia de la deducción lleva precisamente a lo contrario del encubrimiento de la parte creativa de la aplicación del Derecho: las premisas

5. LA TAJ ESTÁNDAR

Los dos autores más representativos de la teoría de la argumentación jurídica actual quizá sean Neil MACCORMICK y Robert ALEXI, aunque también cabría destacar a algunos autores escandinavos como Aulis AARNIO o Aleksander PECZENIK. El profesor Donald Neil MACCORMICK ocupa la cátedra de filosofía del Derecho en Edimburgo y es un seguidor del legado intelectual de H.L.A. HART. Ha sido coautor de *An Institutional Theory of Law*, junto al profesor austriaco Ota WEINBERGER. Por lo que se refiere a su teoría de la argumentación jurídica, MACCORMICK ha escrito una obra fundamental: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Esta obra vio la luz en 1978, al mismo tiempo que la otra gran obra de la teoría estándar de la argumentación jurídica: *Theorie der juristischen Argumentation* de Robert ALEXI.

Robert ALEXI es actualmente catedrático de filosofía del Derecho y Derecho público en la Universidad de Kiel (Alemania). Junto a su citada *Teoría de la argumentación*, destaca en su obra su *Teoría de los derechos fundamentales* y su *Concepto y validez del Derecho*. Representa uno de los críticos al positivismo jurídico actual más relevantes y ha desarrollado una interesante teoría de los principios jurídicos que será analizada más adelante.

Manuel ATIENZA ha subrayado que ambas teorías llegan a resultados semejantes siguiendo caminos distintos: MACCORMICK pertenece a la cultura jurídica del *common law*, es seguidor de

no extraídas del Derecho positivo aparecen claramente en toda su extensión. Este es quizás el aspecto más importante de la exigencia de justificación interna. El justificar estas premisas no extraídas directamente del Derecho positivo es la tarea de la justificación externa” (ALEXI, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 220).

HART y de la filosofía de HUME. ALEXY se inscribe en la cultura jurídica alemana y sigue los pasos de HABERMAS. MACCORMICK parte de las decisiones de los tribunales para inducir los principios generales de su teoría, mientras que, a la inversa, ALEXY parte de la abstracción del discurso práctico general para trasladarlo a la esfera más concreta del Derecho. En lo que queda de este capítulo tomaré como referencia la teoría de MACCORMICK y reservaré el estudio de la de ALEXY para el tema VIII.

5.1. Justificación interna o de primer orden

Hemos visto que la justificación interna se reconstruye a través de un razonamiento lógico deductivo, cuya insuficiencia reclama el concurso de una justificación externa o de segundo orden. Esto significa que la justificación de segundo orden se hace necesaria ante las insuficiencias de la justificación de primer orden. En el tema III ya hemos tenido oportunidad de ver algunos de estos problemas. En lo que sigue, vuelvo a referirme a algunos de ellos siguiendo el *iter* argumentativo de MACCORMICK. El autor escocés destaca cuatro grandes problemas que aquejan a una justificación meramente interna, dos de ellas se sitúan en la premisa normativa y los otros dos en la premisa fáctica. Reitero esta cuestión para introducir los criterios de resolución que propone y para destacar alguna particularidad que frene estos problemas en la cultura jurídica angloamericana. Los problemas de la premisa normativa son los problemas de relevancia e interpretación. Los problemas de la premisa fáctica son de prueba y de calificación de los hechos. MACCORMICK ilustra cada uno de esos problemas con un caso.

5.1.1. Problemas de relevancia

Esta cuestión surge cuando nos preguntamos qué norma es relevante para el caso y se plantea con particular énfasis en los sistemas jurídicos de base judicial, fundamentalmente en los angloamericanos. MACCORMICK ilustra este problema con el caso *Donoghue v. Stevenson* (1932)⁶⁷. Los hechos eran los siguientes: la Sra. Donoghue había bebido en un bar la *ginger beer* de una botella opaca de la marca Stevenson. Cuando apuró completamente la botella descubrió en el fondo un gusano en descomposición. Las consecuencias del fatal encuentro fueron una gastroenteritis y un *shock* nervioso (por supuesto, en la persona de Mrs. Donoghue).

No había en aquel entonces ningún *Statute* ni ningún precedente concluyente para resolver el asunto, aunque sí precedentes suficientemente análogos para enjuiciar estos hechos y determinar responsabilidades de la marca Stevenson. La aplicación de un remedio análogo debe ampararse en una justificación de segundo orden. La Sra. Donoghue fue indemnizada por su encuentro no deseado con el anélido. El problema que aquí se trata es el de la fuerza justificatoria de una sentencia precedente. Esta cuestión es particularmente importante en los sistemas de Case Law, pero también lo son en los sistemas continentales⁶⁸. Los juristas suelen decir que “la Ley reina, pero la jurisprudencia gobierna”.

67. Legal Reasoning and Legal Theory, cit., pp. 69 y ss.

68. Vid. recientemente el excelente estudio al respecto de MORAL SORIANO, L., *El precedente judicial*, prólogo de Zenon BANKOWSKY y Neil MACCORMICK, Marcial Pons, Madrid, 2002, donde se confronta el valor del precedente en los sistemas jurídicos español, alemán y holandés.

En el Derecho español, el problema de los casos relevantes podría reconducirse al de las normas relevantes y aquí juega un papel importante el recurso a la analogía. La analogía está recogida en el artículo 4.1 del Código civil, que dice así: "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón". La cuestión fundamental consiste en hallar la "identidad de razón" que permita fundar la aplicación de las consecuencias jurídicas de una norma a un caso diferente, pero parecido, al contemplado en la norma jurídica. Hay que argumentar por qué el caso que se resuelve puede ser incluido en el "círculo de semejanza" del supuesto de hecho contemplado en la norma. La analogía será objeto de examen en la lección siguiente.

5.1.2. Problemas de interpretación

¿Cómo debo interpretar las palabras de la norma? Este tipo de problemas tiene que ver con la ambigüedad del lenguaje y de su vaguedad. Este problema ha sido ya referido en el tema III. Baste recordar que el origen del problema se halla en las imprecisiones inherentes al lenguaje natural. Por otra parte, su "textura abierta" (WAISMANN) conduce invariablemente a imprecisiones. Como señala HART en *El concepto de Derecho*, "la incertidumbre en los límites es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier tipo de comunicación relativa a asuntos de hecho".

MACCORMICK propone aquí el caso *Ealing London Borough Council v. Race Relations Board* (1972)⁶⁹. En virtud de la *United*

69. MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 65 y ss.

Kingdom's Race Relations Act de 1968, se prohibía la discriminación en razón de color, raza y origen étnico o nacional en relación, entre otras cosas, con el acceso a la vivienda. El problema se planteó cuando una autoridad local restringió a los ciudadanos británicos la opción a ser incluidos en una lista de solicitantes de viviendas en virtud de la *British Nationality Act* de 1948. El problema era la interpretación de la norma de 1968: ¿qué significa discriminación por origen nacional? ¿la prohibición de discriminación por origen nacional incluye la discriminación por razón de nacionalidad legal? Dicho de otro modo, ¿prohíbe la norma de 1968 la discriminación por nacionalidad o no? Esta es una cuestión de interpretación, del alcance del significado de una norma. Sólo una vez resuelta esta ambigüedad, es posible resolver el caso.

5.1.3. *El problema de la prueba*

El problema de la prueba de los hechos es ilustrado por MACCORMICK a través del caso Voisin⁷⁰. Probar algo significa desarrollar un *test* de coherencia narrativa entre un enunciado del pasado como "se cometió el acto x" y una serie de enunciados sobre el presente que son congruentes con el primer enunciado. Por ejemplo, dadas las siguientes premisas:

1. En Regent Square se encuentra el cadáver de Émilienne Gérard. Su cuerpo estaba descuartizado en un paquete sobre el que alguien había escrito "Bladie Belgiam".
2. Se requiere de un sospechoso, Louis-Marie Joseph Voisin que escriba en un papel "Bloody Belgian". Este individuo no pone ningún inconveniente y escribe incorrectamente "Bladie Belgiam".

70. *Ibid.*, pp. 88 y ss.

3. Examinada la casa del ya detenido sujeto sospechoso se descubren allí restos de sangre humana.
4. La cabeza seccionada, así como las manos de la víctima fueron hallados en el sótano de la casa de Voisin.
5. El acusado portaba consigo las llaves de la vivienda de la mujer asesinada.

Todas estas proposiciones no garantizan absolutamente la verdad de la proposición sobre el pasado "Voisin asesinó a Émilienne Gérard". Sí podemos decir que esta proposición es *narrativamente* coherente con las cinco proposiciones enunciadas. Las piezas encajan. Así pues, el *test* de coherencia nos permite mediante la acumulación de algunos testimonios y hechos del presente acceder a conocer con un alto grado de probabilidad lo que sucedió en el pasado. La proposición "Voisin asesinó a Émilienne Gérard" encaja con las cinco del presente "como las piezas de un rompecabezas", nos dice MACCORMICK. En ciertas áreas del Derecho se articulan elementos como la carga de la prueba (*onus probandi*) o esquemas de presunciones para facilitar la labor interpretativa o conseguir ciertos objetivos. Estas cuestiones serán tratadas en el tema IX.

5.1.4. Problemas de hecho secundarios o problemas de calificación

En ocasiones el problema no es propiamente sobre los hechos, sino sobre la calificación jurídica de los hechos. El caso que nos propone MACCORMICK para ilustrarlo es el caso MacLennan v. MacLennan⁷¹. Los hechos eran los siguientes: los

71. *Ibid.*, pp. 93 y ss.

MacLennan eran un matrimonio que pasaba largas temporadas separado. Tras un año de ausencia, a su regreso a casa el Sr. MacLennan se encuentra a su mujer embarazada. Algo le decía al marido que no podía ser el padre de aquel *nasciturus* y por eso inició los trámites para su separación y divorcio alegando adulterio por parte de su mujer. Sin embargo, la Sra. MacLennan, que no negó el hecho de que Mr. MacLennan no era el padre, no admitió la acusación de adulterio, aduciendo que su embarazo había sido provocado por una inseminación artificial. La cuestión entonces es si la inseminación artificial puede ser considerada un acto de adulterio. En otras palabras, si cabe calificar como adúltera la conducta de inseminarse artificialmente con un espermatozoide de un hombre distinto del propio marido. De nuevo, queda claro que los hechos brutos presentan una importancia relativa si nos atenemos a los hechos "interpretados" o calificados jurídicamente. Sólo traducidos adecuadamente al lenguaje del Derecho los hechos adquieren una condición relevante.

6. ALGUNAS PISTAS MUY GENERALES PARA UNA JUSTIFICACIÓN EXTERNA

Prescindiendo de las cuestiones de hecho (*infra*, tema IX), quedan por resolver opciones interpretativas y argumentativas muy importantes, cuya resolución exige una cuidada reflexión caso por caso. Como ya indiqué en el tema II, por más que pueda parecer paradójico, este carácter profundamente casuístico de los problemas prácticos y jurídicos exige, por eso mismo, acudir a principios muy generales. En última instancia, MACCORMICK propone en realidad como criterios generales de resolución, de los que me serviré libremente para examinar la justificación de segundo orden: una exigencia de racionalidad general que es la coherencia, un principio de la tradición utilita-

rista, el consecuencialismo, y, finalmente, un principio fundamental de la razón práctica kantiana, el principio de la universalizabilidad⁷².

Estos principios funcionan como guías para resolver alternativas argumentativas en casos como Ealing, MacLennan o Donoghue. MACCORMICK encuentra un aire de familia entre la concepción popperiana de la ciencia, según la cual, el progreso científico se basa en elegir la teoría más fuerte frente a la más débil bajo una cierta provisionalidad. Se renuncia así a considerar que una teoría es absolutamente verdadera y se considera, más bien, que las teorías son provisionalmente consideradas verdaderas en tanto no sean *falsadas*, en tanto no se haya podido demostrar que son equivocadas o que hay otra teoría mejor. Algo parecido sucedería con la alternativa entre considerar en el caso Ealing que "origen nacional" incluye o no nacionalidad o que en el caso Donoghue el fabricante tiene responsabilidad frente al consumidor por lo que embotella o no.

Siguiendo con los paralelismos con la ciencia, del mismo modo que el científico contrasta un cuerpo de conocimiento, que es la ciencia, con ciertos fenómenos del mundo, así el operador jurídico también debe intentar que su decisión sea armónica con un cuerpo, en este caso de normas, y con el mundo en el que su decisión habrá de materializarse. La decisión del juez debe tener sentido en el Derecho y en el mundo.

6.1. Consistencia y coherencia

Como se ha señalado en el tema III, las normas de un ordenamiento jurídico pueden entrar en conflicto, pueden, di-

72. *Ibid.*, cap. V.

cho en otros términos, contener antinomias. Para que exista una antinomia, es necesario que se den dos condiciones: (1) que las normas contradictorias se refieran al mismo supuesto de hecho, y (2) que las soluciones (consecuencias jurídicas), sean incompatibles entre sí. Las normas expresadas en los enunciados "prohibido fumar" y "permitido fumar" constituyen una antinomia porque asocian al mismo supuesto de hecho una calificación deóntica incompatible. No es racional que la conducta de fumar esté a un tiempo prohibida y permitida.

Las decisiones de los jueces deben presentar también este tipo de conformidad. No es admisible que una decisión concreta, que es una norma particular, entre en conflicto con la norma general que contempla el ordenamiento jurídico. Si el Decanato prohíbe a todos los estudiantes fumar en clase y Juan es un estudiante, entonces el docente no puede permitírselo en un día de buen humor, pues no es posible que la conducta de Juan de fumar esté al tiempo prohibida (en cuanto que Juan es un estudiante) y permitida (según la norma emitida por una autoridad inferior como el profesor en un día de buen humor). Cuando esto sucede en el mundo del Derecho, en realidad el juez dicta una sentencia *contra legem* y está incumpliendo el Derecho e infringiendo el principio de legalidad.

Sin embargo, según MACCORMICK no basta con que el juez dicte decisiones *consistentes*. Su razonamiento debe además ser coherente. ¿Pero qué diferencia existe entre consistencia y coherencia? o, para verlo mejor, ¿qué diferencia existe entre inconsistencia e incoherencia? Ya hemos visto un ejemplo de inconsistencia. Dos normas son inconsistentes cuando son lógicamente incompatibles. Por ejemplo, la norma del docente bien humorado "a Juan le permito fumar", determina un *ius singulare* que resulta inconsistente con la norma del Decanato "prohibido fumar a todos los estudiantes", porque Juan es un

estudiante. Sin embargo, en ocasiones puede que dos normas no sean inconsistentes, pero aun así planteen algún tipo de incoherencia. MACCORMICK nos propone un ejemplo muy clarificador. Imaginemos las siguientes normas en un código de circulación:

N1: prohibido circular a más de 100 km/h a los coches rojos.

N2: permitido circular a más de 100 km/h a los coches azules.

N3: permitido circular entre 25 y 35 km/h a los coches verdes.

Desde un punto de vista formal, no existe ningún inconveniente para que un código de circulación contuviera semejante regulación. No nos encontramos ante una inconsistencia porque no se verifica la primera de las condiciones arriba citadas, es decir, N1, N2 y N3 no contemplan el mismo supuesto de hecho. N1 se dirige a los conductores de coches rojos, N2 a los de coches azules y N3 a los de coches verdes. Sin embargo, nos podemos preguntar ¿son coherentes estas normas? La respuesta es negativa si tenemos en cuenta que el código de circulación se debe inspirar en valores como la seguridad vial, para la que el color de los coches constituye una propiedad en principio irrelevante. Pues bien, las decisiones de los jueces no sólo deben ser consistentes con las normas del ordenamiento, deben además resultar coherentes y ello supone desarrollar un razonamiento atento a los valores implícitos que unifican el ordenamiento.

6.2. Universalizabilidad

Al igual que la consistencia, la universalizabilidad de una norma es una de las exigencias esenciales de la razón práctica.

Si una norma no es consistente con el resto del sistema o no es universalizable difícilmente podrá ser considerada moralmente aceptable⁷³. El *test* de la universalizabilidad presenta una honda raigambre moral y singularmente kantiana. Como es sabido, una de las formulaciones del imperativo categórico dice así: “*obra según aquella máxima que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en ley universal*”⁷⁴.

En última instancia esto significa que debemos tratar del mismo modo *todos* los casos cuyas propiedades relevantes sean las mismas y de forma distinta a los que tengan propiedades diferentes. Naturalmente, la determinación de las propiedades relevantes es una actividad valorativa que puede distorsionar el juicio moral, sobre todo si se pasa por alto. Por ejemplo, en el ámbito moral universalizar ha significado hasta hoy en día universalizar entre seres humanos, pero ya hay quien piensa que esto no es suficiente. Hay quien piensa que esto constituye un defecto denominado “especieismo” y que deberíamos formular juicios morales universalizables ampliando el círculo de sujetos morales a otros seres sensibles diversos de los seres humanos como son los animales en general⁷⁵. Consigno este debate al

73. BRANDT, R.B., *Teoría ética*, trad. de Esperanza Guisán, Alianza, Madrid, 1982, cap. 2.

74. KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), ed. de Luis Martínez de Velasco, Espasa Calpe, Madrid, 1994, p. 92.

75. Sobre este debate, cfr. P. DE LORA, “Los animales como sujetos de derechos”, en E. Díaz y J.L. Colomer (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002. Recientemente, el profesor Javier de Lucas ha desarrollado una experiencia interesante: la película *Blade Runner* le sirve de reflexión y *test* para estudiar el círculo de individuos en el que se enmarcan los juicios de universalización. ¿Cabe universalizar a los “replicantes” del film, a los emigrantes respecto de los derechos de los ciudadanos de un Estado, a los animales...? (J. De Lucas, *Blade Runner. El Derecho guardián de la diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003).

objeto de subrayar, pues, que la universalizabilidad de una decisión exige la previa determinación de las propiedades relevantes del caso que son la base del principio de universalizabilidad, pero esto no es fácil y presupone juicios valorativos que reclaman, a su vez, argumentar sobre las razones para seleccionar ciertas propiedades en perjuicio de otras. En realidad, visto desde esta perspectiva, la universalizabilidad tiene mucho que ver con la cuestión de la consistencia y la coherencia. La universalizabilidad abarca el problema sustancial de definir las propiedades relevantes de modo que el paso posterior pasa a convertirse en una cuestión de consistencia. Es decir, la norma del docente que permite fumar un día a Juan en clase puede ser considerada no sólo una norma inconsistente con las normas del Decanato, sino también una norma que no es universalizable si pretendemos que las normas del Decanato tengan alguna vigencia una vez que consideramos relevante la propiedad de ser estudiante que se predica de Juan.

Es, por otra parte, importante distinguir dos categorías que a veces se confunden en este contexto. Me refiero a las nociones de universalidad y generalidad. Lo universal se contrapone a lo existencial. Un juicio es universal cuando se predica de todos los miembros de una clase (por ejemplo: “*todos* los cisnes son aves”) y un juicio es existencial cuando se predica de tan sólo algunos miembros de una clase (por ejemplo: “*algunos* cisnes son negros”). Lo general, por el contrario, se contrapone a lo menos general. Se trata de una propiedad gradual que se refiere a la amplitud de la extensión de los miembros de una clase. El enunciado E1: “Todos los cisnes blancos son aves” y E2: “Todos los cisnes negros son aves” son ambos enunciados universales porque se refieren a todos los miembros de una clase, pero el enunciado E1 es más general que E2, porque, según parece, hay más cisnes blancos que negros.

Hablar del papel del principio de universalizabilidad en profundidad no es posible aquí. Sólo desearía destacar que autores como ALEXY han vinculado el razonamiento jurídico al razonamiento moral y singularmente a la razón práctica de raíz kantiana que ha desarrollado contemporáneamente Jürgen HABERMAS. Esto significa que la teoría de ALEXY vincula intensamente el razonamiento jurídico al principio de universalizabilidad, si bien introduciendo algunas modificaciones que se verán en el capítulo VIII.

6.3. Consecuencialismo

Para estudiar la relevancia del análisis de las consecuencias de una decisión judicial en la realidad, es conveniente, de nuevo, comprobar cómo ha tratado el problema la ética. Cuando hablamos de teorías de ética normativa, es muy habitual dividir las en dos grandes grupos: teorías deontológicas y teorías consecuencialistas. Las teorías deontológicas son aquellas cuyo concepto básico lo forma la idea de deber. Las teorías consecuencialistas son aquellas cuyo concepto básico lo forma la idea de bondad. Por ejemplo, el máximo exponente de teoría deontológica es seguramente la teoría de KANT. El autor prusiano consideraba que debemos actuar por deber y que las consecuencias del ejercicio de ese deber moral constituyen algo secundario: *fiat iustitia, pereat mundus*. Así, por ejemplo, KANT llega a sostener que no debemos mentir nunca, sean cuales fueren las consecuencias de nuestra sinceridad. KANT sugiere el problema en su trabajo sobre el presunto derecho a mentir⁷⁶,

76. KANT, I., “Sobre un presunto derecho a mentir por filantropía” (1797), en *En defensa de la Ilustración*, trad. de Javier Alcoriza y Antonio Castra e introducción de José Luis Villacañas, Alba, Barcelona, 1999, pp. 393-399.

donde estudia el problema de qué hacer en el siguiente supuesto: imaginemos que acogemos en casa a un individuo perseguido por una banda que pretende aprehenderlo y matarle. Estos bandidos nos preguntan entonces si aquella persona a quien quieren hacer su víctima se encuentra con nosotros. Según KANT, no podemos abdicar de nuestro deber de decir la verdad y habremos de responder que el perseguido está con nosotros. ¿Por qué? La respuesta de KANT es la siguiente: si decimos la verdad, cumplimos con el deber y nada puede achacársenos; pero si mentimos, entonces todas las consecuencias negativas del incumplimiento de nuestro deber nos serán imputables. Así, si respondiéramos a los bandidos que el perseguido no se encuentra en casa y estos al marcharse lo sorprendieran huyendo por la puerta trasera de nuestra casa, entonces cabría imputar a nuestra mentira el trágico final de nuestro protegido. ¿Pero debe un juez ser un deontologista como KANT? ¿debe cerrar los ojos a las consecuencias de su decisión (no olvidemos que decir la verdad puede dar lugar a la inmediata muerte de nuestro protegido) y limitarse a aplicar las normas sin importarle qué consecuencias tendrá su decisión? Parece ser que no, al menos no sin matices. El Derecho existe para el hombre y no a la inversa. El juez debe ponderar dentro de ciertos límites cuáles serán las consecuencias que su decisión tendrá precisamente para respetar la ley y lo que ésta persiga.

En el extremo opuesto a KANT⁷⁷, se encuentra la tradición utilitarista inaugurada por el radicalismo inglés de autores como

77. HARE, R., ha puesto en cuestión la tajante contraposición del deontologismo kantiano al consecuencialismo utilitarista (cfr. HARE, R.M., “Podría Kant haber sido un utilitarista?”, en *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*, trad. de Joan Vergés Gifra, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 163-182).

James y John Stuart Mill, así como Jeremy BENTHAM. Estos autores sostienen que los juicios morales se encuentran asociados de forma inseparable a la evaluación de las consecuencias de nuestros actos. Lo que en KANT parece, en principio, situarse en los alrededores del discurso moral, aquí se hace con el propio centro. Esto significa que para saber si una conducta es moralmente correcta, debida, debemos analizar las consecuencias del acto. Si las consecuencias son buenas (y esto significa de forma muy general que incrementan la felicidad de los individuos o la comunidad o algún otro fin intrínsecamente bueno determinado), entonces la acción es moralmente correcta, debida. La traslación de los fundamentos del utilitarismo al Derecho presenta algunos problemas. En los EE.UU. se han desarrollado estudios, el análisis económico del Derecho, que cuantifican los costes de los procesos y la legislación e intentan optimizar los recursos del Estado y de los particulares en la resolución de conflictos. Esta consideración de los problemas prácticos y jurídicos en términos de estricta eficiencia pueden resultar extremadamente problemáticos porque pueden llegar a entrar en conflicto con la innegociable dignidad de las personas (como han insistido teorías de impronta kantiana como la de RAWLS o DWORKIN), pero parece incuestionable que el juez debe, en algún sentido, tener en cuenta las consecuencias que presentará su decisión a la hora de dar respuesta a una controversia.

Capítulo V

LOS ARGUMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN

SUMARIO: 1. Definiciones legislativas y leyes interpretativas. 2. Los métodos de interpretación: 2.1 Métodos de interpretación según su resultado. 2.2 Métodos de interpretación según los contextos interpretativos. 2.3 Esquemas argumentativos especiales. 2.4 Reglas de prioridad. 3. Los argumentos de la dogmática: 3.1 Concepto de dogmática. 3.2 Funciones de la dogmática. 3.3 Tipos de enunciados de la dogmática. 3.4 Cómo se usan los enunciados de la dogmática. 4. El recurso a los precedentes. 5. Resumen: criterios para la justificación de la decisión normativa.



En el capítulo 4 se ha señalado que una decisión ha de estar tanto interna como externamente justificada, sólo que en los casos fáciles la justificación externa de la premisa normativa aparece sobreentendida o camuflada. Se señaló también —siguiendo en esto a MACCORMICK— que los problemas que plantea la justificación externa de la premisa normativa son de dos tipos: problemas de relevancia (qué norma es relevante para el caso a resolver) y problemas de interpretación (cómo debe entenderse la norma). Ambos problemas pueden ser reformulados en uno más amplio; a saber, el problema de determinar qué dice el derecho. Se trata de ver ahora qué tipos de argumentos se usan para la justificación externa de la pre-

misa normativa. Es decir, con qué tipo de argumentos responde el juez a la pregunta “¿qué dice el derecho?”¹.

Los argumentos que sostienen la justificación externa de la premisa normativa pueden ser de tres tipos: el respeto a la ley (en particular las definiciones legislativas, las leyes interpretativas y los métodos de interpretación), los argumentos de la dogmática y el recurso a los precedentes.

1. DEFINICIONES LEGISLATIVAS Y LEYES INTERPRETATIVAS

Por ser la manifestación más clara de “respeto a la ley”, entre los argumentos que se usan para justificar las decisiones interpretativas hay que destacar, en primer lugar, las definiciones legislativas y las leyes interpretativas.

Una *definición legislativa* es una definición estipulativa de un término o expresión que aparece en el texto de una ley; es decir, establece cuál es el sentido en que ha de entenderse ese término o expresión. Esto suele tener lugar, bien cuando el legislador introduce un nuevo término que procede de un lenguaje

1. Justificar qué dice el derecho es, en sentido estricto, justificar enunciados interpretativos; o sea, los que establecen el sentido que debe atribuirse a los enunciados o textos jurídicos interpretados. Por ejemplo, si el *enunciado a interpretar* es el artículo 15 de la CE, que establece que “todos tienen derecho a la vida”, puedo, mediante el *enunciado interpretativo* “el término ‘derecho’ en el artículo 15 CE ha de ser entendido en el sentido de libertad de disposición sobre la propia vida”, concluir que “el artículo 15 no proscribiera el derecho a la eutanasia voluntaria” (*enunciado interpretado*). De todas formas, hecha esta precisión, hablaré aquí, por abreviar, de “justificar una interpretación”.

especializado (como el científico), bien cuando quiere atribuir a un término un significado distinto del usual.

Un ejemplo del primer caso lo constituye la definición de "organismo modificado genéticamente" contenida en el artículo 2 de la Ley española de 1994 para la Utilización Confinada, Liberación Voluntaria y Comercialización de los Organismos Modificados Genéticamente: "Cualquier organismo cuyo material genético ha sido modificado de una manera que no se produce de forma natural en el apareamiento o en la recombinación natural".

Un ejemplo del segundo caso lo constituye la definición de "accidente" contenida también en el artículo 2 de esa Ley: "Cualquier incidente que suponga una liberación significativa e involuntaria de organismos modificados genéticamente durante su utilización confinada y que pueda suponer un peligro inmediato o diferido para la salud humana o para el medio ambiente".

Una *ley interpretativa* es la que establece el significado que debe atribuírsele a otro texto legal precedente. Estas leyes se denominan también leyes de interpretación auténtica, pues constituyen, en realidad, la manifestación más clara de la llamada *interpretación auténtica*: la realizada por el autor mismo del texto interpretado. Con frecuencia, el motivo por el que se dicta una ley interpretativa es acabar con las controversias suscitadas por la interpretación de una ley: en esos casos el legislador interviene dictando una nueva ley en la que se fija cómo ha de entenderse la ley objeto de controversia.

Tanto las definiciones legislativas como las leyes interpretativas *deben ser respetadas*, pues lo que el legislador persigue con ellas es estrechar el margen de indeterminación de los términos definidos o interpretados; es decir, pretende

hacer menos incierta la atribución de significado a la ley, minimizando de este modo el poder de los intérpretes y aplicadores². Definiciones legislativas y leyes interpretativas son, en este sentido, auténticos mecanismos de limitación del poder de los intérpretes y en particular de los jueces. De todas formas, *ni las definiciones legislativas ni las leyes interpretativas garantizan la claridad y unidad interpretativa*, pues puede suceder también que los términos de la definición o de la ley interpretativa susciten dudas. En otras palabras, las definiciones y las leyes interpretativas son también enunciados legislativos y, como tales, han de ser interpretados; y esa interpretación puede ser, de nuevo, objeto de controversias.

2. LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Los métodos, o cánones, o técnicas de interpretación, pueden ser concebidos también como una manifestación del respeto a la ley, pues a través de ellos pretende determinarse qué es lo que ésta dice. En sentido lato, los métodos de interpretación hacen referencia a los instrumentos interpretativos con los que se formula una determinada interpretación (o más exactamente, un enunciado interpretativo). Son, pues, *directivas que expresan formas de llevar a cabo la actividad interpretativa*. Ahora bien, con los métodos de interpretación no sólo se pretende formular una interpretación, sino también justificarla; es decir, cumplen una función no sólo *heurística* sino también *justificatoria*. Por eso, además de directivas que

2. Vid. en este sentido, ATIENZA, M., *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 42.

guían la interpretación, los métodos de interpretación expresan *argumentos con los que justificar ésta*.

Aunque puedan configurarse como directivas sobre la interpretación, los métodos de interpretación *no son normas jurídicas sobre la interpretación, ni indican cómo hay que interpretar en cada caso*. Son tan sólo la expresión de *modos de argumentar* que se han decantado doctrinal y jurisprudencialmente a lo largo del tiempo y que se vinculan al postulado metodológico del *legislador racional*. En particular, se basan en que el legislador usa correctamente el lenguaje ordinario y conoce y respeta los usos y convenciones del lenguaje jurídico (racionalidad lingüística); o en que el legislador no es inconsistente y ordena las normas en un sistema (racionalidad sistemática); o en que no es redundante, pues no hace nada inútil, y su producción está orientada a la consecución de ciertos fines (racionalidad praxeológica); o en que el legislador conoce y comparte el sistema de valores sociales dominante, y su producción se basa en el respeto de esos valores (racionalidad axiológica)³.

Es verdad que muchas veces son los propios sistemas jurídicos los que contienen *normas* que imponen el uso de ciertos métodos de interpretación, pero ello no entorpece su naturaleza de meras formas argumentativas, pues habitualmente estas normas contienen simples referencias a dichas formas argumentales sin especificar cuándo y cómo han de usarse. Y es que, mientras las definiciones legislativas y las leyes interpretativas van referidas a objetos determinados (cierta expresión, cierta ley) imponiendo un resultado específico (determinada expresión significa tal cosa, determinada ley ha de interpretarse en

3. Cfr. ZIEMBINSKI, Z., "La notion de rationalité du législateur", *Archives de philosophie du droit*, 1978; e IGARTUA, J., *Teoría analítica del Derecho (la interpretación de la ley)*, Oñati, IVAP, 1994.

tal sentido), los métodos de interpretación no van referidos a ninguna disposición concreta ni imponen un resultado interpretativo específico.

Un ejemplo de norma jurídica que contempla el uso de métodos de interpretación lo constituye el artículo 3 del Código civil español: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes histórico y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”⁴.

Reproducir un catálogo de métodos de interpretación no es asunto sencillo, pues podrían identificarse tantos como formas argumentativas se registran en la praxis judicial y en la interpretación dogmática. También resulta difícil ofrecer una clasificación canónica de los mismos, pues pueden ser agrupados en virtud de criterios diversos. En lo que sigue vamos a reproducir escuetamente dos de estas posibles clasificaciones de los métodos de interpretación: una en virtud del resultado interpretativo que producen; otra en virtud de los contextos interpretativos. Finalmente, nos detendremos en el repaso de ciertos *esquemas argumentativos especiales*⁵.

2.1. Métodos de interpretación, según su resultado

Esta clasificación no se funda en la concreta forma argumentativa mediante la que la interpretación se lleva a cabo, sino

4. Texto similar se lee con relación al acto jurídico en el C.C. peruano, art. 170: “Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y objeto del acto”.

5. Sobre los métodos de interpretación es un clásico la obra de TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.

en el resultado de esa interpretación; es decir, en el enunciado o documento interpretado. Se distinguen entonces los siguientes métodos de interpretación.

a) Interpretación declarativa (o literal, o gramatical): Atribuye a una disposición su significado "literal"; o sea, el más inmediato, tal y como se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas.

b) Interpretación correctora: Atribuye a una disposición un significado distinto de su significado común. Este significado distinto puede ser más amplio o más restringido del literal. Cabe distinguir así entre:

b.1) Interpretación restrictiva: Atribuye a una disposición un significado más restringido que el atribuido por el uso común, de manera que excluye supuestos que, según el *communis usus loquendi*, quedarían comprendidos.

b.2) Interpretación extensiva: Atribuye a una disposición un significado más amplio que su significado común, de manera que cubre supuestos que, según la interpretación literal, quedarían fuera.

A veces se distingue también entre la interpretación histórica y la evolutiva, aunque cada una de ellas puede ser un caso de interpretación literal o de interpretación correctora.

c) Interpretación histórica: Consiste en atribuir a una disposición uno de los significados que le fueron atribuidos históricamente.

d) Interpretación evolutiva (contrapuesta a la histórica): Atribuye a una disposición un significado nuevo y distinto de su significado "histórico". La interpretación evolutiva puede concebirse, pues, como una variante de la interpretación correctora, aunque lo que se corrige aquí no es (o no necesariamente) el sentido literal de las palabras, sino el que históricamente se ha dado a las mismas con el fin de adaptarlo a las actuales circunstancias.

2.2 Métodos de interpretación según los contextos interpretativos

La clasificación se establece ahora en función de los diferentes contextos en los que la interpretación se desenvuelve. Tales contextos son —recordémoslo— (i) *contexto lingüístico*, pues el texto ha de ser interpretado según las reglas del lenguaje; (ii) *contexto sistémico*, pues los textos jurídicos se insertan en sistemas legales más amplios, de manera que su interpretación ha de hacerse teniendo en cuenta sus relaciones con el resto de los elementos del sistema; y (iii) *contexto funcional*, pues la ley tiene una relación con la sociedad (con la ley se pretende lograr algún efecto social), de manera que cuando se la interpreta ha de valorarse si cumple la función o los fines para los que ha sido creada.

En consonancia con estos contextos cabe distinguir tres métodos de interpretación:

a) Interpretación gramatical (o literal).

Consiste en atribuir significado a una disposición teniendo en cuenta las reglas semánticas y sintácticas de la lengua en que tal disposición se expresa. A esta interpretación hace refe-

rencia el artículo 3 del Código civil español bajo la expresión “el sentido propio de las palabras”.

El principal argumento que sirve a la interpretación declarativa se denomina argumento del *lenguaje común*, según el cual una disposición debe ser interpretada según el significado ordinario de las palabras y las reglas gramaticales de la lengua comúnmente aceptadas.

b) Interpretación funcional (o lógica, o psicológica, o teleológica).

Consiste en atribuir significado a una disposición dejando de lado su significado literal y apelando, por el contrario, a la voluntad, la intención o los objetivos del legislador; es decir, a la *ratio legis*. A esta interpretación hace referencia el artículo 3 del Código civil español bajo la expresión “los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

Son argumentos de esta interpretación los siguientes:

- i) Argumento teleológico: Una disposición debe ser interpretada atendiendo a su finalidad. Unas veces esta finalidad se identifica con el espíritu de la ley, otras con la voluntad de su autor, o con la realidad social, etc.
- ii) Argumento genético o psicológico: El significado que debe atribuirse a una disposición es el que se corresponde con la voluntad del legislador expresada en los trabajos preparatorios y en las exposiciones de motivos.
- iii) Argumento de la “naturaleza de las cosas”: La interpretación de una disposición debe cambiar cuando cambien las circunstancias en las que la disposición debe ser aplicada.

c) Interpretación sistemática.

Consiste en atribuir significado a una disposición contextualizándola en un sector del ordenamiento o en el ordenamiento en su conjunto. A él alude el artículo 3 del Código civil español bajo la expresión "en relación con el contexto". Un caso particular de la interpretación sistemática es la interpretación *adecuadora*, consistente en atribuir significado a una disposición adaptándolo al de otras disposiciones.

Son argumentos de la interpretación sistemática los siguientes:

- i) Argumento de la constancia terminológica: Ha de entenderse que el legislador emplea los vocablos con un significado constante, al menos dentro del mismo texto legal.
- ii) Argumento de la *sedes materiae*: Una disposición debe interpretarse de un cierto modo y no de otro en virtud de su colocación en el discurso legislativo.
- iii) Argumento económico (o no-redundancia): Cuando quepa atribuir más de un significado a una disposición, han de rechazarse aquéllos que supongan una reiteración de lo establecido por otra disposición.
- iv) Argumento a coherencia: Cuando a una disposición puedan adjudicársele dos o más significados, han de rechazarse aquéllos que sean contradictorios con el significado acreditado de otra disposición.

2.3. Esquemas argumentativos especiales

Bajo esta denominación se alude a algunas formas o esquemas de argumentación usados especialmente en la

metodología jurídica y que además pueden reconstruirse como inferencias lógicamente válidas. Ello no significa, como enseña se verá, que las reglas de la lógica agoten toda la argumentación que se lleva a cabo con ellos. De hecho, cada uno de estos esquemas se basa en una cierta interpretación de las disposiciones que requiere usar argumentos interpretativos adicionales.

Los esquemas argumentativos especiales son básicamente cuatro: el argumento *a contrario*, el argumento *a pari* o *a simili* o analógico, el argumento *a fortiori* y el argumento apagógico o de reducción *ad absurdum*⁶. Los tres primeros se usan para integrar lagunas; es decir, para resolver problemas de relevancia, los que surgen a propósito de la pregunta qué norma es relevante para resolver el caso. El cuarto, en cambio, es un argumento interpretativo propiamente dicho, pero se usa en sentido negativo: para justificar que una cierta interpretación no es plausible.

a) *Argumento a contrario*

El argumento *a contrario* se expresa en el brocardo *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*: "el legislador ha dicho todo lo que quería decir; lo que no ha dicho es porque no quería decirlo". Es, por tanto, un argumento de la interpretación literal, pues se basa en hacer una interpretación estricta, y no extensiva, de la ley.

Suele afirmarse que el argumento *a contrario* se usa para integrar lagunas; pero, en sentido riguroso, quien argumenta a

6. Vid. Sobre estos argumentos GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1992.

contrario lo que sostiene es que donde la ley “calla” no hay una laguna, sino una norma implícita de contenido opuesto al de la disposición que se está interpretando. En particular, ante una disposición imperativa el uso del argumento *a contrario* se basa en poner de manifiesto la existencia de una norma implícita permisiva (“todo lo que no está expresamente prohibido u ordenado está permitido); ante una disposición permisiva, el uso del argumento *a contrario* se basa en poner de manifiesto la existencia de una norma implícita prohibitiva (“todo lo que no está expresamente permitido está prohibido”).

La reconstrucción lógica de esta forma argumentativa es la siguiente:

1. $C \rightarrow H$

2. $\text{no-}H \rightarrow \text{no-}C$

Donde $C \rightarrow H$ (sólo si H , entonces C) es el resultado de una interpretación literal o estricta de la disposición a interpretar $H \rightarrow C$ (si H , entonces C).

La cuestión es cuándo puede hacerse esa interpretación estricta de la disposición en cuestión; más exactamente, cuándo puede sostenerse (a partir de $H \rightarrow C$) que $C \rightarrow H$, o sea que la disposición sólo comprende los casos expresa y estrictamente contemplados en ella. Para ello son necesarios argumentos adicionales. Por ejemplo, se podría, quizá, apelar a la voluntad del legislador (el legislador ha querido atribuir esas consecuencias sólo a las conductas literalmente recogidas en la norma).

Ejemplo:

Disposición a interpretar: “Se prohíbe reproducir sin permiso artículos de revistas científicas” ($H \rightarrow C$).

Caso de duda: ¿Está también prohibido reproducir sin permiso “libros científicos” (G)?

Argumentación a contrario: La disposición no dice nada. Ahora bien, si se hace una interpretación literal, la norma puede quedar reformulada del siguiente modo: “Se prohíben las reproducciones sin permiso de artículos de revistas y sólo de ellos” ($C \rightarrow H$); o, si se quiere, “todo lo que no está expresamente prohibido está permitido”. Por tanto, la reproducción de libros científicos no está prohibida ($\text{no-H} \rightarrow \text{no-C}$).

b) Argumento analógico

El argumento analógico, o *a pari*, o *a simili*, es un argumento para integrar lagunas, y consiste en atribuir a un supuesto de hecho no regulado la consecuencia jurídica prevista para otro distinto a él pero con el que guarda una *semejanza esencial*. Es, por tanto, un argumento de la interpretación extensiva, pues se basa en hacer no una interpretación literal o estricta sino extensiva de la ley. Puede reconstruirse lógicamente del siguiente modo:

1. Si $H \rightarrow C$ (norma a aplicar analógicamente)
 2. Si $H \vee G$ semejante a $H \rightarrow C$
 3. G es semejante a H
-
4. $G \rightarrow C$

La cuestión es cuándo puede sostenerse que entre el supuesto regulado y el no regulado existe una *semejanza esencial*; es decir, cuándo puede sostenerse que G es semejante a H. Pues bien, la semejanza esencial requerida a efectos del argumento analógico supone que los dos supuestos (el regulado y el que

carece de regulación) tienen un elemento en común que constituye, precisamente, la razón por la que se ha dictado la norma; o sea, la *ratio legis*. Por ello, el uso del argumento analógico requiere la previa identificación de la *ratio legis* de la norma, para lo cual, en principio, puede usarse cualquier método de interpretación.

Ejemplo.

Disposición a interpretar: "Se prohíbe reproducir sin permiso artículos de revistas científicas" (H \rightarrow C).

Caso de duda: ¿Está también prohibido reproducir sin permiso "libros científicos" (G)?

Argumentación analógica: La norma no dice nada. Ahora bien, puede hacerse una interpretación extensiva de la norma, argumentando que la *ratio legis* consiste precisamente en proteger los derechos de autor y que la necesidad de proteger los derechos de autor está también presente en el caso "reproducción sin permiso de libros" (G es semejante a H). Por tanto, la reproducción de libros científicos está prohibida (G \rightarrow C).

c) *Argumento a fortiori*

Este argumento discurre así: una disposición atribuye una cierta consecuencia jurídica a un supuesto de hecho; pero —se argumenta— otro supuesto de hecho distinto merece esa misma consecuencia jurídica *con mayor razón*; por tanto, la disposición en cuestión debe interpretarse en el sentido de que atribuye esa consecuencia jurídica también al segundo supuesto de hecho. El argumento se basa pues en un juicio comparativo de merecimiento y presenta dos variantes: a) *a maiori ad minus*: el que puede lo más puede lo menos; b) *a minori ad maius*: el que no puede lo menos no puede lo más.

El argumento *a fortiori* es también, como el analógico, un argumento de la interpretación extensiva, y puede reconstruirse conforme a la forma lógica del *modus ponens*:

1. $H \rightarrow C$ (disposición a interpretar)
 2. $(H \rightarrow C) \rightarrow (G \rightarrow C)$ (juicio de merecimiento)
-
3. $G \rightarrow C$

La cuestión principal, naturalmente, es cuándo puede decirse que el supuesto no regulado G merece la consecuencia C con mayor razón que H ; es decir, cuándo puede sostenerse que $(H \rightarrow C) \rightarrow (G \rightarrow C)$. Pues bien, el juicio de merecimiento en que consiste la argumentación exige —también aquí— la previa identificación de la *ratio legis* de la norma, para lo cuál, en principio, es posible recurrir a cualquier método interpretativo.

Ejemplo.

Disposición a interpretar: “Se prohíbe reproducir sin permiso artículos de revistas científicas” ($H \rightarrow C$).

Caso de duda: ¿Está también prohibido reproducir sin permiso “libros científicos” (G)?

Argumentación a fortiori: La norma no dice nada. Ahora bien, puede hacerse un juicio de merecimiento argumentando que la *ratio legis* consiste precisamente en proteger los derechos de autor y que la necesidad de proteger estos derechos está también presente, con mayor razón, en el caso “fotocopias de libros” [$(H \rightarrow C) \rightarrow (G \rightarrow C)$]. Por tanto, la reproducción de libros científicos está prohibida ($G \rightarrow C$).

d) Argumento apagógico (o de reducción al absurdo)

Mediante el argumento apagógico se sostiene que cierta interpretación de un texto normativo (*prima facie* posible) no puede hacerse porque conduciría a resultados absurdos, por imposibles o por inaceptables. Es un argumento que sirve, por tanto, para rechazar una interpretación en detrimento de otras, y puede reconstruirse conforme a la forma lógica del *modus tollens*:

1. $I \rightarrow R$ (la interpretación I produce el resultado R)
 2. Es obligatorio no-R (por absurdo)
-
3. no-I

La cuestión aquí es cuándo puede sostenerse que una determinada interpretación conduce a resultados absurdos. Para ello, quien use este argumento tendrá que estar dispuesto a demostrar dos cosas: 1.^a) que la interpretación que se rechaza conduce a un determinado resultado, es decir, que $I \rightarrow R$; y 2.^a) que ese resultado es absurdo, no deseable o inaceptable desde el punto de vista del ordenamiento jurídico; es decir, que es obligatorio no-R.

Adviértase que la percepción de lo que es absurdo o, por el contrario, razonable puede ser algo controvertido. Cuando una interpretación aparece como incuestionablemente absurda en un contexto histórico dado, el argumento apagógico carece de sentido, porque sólo serviría para excluir una interpretación que a nadie se le ocurriría proponer jamás.

Ejemplo 1.

Disposición a interpretar: El artículo 24 de la Constitución española establece que: "Todas las personas tienen

derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales (...) sin que en ningún caso se produzca indefensión”.

Caso dudoso: ¿Se produce indefensión cuando el titular del derecho no es emplazado en la primera instancia pero es oído después en apelación?

Argumento apagógico: si se interpreta que la indefensión se corrige por comparecer en apelación (I), entonces se legitimaría la privación del derecho a ser oído en primera instancia (R); o sea, $I \rightarrow R$. Esta conclusión es inaceptable (es obligatorio no-R). Por consiguiente, la indefensión no se corrige por comparecer en apelación (no-I).

Ejemplo 2.

Disposición a interpretar. El artículo 23.4 b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial extiende el ámbito de la jurisdicción penal española al conocimiento de los hechos cometidos fuera del territorio nacional cuando fueran susceptibles de tipificarse como delitos de terrorismo. A su vez, el artículo 578 del Código penal tipifica como delito las conductas denotadas como apología del terrorismo.

Caso dudoso: la conducta del dirigente de Herri Batasuna Arnaldo Otegi al cerrar su intervención en un mitin celebrado en Francia gritando “gora Euskadi Ta Askatasuna” (“viva ETA”), que es una conducta de las denotadas como apología del terrorismo, ¿integra un delito de terrorismo perseguible por la jurisdicción española?

Argumento apagógico: si se interpreta que la apología del terrorismo es también delito de terrorismo (I), entonces tendría que ser tratada igualmente como delito la apología de la apología (R); es decir, $I \rightarrow R$. Esta conclusión conduce directamente al absurdo, por lo que debe evitarse

(es obligatorio no-R). Por consiguiente, la apología del terrorismo no es delito de terrorismo, y no puede perseguirse en España si se realiza fuera del territorio del Estado (no-I).

2.4. Reglas de prioridad

Nótese que, según se use un argumento de la interpretación gramatical o de la sistémica o de la funcional, el significado que se le atribuye a una disposición puede ser notablemente distinto. Por ejemplo, el significado atribuido a una disposición puede variar según se use un argumento de la interpretación literal o gramatical o uno de la interpretación funcional (por ejemplo, el teleológico, que puede propiciar una lectura no literal del texto legal). Además, el significado también puede ser distinto aunque se adopten argumentos de un mismo tipo. Por ejemplo, el significado de la disposición puede variar según se use el argumento de la constancia terminológica o el argumento de la no-redundancia, argumentos ambos de la interpretación sistemática: el primero promueve la interpretación constante de los términos idénticos; el segundo propicia su interpretación dispar.

La incertidumbre que genera esa disparidad de resultados sólo puede solventarse mediante el establecimiento de *reglas de prioridad* que establezcan cómo usar los argumentos; o si se quiere, que establezcan qué argumentos (o qué resultados) deben prevalecer sobre otros y en qué condiciones.

El derecho contiene, a veces, reglas de este tipo que guían la interpretación.

Por ejemplo, el Código civil español contiene una serie de *reglas sobre la interpretación de los contratos* civiles, entre las que destacamos las siguientes:

1.281: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

1.284: "Si alguna cláusula de los contratos admitiese diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto".

1.286: "Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato".

El problema que se plantea es que, salvo estos escasos supuestos en que el propio ordenamiento establece qué métodos han de usarse para interpretar y en qué orden, *no hay una jerarquía* de métodos; es decir, no hay en abstracto reglas de prioridad que instauren criterios para dar primacía a un tipo de interpretación (o de resultado) en detrimento de otros, de manera que, al final, la decisión queda abocada a la *discrecionalidad del intérprete*. Es más, como cada método interpretativo propicia ciertos valores en detrimento de otros, resulta que al final son las *preferencias valorativas* del intérprete las que determinan la opción por uno u otro método. Por eso ha podido decirse que el listado de las directivas o argumentos de interpretación "es como el escaparate de un bazar donde hay de todo pero luego cada uno compra lo que quiere"⁷.

El establecimiento de reglas de prioridad está muy vinculado a la concepción de la interpretación que se adopte. Así, si

7. IGARTUA, J., *La interpretación de la ley*, cit., p. 85.

se adopta una concepción formalista de la interpretación, según la cual interpretar consiste en averiguar el significado propio o genuino de los textos jurídicos, tendrán preferencia aquellos métodos de interpretación consistentes en descubrir la voluntad o la intención del legislador plasmada en el texto. Por el contrario, si se adopta una concepción de corte marcadamente antiformalista o escéptico, según la cual la interpretación es una actividad no de conocimiento sino de valoración y de decisión, se tenderá a dar relevancia a los métodos de interpretación que tomen en cuenta los objetivos que la ley persigue y los valores que hay que proteger.

De todas formas, precisamente porque detrás de cada método hay una cierta opción valorativa, determinados métodos son más proclives a ser usados en unas ramas del ordenamiento que en otras. Así, por ejemplo, en el Derecho penal, donde el valor de la certeza y previsibilidad adquiere una importancia crucial para la garantía de la libertad y los derechos, se impone una interpretación literal o estricta de la ley, en detrimento de cualquier otro tipo de argumentación extensiva. Esta es, precisamente, una de las razones por las que en los sistemas que quieran reclamarse mínimamente garantistas se prohíbe la analogía en el Derecho penal, y en caso de lagunas habrá que argumentar conforme al argumento *a contrario*. Y, en general, puede decirse que en un ordenamiento que se tome en serio el principio de legalidad los argumentos de la interpretación literal prevalecen *prima facie* sobre los otros. Ahora bien, *prima facie*, pues esa interpretación puede ceder si se aportan razones para apartarse de ella. En pocas palabras, quien se aparte de la interpretación literal asume la carga de justificar por qué lo hace.

3. LOS ARGUMENTOS DE LA DOGMÁTICA

Una decisión interpretativa puede estar justificada por un argumento dogmático. Dicho de otro modo: los argumentos dogmáticos también pueden usarse como razones para justificar una determinada interpretación⁸.

3.1. Concepto de dogmática

La dogmática jurídica es un conjunto de enunciados de los juristas referentes a normas jurídicas y jurisprudencia que forman un todo coherente en el marco de una ciencia del Derecho que funciona institucionalmente. Veamos de forma separada estas notas que caracterizan los enunciados de la dogmática:

- a) Son *enunciados que formulan los juristas*, por tanto no son los enunciados de las fuentes del Derecho sino enunciados de segundo orden que versan sobre aquellos enunciados.
- b) Versan *sobre normas jurídicas o jurisprudencia*, pero no son una simple descripción de normas ni una compilación de precedentes, pues la dogmática tiene también contenido normativo: avanza propuestas (de *lege ferenda* y de *sententia ferenda*) que no pueden deducirse directamente del derecho vigente.
- c) *Forman un todo coherente*, lo que significa dos cosas: (i) que no pueden contradecirse y (ii) que aparecen relaciones de inferencia entre los distintos conceptos.

8. Sobre el uso de los argumentos de la dogmática en la justificación (externa) de la premisa normativa, vid. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1994, cuyas ideas sigo aquí en lo esencial.

- d) *Se forman y discuten en el marco de una Ciencia del Derecho que funciona institucionalmente*, lo que significa que se forman, fundamentan y comprueban mediante una discusión que persiste en el tiempo, lo cual hace que queden sometidos a un control interno y que, por tanto, un núcleo fundamental de los mismos permanezca indiscutido.

3.2. Funciones de la dogmática

Si merece la pena tener en cuenta los enunciados de la dogmática en la argumentación jurídica es porque la dogmática cumple una serie de *funciones* que son deseables: de estabilización, de progreso, de descarga, técnica, de control y heurística.

- a) *Función de control*. La dogmática lleva a cabo una comprobación sistemática de los enunciados dogmáticos, verificando su compatibilidad lógica con otros enunciados dogmáticos y normas jurídicas y la compatibilidad (desde el punto de vista práctico-valorativo) de las decisiones fundadas en los distintos enunciados dogmáticos.
- b) *Función de estabilización*. Las respuestas de la dogmática a los problemas jurídicos planteados se fijan por largos períodos de tiempo, lo que hace que no haya que discutir cada vez que se alegue un concepto y además garantiza una cierta uniformidad en la interpretación. Esto no significa que una vez fijado un enunciado dogmático no pueda cambiarse, pero excluye que pueda ser abandonado sin más, sin discusión.
- c) *Función de descarga*. Una vez fundamentado y comprobado un enunciado dogmático no es necesario volver a hacerlo sin una razón especial. Esta función de descarga

es especialmente importante para los jueces y tribunales, casi siempre presionados por el tiempo. Ahora bien, el valor de la función de descarga es limitado: a veces hay que optar entre dos enunciados dogmáticos alternativos y hay que fundamentar la elección; por eso, en estos casos, más bien habría que hablar de función de "carga".

- d) *Función de progreso.* La dogmática, al establecer un marco institucional de discusión, facilita el progreso de la misma. Aunque el progreso depende también, y principalmente, de los cambios legislativos y de los cambios valorativos de la sociedad.
- e) *Función técnica.* La dogmática lleva a cabo una presentación simplificada y sistematizada de las normas jurídicas, una panorámica que permite ver rápidamente las relaciones de dependencia entre ellas. La dogmática realiza así una función de información que facilita el aprendizaje de la materia jurídica y con ello su transmisión.
- f) *Función heurística.* El modelo dogmático sistematizado permite plantear preguntas y respuestas que de otro modo no se verían, o no con tanta facilidad.

3.3. Tipos de enunciados de la dogmática

Los enunciados de la dogmática que permiten fundamentar decisiones jurídicas en los supuestos indeterminados son de los siguientes tipos.

- a) *Definiciones de conceptos que aparecen en normas jurídicas.* En concreto:
 - Definiciones de los genuinos conceptos jurídicos ("contrato", "legítima defensa", "acto administrativo", "nulidad", "acción", "donación", etc.).

-Definiciones de otros conceptos que aparecen en las normas jurídicas y que más bien serían reglas de uso de las palabras (“alevosía”, por ejemplo).

- b) *Enunciados que expresan una norma no extraída de la ley*, siempre que no contradigan normas vigentes y que puedan apoyarse en otras normas o enunciados dogmáticos (por ejemplo, “todo lo que no está prohibido está permitido”, cuando se alega como regla que rige en determinado(s) sector(es) del ordenamiento).
- c) *Descripciones de estados de cosas* a los que deben contribuir las normas (“orden público”, “seguridad ciudadana”, “dignidad de las personas”).
- d) *Formulaciones de principios*; esto es, de enunciados normativos con alto nivel de abstracción y generalidad que tienen vigencia en ciertos estados de cosas.

3.4. Cómo se usan los enunciados de la dogmática

Cuando los enunciados dogmáticos constituyen una *opinión dominante* (o como suele decirse, son “doctrina mayoritaria”), pueden usarse sin que sea necesario fundamentarlos ni comprobarlos, es decir, justificarlos, pues esta es una labor que ya se ha realizado en el seno de la ciencia jurídica. Cuando, por el contrario, reflejan *opiniones críticas o minoritarias* es preciso fundamentarlos. De todas formas, a veces no hay más remedio que usarlos sin fundamentar, pues, en otro caso, las discusiones no tendrían fin.

En cualquier caso, formen parte de la opinión dominante o expresen una opinión minoritaria, la *fundamentación* de los enunciados dogmáticos remite, al final, a argumentos de tipo práctico general. Es decir, un enunciado dogmático puede en-

contrar su fundamento en otro enunciado dogmático, y este último en otro, etc.; pero llega un momento en que la fundamentación remite necesariamente a otros *argumentos de tipo valorativo*. Por ejemplo, si pretende justificarse por qué hay que operar con la regla *in dubio pro reo* y no con su contraria *in dubio contra reo*, la respuesta sería que ello es así porque es preferible correr el riesgo de absolver al culpable que el de castigar al inocente; y, en última instancia, porque consideramos preferible propiciar el valor de la libertad que el del orden social.

Lo anterior significa que los enunciados de la dogmática no son "dogmas", no son irrefutables sino perfectamente cuestionables, pues dependen, en último término, de concepciones prácticas generales. Puede decirse por ello —con ALEXY— que si un enunciado dogmático es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo de, al menos, un argumento práctico.

4. EL RECURSO A LOS PRECEDENTES

La remisión a los precedentes es otro elemento que puede formar parte de la justificación judicial de una decisión interpretativa.

Los precedentes son los *criterios interpretativos* que han sido usados por otros órganos judiciales en la resolución de casos iguales al que se enfrenta el órgano de referencia. Por tanto, no todo lo que aparece en la fundamentación de una decisión puede constituir un precedente. Lo es la *ratio decidendi*, pero no los simples *obiter dicta*.

Cabe distinguir tres tipos de precedentes, dependiendo de la relación existente entre el órgano que recurre a ellos y el

órgano del que emanan: precedente vertical, precedente horizontal y autoprecedente. Conviene advertir, de entrada, que aunque todos ellos propician el valor de la justicia uniforme no comparten un mismo fundamento.

a) Precedente vertical

Consiste en el recurso al precedente de un órgano judicial superior. El precedente vertical preserva el valor de *justicia uniforme* y su fundamento hay que buscarlo en el ideal de “juez único”, que exige corregir los efectos distorsionantes que produce la necesaria existencia de múltiples tribunales. Allí donde es vinculante, el precedente vertical juega en la argumentación el mismo papel que *la ley* y garantiza la *unidad de solución correcta*. Donde no es vinculante juega en la argumentación el papel de una *razón de autoridad*.

b) Precedente horizontal

Consiste en el recurso al precedente de otro órgano del mismo nivel jerárquico que el que adopta la decisión. Preserva también, como el precedente vertical, el valor de *justicia uniforme*, pero su fundamento hay que buscarlo en buena parte en una peculiar ideología judicial vinculada al espíritu institucional u organizativo que caracteriza a la profesión judicial y que hace que se considere una virtud de cada miembro su actuación integrada o uniforme en el conjunto: en suma, lo que está en la base del precedente horizontal es una aceptación de la doctrina jurisprudencial dominante. En razón de los órganos de los que emana (órganos homólogos y no superiores al que recurre al precedente), el precedente horizontal tiene menor fuerza persuasiva que el vertical y es probable que sólo cuente en la argumentación *a título de ejemplo*, en vez de como precedente a seguir.

c) Autoprecedente

Es el que procede del mismo órgano que adopta la decisión. Consiste, pues, en la vinculación de un órgano judicial a sus propios precedentes, razón por la cual, a veces, se hace referencia a él como "precedente doméstico". Este tipo de precedente preserva también —como vertical y el horizontal— el valor de la *igualdad en la aplicación de la ley* o de la *justicia uniforme*, aunque ahora en el seno de un mismo órgano jurisdiccional, pero su fundamento hay que buscarlo en la regla de la universalización expresada en el imperativo kantiano que ordena obrar "según el criterio que queramos ver convertido en ley universal". En otras palabras, la adopción de soluciones uniformes por parte de un mismo aplicador del derecho no puede atribuirse al ideal de juez único ni tampoco a una ideología gremial de aceptación de los criterios mayoritarios, sino que constituye exclusivamente una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en esa exigencia de justicia formal que es el requisito de la universalizabilidad. A diferencia del precedente vertical, el autoprecedente juega, pues, en la argumentación tan sólo el papel de una *regla argumentativa*: el criterio de universalizabilidad⁹. Merece la pena detenerse sobre esta cuestión.

En la medida en que las decisiones jurídicas remiten, en muchas ocasiones, a consideraciones de tipo práctico general, o como dice ALEXY, en la medida en que la argumentación jurídica es una modalidad especial e institucionalizada de argumentación moral, el principio de universalizabilidad, que es esencial a todo razonamiento práctico, desempeña también un papel importante en la justificación de las decisiones jurídicas. Y es que

9. He argumentado sobre ello en GASCÓN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

cuando en el proceso de interpretación el juez se halla ante la necesidad de elegir entre distintas opciones a propósito del mismo problema, cuando las leyes, la jurisprudencia o los llamados métodos de interpretación ya no garantizan la decisión correcta, entonces la universalizabilidad de la decisión viene a representar la última trinchera de racionalidad. Pues bien, el principio de universalizabilidad encuentra su traducción jurídica en el respeto al propio precedente.

Como traducción jurídica del principio de universalizabilidad, la regla del autoprecedente se proyecta en la argumentación jurídica de dos modos: hacia el pasado y hacia el futuro¹⁰.

Hacia el pasado: imponiendo al órgano judicial la obligación de resolver los casos del mismo modo en que haya resuelto otros casos sustancialmente idénticos con anterioridad.

Hacia el futuro: imponiendo al órgano judicial la obligación de usar en la resolución de un caso el mismo criterio que estaría dispuesto a utilizar en la resolución de casos futuros similares.

La consecuencia de todo ello es la siguiente: el órgano judicial está *vinculado a su propia jurisprudencia*, pero si decide apartarse de la misma (por no estimarla ya correcta o por estimar que las circunstancias sociales han cambiado y reclaman una nueva interpretación) tiene la *carga de justificarlo*, justificación que se entenderá cumplida si es capaz de mostrar que la nueva interpretación constituye un criterio universalizable; esto es, un criterio que, por considerarlo correcto, está dispuesto a aplicar en todos los casos futuros iguales.

10. Así lo ha visto, a mi juicio muy acertadamente, MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 97.

En suma, la regla del autprecedente, como regla que disciplina la argumentación en los casos difíciles, podría formularse así: el criterio que ha de utilizarse para resolver ha de ser el mismo que se observó en un caso anterior sustancialmente igual, pero también y, sobre todo, el mismo que se estaría dispuesto a aplicar en otros casos futuros similares.

5. RESUMEN: CRITERIOS PARA LA JUSTIFICACIÓN

Desde luego no hay fórmulas canónicas que valgan para prescribir cómo debe ser cualquier justificación, pues ésta dependerá mucho de los problemas y controversias que en cada caso se planteen, pero sí pueden aventurarse algunos esquemas sobre cómo usar los argumentos de la justificación externa y algunos criterios o reglas generales para poder entender justificada una decisión.

5.1. Cómo usar los argumentos de la justificación externa

Recordemos que los distintos *métodos interpretativos* conducen a diferentes resultados, que cada método preserva ciertos valores y que no existe una jerarquía de métodos, por lo que la elección de uno u otro responde a un sistema de preferencias por los valores que preservan. Y lo mismo sucede con los argumentos de la *dogmática*, apoyados, en última instancia, en un sistema de valoraciones. Así las cosas, cuando la decisión interpretativa pretenda justificarse en el uso de un método interpretativo en detrimento de otros o en el uso de argumentos dogmáticos minoritarios, la estructura de la justificación puede ser más o menos la siguiente: "La disposición D significa S según el método de interpretación M (literal, sis-

temático o funcional), que ha sido usado con preferencia a otros porque protege o propicia ciertos estados de cosas, que son valiosos en sí mismos o como instrumentos para alcanzar otros valores”.

Por lo que respecta al uso de precedentes, cabe hacer aún distinciones. Si se trata de un precedente vertical en los sistemas donde éste es vinculante (*stare decisis*), bastará con alegar la existencia del mismo. La estructura de la justificación sería aquí la siguiente: “La disposición D significa S según la interpretación del órgano judicial O (un órgano superior cuyo precedente vincula)”. Si se trata de un precedente vertical en los sistemas donde éste no es vinculante, bastará también con alegar éste, pero entonces la justificación tiene menor fuerza y deberá ser reforzada con otros argumentos; por ejemplo, métodos interpretativos o argumentos dogmáticos. Si se trata de precedente horizontal, su fuerza argumentativa es todavía menor que en el último caso, por lo que aquí se impone, con más fuerza que el anterior, el recurso a otros argumentos.

5.2. Criterios o reglas generales para poder entender justificada una decisión

Más allá del uso (justificado) de los argumentos interpretativos, se plantea la cuestión de cuándo puede decirse que una decisión está justificada.

Para entender que una decisión está justificada debe pasar un *test* de racionalidad¹¹. En el capítulo 4 ya se avanzaron cuáles son los criterios que componen este *test*. Baste aquí recordarlos.

11. Vid. Sobre el particular, ATIENZA, M., *El sentido del derecho*, cit.

a) Consistencia

Expresa la exigencia de que *la decisión* normativa sea lógicamente compatible con otras normas del sistema: una sentencia *contra legem* es inconsistente.

b) Coherencia

Expresa la exigencia de que *la decisión* sea coherente con el resto de las normas y principios del ordenamiento jurídico.

Nótese que el juicio de coherencia es relativo, pues una decisión puede ser más o menos coherente que otra con principios del ordenamiento. Por eso, lo que exige la coherencia es que si una decisión se basa, por ejemplo, en haber interpretado una disposición de determinada manera, esa interpretación debe mostrarse conforme (o *la más conforme*) con los principios y valores del sistema. Por otro lado, dado que existen muchos principios y la decisión puede ser compatible con unos y contrastante con otros, lo que exige la coherencia es que la decisión sea compatible *con el mayor número de principios* (o con los más básicos).

c) Universalizabilidad

Se centra en el *criterio o regla* jurídica usada como fundamento de la decisión y establece que para que una decisión pueda estar justificada es necesario que el criterio o principio en el que se asienta sea universalizable; esto es, que no se base en un criterio *ad hoc*, válido sólo para el caso presente, sino que estemos dispuestos a usarlo para resolver conflictos sustancialmente idénticos. La universalizabilidad traduce la regla de autoprecedente y supone que si en determinadas circunstancias C se ha tomado la decisión D, siempre que se repitan esas mis-

mas circunstancias u otras sustancialmente equivalentes habrá que decidir en el mismo sentido.

d) Consecuencias

Se centra en las *consecuencias* que derivan de la decisión. Para que una decisión pueda estar justificada las consecuencias que de ella se derivan deben resultar aceptables: no deben poner gravemente en peligro bienes o estados de cosas que se consideran valiosos en el ordenamiento (la seguridad y el orden, la vida, la vinculatoriedad del ordenamiento, la no-politización de la función judicial, etc.).

e) Corrección de la decisión

La decisión es correcta (y por tanto estará justificada) si: (i) el criterio general establecido por el juez como adecuado para resolver este tipo de casos no es incorrecto y (ii) ha sido bien (correctamente) aplicado; es decir, lo que se pretende evitar que el criterio vaya por un lado y la decisión por otro.

Capítulo VI

LA CUESTIÓN DE LOS PRINCIPIOS

SUMARIO: 1. ¿Por qué son importantes los principios? El caso Elmer 2. Positivismo vs. no-positivismo 2.1 Positivismo jurídico. 2.1.1. Positivism metodológico o como enfoque 2.1.2. Positivism teórico 2.1.3 Positivism ideológico 2.2 No positivismo 3. Principialismo: el argumento de los principios contra el positivismo en Ronald DWORKIN. 4. ¿En qué se distinguen reglas y principios? 4.1 Las reglas: aplicación "todo o nada". 4.2 Los principios: más o menos aplicación. 4.3 Los principios como mandatos de optimización. 4.3.1 Criterios de optimización. 4.4 Las reglas como normas cerradas y los principios como normas abiertas. 4.5 Principios y reglas como razones para la acción. 5. Principios y valores. A propósito del artículo 1.1 de la Constitución española. 6. Conclusión.



1. ¿POR QUÉ SON IMPORTANTES LOS PRINCIPIOS? EL CASO ELMER

Para poner de manifiesto la importancia de los principios en una teoría del Derecho el filósofo del Derecho norteamericano Ronald DWORKIN ha recurrido al célebre caso Riggs contra Palmer¹, más conocido como caso Elmer. La sen-

1. Vid. DWORKIN, R., *Los Derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 73 y del mismo, *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1992.

tencia que lo resolvió, dictada en Nueva York en 1889, enjuiciaba los siguientes hechos: en su testamento Francis Palmer dejaba sus bienes a sus hijas, la Sra. Riggs y la Sra. Preston, así como a su nieto, Elmer. Pero Elmer, ante la posibilidad de que Francis contrajera nuevo matrimonio y con el fin de proteger su herencia de la eventual alteración del testamento inicial a la que podría conducir la celebración de estas segundas nupcias, dio muerte a su abuelo. Elmer fue condenado por la comisión de su crimen y entonces las Sras. Riggs y Preston iniciaron un proceso judicial al objeto de impedir, además, que el parricida percibiera la herencia de su propia víctima. Esta acción civil contaba con el obstáculo de que el *Statute of Wills* de Nueva York no contemplaba la indignidad en la que Elmer había incurrido como impedimento para suceder. Nos hallamos, pues, ante un caso difícil porque la ausencia de una regulación a propósito presentaba unas consecuencias jurídicas que entraban entonces (y entrarían ahora) en conflicto con nuestra concepción de la justicia.

Tras ser desestimada la pretensión de las demandantes en primera instancia, la cuestión se elevó a la Corte de Apelación de Nueva York, en donde se enfrentaron dos posiciones: la mayoritaria, mantenida por el juez Earl, a favor de Riggs y Preston, y la defendida por el juez Gray, que favorecía a Elmer. Finalmente se impuso la primera opinión, basándose en un *principio* formulado en los siguientes términos: "a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad de su propio crimen"².

La cuestión que cabe, entonces, plantearse es de dónde había surgido este principio que resolvía el caso en perjuicio de

2. *Ibíd.*

Elmer. Al parecer no estaba escrito en ningún lugar hasta entonces y sin embargo formaba parte del Derecho y en esa condición sería de aplicación por parte de los jueces. Tradicionalmente no ha sido infrecuente hallar en el razonamiento desarrollado por los juristas en sus actividades legislativas, jurisdiccionales y dogmáticas principios como el señalado e incluso otras categorías más o menos misteriosas y próximas tales como valores, paremias, brocardos (*brochardica*), *dignitates*, máximas, *dicta*, aforismos, adagios, *regulae iuris*, tópicos o *topoi*, etc.

Desde luego, entre todos ellos los principios han gozado de particular atención. Esta circunstancia probablemente obedezca al hecho de que la expresión “principio jurídico” ha sido recogida por el legislador con cierta frecuencia. Es bien conocida la doctrina de los principios generales del Derecho, cuyo punto de partida se sitúa en el Estatuto Albertino o Código de los Estados Sardos, que por vez primera recogió el sintagma “principios generales del Derecho”, generando una encendida polémica en Italia que habría de prolongarse durante décadas. Existen, además, referencias anteriores, como la del código austriaco de 1811 que se refirió a los principios de Derecho natural. En España, el Código civil contempla en su artículo 1.4 los principios generales del Derecho como la fuente última que sigue a la ley y a la costumbre en la prelación de fuentes: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”³. Esto significa que los principios representan

3. Véase para el caso peruano, el artículo VIII del T.P. del C.C.: “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”. También el artículo III del T.P. del C.P.C. se refiere a los “principios generales del Derecho procesal”, a efectos de cubrir los “vacíos” o defectos de la legislación procesal.

el *ultimum subsidium* al que pueden acogerse los jueces para poder decidir dentro del sistema de fuentes sin violentar el principio de legalidad que les somete al Derecho positivo.

En los últimos años, los principios jurídicos han merecido la atención de numerosos autores, que han reflexionado en torno a dos extremos: su relevancia para la construcción de una teoría del Derecho y su importancia en el razonamiento jurídico. Esta doble dimensión que presentan los principios les convierten en un nexo idóneo para el análisis de las relaciones entre la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación. Se impone, pues, una breve incursión en teoría del Derecho, lo cual no es en absoluto de extrañar. La discreción judicial comienza donde termina el Derecho o, como dice DWORKIN, "la discreción es como el agujero de una rosquilla", que sólo existe en la medida en que existe un sistema jurídico con carencias. En consecuencia, para saber dónde dejamos de aplicar mecánicamente el Derecho para comenzar a argumentar, primero debemos disponer de alguna teoría que nos informe sobre los límites del Derecho (sobre ello, vid. *infra* tema VIII). En realidad, entre teoría del Derecho y TAJ existe tal interdependencia, que algunos autores han llegado a abogar por integrar teoría del Derecho y TAJ en una concepción que se ha denominado "el Derecho como argumentación"⁴.

En la teoría del Derecho, los principios han sido considerados un elemento que revela la vinculación del Derecho a la moral. Denominaré a esta doctrina "no positivismo principialista" (NPP en lo sucesivo, por brevedad). La tesis fundamental del NPP puede formularse así: si existen principios en el Derecho, entonces es inviable un concepto positivista de Derecho o, dicho

4. Vid. ATIENZA, M., "El Derecho como argumentación", en *Isegoría*, N.º 21 (1999), pp. 37-47.

aún de otro modo: si existen principios en el Derecho, entonces existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral. Para comprender esta teoría, debemos referirnos a sus componentes esenciales: no positivismo y principialismo.

2. POSITIVISMO VS. NO-POSITIVISMO

Tradicionalmente, se han contrapuesto dos teorías o grupos de teorías sobre el Derecho: el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Sin embargo, dados los actuales términos de la discusión, es más fructífero distinguir simplemente entre positivismo y no positivismo jurídicos con el fin de dar cobertura con esta distinción a aquellos autores que, sin ser iusnaturalistas, por no compartir la idea de la existencia de un Derecho natural, tampoco son partidarios de las tesis positivistas. Para explicar el no positivismo es conveniente referirse primero al positivismo jurídico.

2.1. Positivismo jurídico

El positivismo representa una corriente desarrollada fundamentalmente a partir del siglo XIX en Europa de la mano de la Escuela de la Exégesis en Francia, la Escuela histórica alemana y la Jurisprudencia analítica inglesa. Sin embargo, el término "positivismo" no ha sido empleado siempre bajo el mismo significado. Existen, pues, diversas acepciones de positivismo jurídico como ha destacado particularmente Norberto BOBBIO⁵.

5. BOBBIO, N., "Sul positivismo giuridico", *Rivista di Filosofia*, LII, 14 (1961); reimpresso en BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milán, 1965 (3.^a ed. 1977), pp. 101-126.

El autor italiano clasificó el positivismo en tres versiones fundamentales: el positivismo jurídico metodológico o como enfoque metodológico, el positivismo teórico y el positivismo ideológico. Veamos muy brevemente en qué consiste cada uno de ellos.

2.1.1. Positivismo metodológico o como enfoque.

El positivismo metodológico sostiene básicamente la llamada tesis de la separación o de la no vinculación y afirma que no existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral. Una cosa es el Derecho que es y otra el Derecho que debe ser. Una cuestión es qué sea el Derecho y otra bien diferente cuál sea su mérito o demérito, por usar algunas fórmulas ya clásicas para expresar la misma idea.

En esta afirmación se hallan implícitas o conexas una serie de tesis, aunque no todos los positivistas metodológicos las asumen y cuando es así, no siempre lo hacen con el mismo alcance:

1) La tesis de la neutralidad.

Según la tesis de la neutralidad, debemos *describir* el Derecho sin introducir valoraciones morales, ideológicas, etc. Para definir el concepto de Derecho no nos interesa si es moralmente valioso o no. El teórico del Derecho debe hacer *teoría* del Derecho y no *política* del Derecho. Por otra parte, el Derecho es un conjunto de normas y no de hechos. Esto supone que existe una separación insalvable entre los enunciados normativos y los enunciados descriptivos, entre ser y deber ser. Por todo ello, sería necesario construir una teoría del Derecho incontaminada tanto de valores como de hechos. La teoría del Derecho no pue-

de ser una ética ni una sociología. La tesis de la neutralidad es una expresión, pues, del anhelo de pureza kelseniana que inspira *La teoría pura del Derecho*⁶.

2) La tesis de las fuentes sociales.

Según la tesis de las fuentes sociales, el Derecho es una cuestión de prácticas sociales, es una obra de los hombres. El único Derecho es el Derecho *positivo*, el Derecho *puesto* por los hombres, desarrollado por sus prácticas y convenciones.

3) La tesis de la discreción.

Que el Derecho es obra de los hombres implica que se trata de una obra falible como el resto de las obras de los hombres. El Derecho es falible en dos aspectos muy importantes: técnica y moralmente. La falibilidad técnica del Derecho deriva de sus imprecisiones terminológicas y conceptuales, de sus antinomias y lagunas, en general de los problemas que hemos visto en el tema III. La falibilidad moral del Derecho, por su parte, deriva de sus posibles deficiencias morales. El Derecho puede ser injusto. Pues bien, la falibilidad técnica y moral del Derecho exige el concurso de la labor argumentativa del juez, que debe intervenir para dar respuesta a las controversias jurídicas incluso cuando el ordenamiento jurídico no aporta una solución. El positivismo metodológico reconoce los límites y las limitaciones del Derecho y atribuye al juez la posibilidad de ejercer una cierta discreción en esos casos. Esto es, en esencia, lo que sostiene la tesis de la discreción.

6. KELSEN, H., *La teoría pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 1991.

2.1.2. Positivismo teórico

El positivismo como teoría sostiene que el Derecho carece de fisuras y es capaz de dar solución a todos los problemas que se le planten. Esta visión idealizada del ordenamiento jurídico se basa sobre dos ideas conexas: en primer lugar, (a) se niegan los problemas de lagunas, antinomias, vaguedad y ambigüedad, y, por otra parte, (b) consecuentemente, se defiende una teoría de la interpretación formalista, que considera al juez una boca muda que se limita a pronunciar las palabras de la ley.

Adviértase que estas dos notas son contrarias a dos tesis del positivismo metodológico: el enunciado (a) parece entrar en conflicto con la tesis de las fuentes sociales (pues las obras humanas son imperfectas) y el enunciado (b) es incompatible con la tesis de la discreción (pues la discreción sólo parece admisible cuando la interpretación formalista es insuficiente). Esto significa que el positivismo no sólo presenta una pluralidad de versiones. Además (y esto es, si cabe, más importante) estas versiones resultan incompatibles entre sí en algunos de sus aspectos.

2.1.3. Positivismo ideológico

El positivismo ideológico mantiene una tesis normativa: debemos obedecer el Derecho por el mero hecho de ser Derecho. Probablemente sólo HOBBS (y según algunos el RADBRUCH anterior a la Segunda Guerra Mundial) haya defendido esta idea de forma rotunda. En realidad, el positivismo ideológico entra en conflicto con el positivismo metodológico, porque las valoraciones y la ideología (las cuestiones normativas en general) no le interesan al positivismo metodológico, cuyo único propó-

sito es describir el Derecho, no prescribir o proscribir su obediencia, lo que representa una cuestión normativa.

En la actualidad una versión debilitada de positivismo ideológico es mantenida de manera (sólo aparentemente) paradójica entre los críticos al positivismo (metodológico). Por ejemplo, Aleksander PECZENIK⁷ sostiene que existe un deber *prima facie* de obedecer al Derecho. Es decir, en principio debemos obedecer el Derecho, pero esta obligación puede ceder eventualmente. Esto presupone un concepto no positivista de Derecho en mayor o menor medida. Si la carga de la argumentación corresponde a quien se resiste a obedecer al Derecho, entonces estamos presuponiendo en todo Derecho un cierto grado de corrección moral. A este tipo de planteamientos contribuyó en su día la teoría de Lon FULLER. FULLER⁸ sostenía que el Derecho encerraba una *moral interna*. La moral interna del Derecho deriva de una serie de propiedades formales de los sistemas jurídicos que garantizan un cierto grado de corrección. Principios fuertemente asociados al carácter institucional del Derecho, como son la publicidad, el carácter escrito de las normas, la seguridad jurídica, la irretroactividad, etc., contribuyen a dotar de una cierta superioridad moral al Derecho con respecto a los mandatos de por ejemplo, el jefe de una banda de malhechores. La moral interna del Derecho sería un argumento en favor de la obediencia *prima facie* al Derecho. No se afirma que el Derecho siempre sea justo como

7. PECZENIK, A., "Dimensiones morales del Derecho", trad. de Juan A. Pérez Lledó, en *Doxa*, N.º 8 (1990), pp. 89-109.

8. Vid. FULLER, L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964. Existe una reciente publicación en España sobre la obra de FULLER: R. ESCUDERO, *Positivismo y moral interna del Derecho*, C.E.P.C., Madrid, 2000.

parece desprenderse del iusnaturalismo tradicional, sino más bien que algunas de sus propiedades formales contribuyen a considerarlo, en principio, digno de obediencia.

2.2. No positivismo

En lo que sigue, cuando hable de positivismo sin ulteriores especificaciones debe entenderse que me refiero al metodológico, que es el más interesante para nuestros fines. En consecuencia, el no positivismo defiende que sí existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral, es decir, rechaza la tesis de la separación. Adicionalmente, el no positivismo suele negar las tesis básicas de las fuentes sociales, de la neutralidad y la de la discreción.

El no positivismo (y en especial el iusnaturalismo) suele defender enunciados como los siguientes aunque no siempre conjuntamente:

- 1) Existe algún tipo de orden moral objetivo o de Derecho natural.
- 2) Existe una relación necesaria entre el Derecho y el orden moral objetivo o el Derecho natural.

Cabe distinguir tres tipos de no-positivistas, según se sostenga conjuntamente o no estas dos tesis:

a) Iusnaturalistas ontológicos.

Quien sostiene ambos enunciados, 1 y 2, es un iusnaturalista ontológico. Existe un orden normativo natural y el Derecho está vinculado a él conceptualmente. No es posible hablar desde este punto de vista de un Derecho injusto.

b) Iusnaturalistas deontológicos.

Quien defiende el enunciado 1 y rechaza 2 es un iusnaturalista deontológico y su planteamiento puede ser compatible con el positivismo. Afirma que el Derecho puede ser justo o injusto y que existe un orden moral al que el Derecho debe tender.

c) Neoiusnaturalistas.

En principio, quien sostuviera 2 y no sostuviera 1 (o sostuviera 1 de forma débil) tendría algunos problemas, porque no sabría a qué moral está vinculado el Derecho. Seguramente esto provoque un sentimiento de perplejidad semejante al que aqueja a Leonard COHEN cuando nos dice en una de sus canciones que hay algo que "no puedo olvidar, pero no recuerdo qué". El neoiusnaturalista en cierto modo afirma algo así como: "el Derecho está vinculado a la moral, pero no me pregunte usted a cuál". ¿Acaso no hay algo de esto en las siguientes palabras de Ronald DWORKIN?:

"No quiero decir que existan lo que en ocasiones son llamados hechos morales 'trascendentes' o 'platónicos'; ni siquiera sé lo que podrían ser. Pretendo tan sólo que supongamos que una determinada institución como la esclavitud es injusta. Si tales hechos morales existen, entonces puede suponerse racionalmente que una determinada proposición jurídica es verdadera, incluso si los juristas persisten en el desacuerdo sobre la proposición tras conocer o estipular todos los hechos brutos. Podría ser verdadera en virtud de un hecho moral que no es ni conocido ni estipulado"⁹.

9. DWORKIN, R., "¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?", trad. de Maribel Narváez, en MORESO, J. y P. CASANOVAS, *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1999, p. 501.

Sin embargo, a pesar de estos problemas, existen autores que parecen defender este planteamiento ético en alguna medida a partir de fórmulas constructivistas. No es posible entrar ahora en el estudio de las convicciones metaéticas que sitúan a autores como ALEXY, DWORKIN o NINO entre los neoiusnaturalistas, tal y como han sido caracterizados aquí. Los dos primeros nos habrán de interesar más bien porque han acudido al análisis de los principios jurídicos en cuanto estándar normativo que no se acomoda a los esquemas del positivismo jurídico y en esa medida ponen de relieve las insuficiencias de la teoría del Derecho positivista. En este sentido, Ronald DWORKIN y Robert ALEXY son los máximos defensores del NPP.

3. PRINCIPIALISMO: EL ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS CONTRA EL POSITIVISMO EN RONALD DWORKIN

Según DWORKIN, el caso Elmer demuestra (como lo hacen también otros casos difíciles) que los jueces hacen referencia no sólo a una serie de normas jurídico positivas, sino también a principios morales y esto vendría a demostrar que la concepción del Derecho de los positivistas (singularmente la de H.L.A. HART) estaría desenfocada. Brevemente, las consecuencias del caso Elmer que DWORKIN extrae, podrían condensarse en los siguientes términos:

- 1) El Derecho no está compuesto sólo por *reglas* del estilo "prohibido circular a más de 100 kms. hora". El Derecho, nos dice DWORKIN, no es una serie de reglas como el *baseball*. Existen otras normas, que él denomina *principios*, del estilo "a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir pro-

piedad de su propio crimen". Estas normas se distinguen por tener una estructura peculiar y una forma de funcionar diversa en la argumentación de los operadores jurídicos.

- 2) El Derecho no es sólo un conjunto de normas emanadas del legislador o de costumbres sociales, sino que está formado por principios procedentes de la moral. Esto significa que DWORKIN sostiene un concepto no positivista del Derecho. Aquí cobra interés la subdistinción de DWORKIN entre principios en sentido estricto y directrices (*policies*). Los principios en sentido estricto encarnan derechos individuales, derechos morales frente al Estado que nadie puede arrebatarnos. En este punto cobra protagonismo la llamada "tesis de los derechos" (*Rights thesis*). Existen ciertos derechos preexistentes y superiores al Derecho positivo que se imponen a otras consideraciones del Estado como si se tratara de "triumfos frente a la mayoría". Estos derechos individuales resultan oponibles, pues, al Estado, singularmente a las directrices, que responden a los cálculos utilitaristas del Estado. Bajo este punto de vista, la teoría de DWORKIN se inscribe decididamente en la tradición liberal.
- 3) Por tanto, el juez no tiene por qué crear nuevo Derecho. El juez debe *descubrir* aquellos principios que, sin ser captados por una regla de reconocimiento positivista del estilo de la de HART, sin embargo, pertenecen al Derecho igualmente. Mientras el positivismo mantiene la llamada tesis de la discreción (en los casos difíciles los jueces deben ejercer cierta discreción), el no positivismo de DWORKIN defiende, por el contrario, que el juez nunca debe ejercer discreción ni crear Derecho porque el Derecho (a través de tales principios morales) siempre le ofrece una única

respuesta correcta. En esto consiste la llamada "tesis de la única respuesta correcta" (*One Right Answer Thesis*) de DWORKIN.

Los tres asuntos están fuertemente entrelazados, pero el argumento de los principios contra el positivismo jurídico puede sintetizarse del siguiente modo: (i) en todo Derecho existen principios; (ii) estos principios vinculan estructural y sustancialmente el Derecho a la moral; (iii) luego el Derecho y la moral se hallan necesariamente vinculados. Esta doctrina requiere dar respuesta a algunos problemas para ser viable: (1) en primer lugar debe determinar qué son los principios (estructura, función y contenido); (2) debe, después, verificar su presencia en todo Derecho y, finalmente, (3) debe determinar si esa presencia es incompatible con un esquema positivista del Derecho, esto es, debe demostrar de qué modo esa presencia imposibilita la distinción conceptual de Derecho y moral.

El punto (1) resulta esencial y es el que nos va a interesar aquí fundamentalmente, pues el problema de la estructura y la función de los principios es un problema relativo a los problemas argumentativos del Derecho. Para el debate del NPP, el punto (1) resulta por otra parte muy importante, porque definir las propiedades estructurales y funcionales de los principios respecto del resto de normas (reglas) es el presupuesto para poder desarrollar el NPP. Si no existen principios como entidades distintas de las reglas, no tiene ya más sentido hablar de no positivismo *principalista*.

4. ¿EN QUÉ SE DISTINGUEN REGLAS Y PRINCIPIOS?

Desde el punto de vista de la estructura y la función, se han propuesto tres tesis básicas sobre las diferencias entre principios y reglas:

- 1) *La tesis fuerte de la separación.* Según la tesis fuerte de la separación, entre reglas y principios existen diferencias cualitativas y no sólo de grado. Esta división fuerte concibe reglas y principios como entidades normativas conjuntamente exhaustivas del ámbito de las normas y mutuamente excluyentes. En otras palabras, toda norma es o bien una regla o bien un principio y *tertium non datur*. Los defensores de NPP suelen sostener la tesis fuerte de la separación.
- 2) *La tesis débil de la separación.* Según la tesis débil de la separación, entre reglas y principios existe una diferencia meramente gradual y no una diferencia cualitativa. Los criterios tradicionales de distinción entre principios y reglas (generalidad, fundamentalidad, vaguedad, superioridad jerárquica, etc.) suelen adscribirse a este planteamiento. Por ejemplo, según el criterio de la generalidad, los principios son más generales que las reglas, pero también las reglas pueden ser generales; según el criterio de la fundamentalidad, los principios son más fundamentales que las reglas, pero también las reglas pueden ser fundamentales; según el criterio de la vaguedad, los principios son más vagos que las reglas, pero también las reglas pueden ser vagas, y así sucesivamente.
- 3) *La tesis de la conformidad.* Finalmente, según la tesis de la conformidad, entre principios y reglas no existen diferencias relevantes.

Hasta aquí me he referido a las tres grandes maneras de contemplar la distinción formal, estructural, funcional, entre reglas y principios. En realidad, la discusión sobre la morfología y las funciones de los principios suele polarizarse en torno a dos posturas principales: las de quienes sostienen la tesis fuerte de la separación entre reglas y principios y quienes no la sostie-

nen. Autores como DWORKIN, ALEXY o ATIENZA y RUIZ MANERO han sostenido una diferenciación fuerte de reglas y principios, así que sus propuestas serán tratadas algo más adelante con cierto detenimiento.

Desde el punto de vista de su contenido, es importante comprobar la relación de los principios con el sistema jurídico. Si un principio forma parte del sistema por emanar del legislador, entonces el positivismo no tiene problemas para admitirlos como jurídicos; pero si se trata, por el contrario, de normas morales sin un soporte institucional, entonces sí plantean problemas para el positivismo. Según el positivismo jurídico, el Derecho es un sistema de normas *puestas* por los hombres, normalmente por algún legislador. ¿Qué pasa entonces con un principio como el del caso Elmer? Si no lo ha dictado el legislador, ¿podemos afirmar que forma parte del Derecho? y en caso negativo, ¿cómo puede un juez aplicar normas que no forman parte del Derecho? Como se puede imaginar, no estamos ante cuestiones fáciles de responder, pero quizá nos ayude a aclarar un poco el camino una clasificación que nos propone Jerzy WRÓBLEWSKI¹⁰ atendiendo a la relación de los principios con el sistema jurídico:

- 1) “Principio positivo de Derecho”: la norma explícitamente formulada en el texto jurídico, es decir, una disposición legal o construida con elementos contenidos en esas disposiciones. Por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución española.

10. WRÓBLEWSKI, J., “El papel de los principios del Derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica”, en *Sentido y hecho en el Derecho*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, pp. 151-168, aquí 153.

- 2) “Principio implícito del Derecho”: una regla que es considerada premisa o consecuencia de disposiciones legales o normas. La interpretación positivista de los principios generales del Derecho los considera fundamentalmente principios implícitos, esto es, principios no formulados en los códigos, pero derivables de sus contenidos.
- 3) “Principio extrasistémico del Derecho”, es decir, una regla que no es ni principio positivo de Derecho, ni principio implícito del Derecho. Por ejemplo, “a nadie se le permitirá beneficiarse de su propio crimen”.
- 4) “Principio-nombre del Derecho”, a saber, un nombre que caracteriza los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas: el mandato, el comodato, la compraventa (...).
- 5) “Principio-construcción del Derecho”, a saber, construcción del legislador racional o perfecto presupuesto en la interpretación jurídica”. Por ejemplo, el principio de prohibición, según el cual, todo lo que no está prohibido, está permitido, parece ser un principio de este tipo.

Esta clasificación merece un par de observaciones:

Primera. En lo que sigue de esta exposición concentraré mi atención sobre los tres primeros tipos de principios que en lo sucesivo serán llamados, siguiendo la denominación al uso entre numerosos autores: principios explícitos, implícitos y extrasistemáticos. La inclusión por parte del autor polaco de los principios-nombre y los principios-construcción parece quebrar en alguna medida el criterio fundamental de esta clasificación, a saber, la relación del principio con el sistema jurídico. La definición de los principios extrasistémicos como los que no son ni explícitos ni implícitos clausura la clasificación que deviene así exhaustiva. En consecuencia, cabe interpretar que los principios-nombre y los principios-construc-

ción son instrumentos propios de la dogmática jurídica o instrumentos argumentativos reconducibles de uno u otro modo a alguno de los primeros tres tipos¹¹.

Segunda. Cada tipo de principio enunciado por el autor polaco, sugiere un círculo de problemas diverso y provoca paradojas diversas:

(1) Por un lado, la referencia a los principios explícitos nos brinda el pretexto más adecuado para estudiar los rasgos formales de los principios respecto de las reglas, dado que, en tanto que no son distinguibles de éstas por el modo de obtener su validez, deben ofrecernos un marco inmejorable para contrastar con precisión y sin distorsiones las propiedades estructurales y funcionales de reglas y principios. Nadie puede discutir, por ejemplo, que el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española es una norma del ordenamiento jurídico español como lo puede ser el artículo 1445 del Código civil que define el contrato de compraventa.

(2) En segundo lugar: los principios implícitos proporcionan la ocasión idónea para incidir sobre los problemas que origina el proceso de la derivación de principios a partir de materiales normativos del sistema jurídico, es decir, "la producción de normas por medio de normas", como la ha denominado GUASTINI¹².

11. Sigo así el criterio de autores como GUASTINI y PRIETO SANCHÍS, quienes conciben los tres primeros principios de la tipología de WRÓBLEWSKI como las categorías básicas a las que pueden reconducirse las otras dos. Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, C.E.C., Madrid, 1992, p. 134.

12. GUASTINI, R., "Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico", en L. Gianformaggio y E. Lecaldano (eds.), *Etica e Diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986, pp. 173 y ss.

La concepción de los principios generales del Derecho como meras racionalizaciones o reformulaciones de otras normas del sistema jurídico conciben los principios generales del Derecho como principios implícitos, a pesar de que sólo pueden ser invocados en defecto de ley y costumbre aplicable en el Derecho español, lo cual resulta algo paradójico, pues si los principios generales del Derecho son principios implícitos ya contenidos en las leyes, entonces deberían invocarse éstas últimas, entre otras cosas, porque, insisto, si se trata de principios realmente implícitos, entonces no pueden aportar nada nuevo a lo que ya nos ofrecían las reglas reformuladas por el principio general. Para ver el problema con claridad conviene referirse a la concepción que de los principios generales del Derecho ofrecen ALCHOURRÓN y BULYGIN en su *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. En ella, los profesores bonaerenses contemplan los principios como reformulaciones del sistema de carácter análogo a las partes generales del Derecho. La distinción entre principio general y parte general del Derecho se limitaría a la diversa extensión de ambos. La parte general se limita a sistematizar una determinada materia jurídica, en tanto que los principios generales del Derecho se orientarían a la sistematización de una sección mayor del ordenamiento. Por todo ello:

“Entre las normas que los juristas llaman “principios generales” (en este contexto) y las normas que integran las “partes generales” sólo hay una diferencia de grado, en el sentido de que las primeras suelen ser más generales que las segundas. Es muy difícil, si no imposible, trazar una línea divisoria entre normas y principios”¹³.

13. ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 129.

La configuración de principios a partir del sistema jurídico sería una labor confiada singularmente a la ciencia jurídica. La razón es la siguiente. Como vimos anteriormente (*supra* capítulo II.5.2) ALCHOURRÓN y BULYGIN parten de la concepción del Derecho como un sistema axiomático. Las propiedades formales de los sistemas axiomáticos (integridad, compatibilidad e independencia) se traducen en los sistemas normativos en las propiedades de la completitud, la coherencia y la independencia¹⁴, es decir, la ausencia de lagunas, la ausencia de antinomias y la ausencia de redundancias. Cuando estas propiedades no se dan, entonces el sistema normativo se considera defectuoso y se le debe buscar solución. Es importante observar que las carencias que nos encontramos entonces tienen una diferente "gravitación"¹⁵: El problema de las lagunas y el problema de las antinomias requieren invariablemente un cambio del contenido de la base del sistema, de las normas formuladas. Por el contrario, la eliminación de las redundancias o la reducción del casuismo, no exigen un cambio de la base del sistema, sino sólo su reformulación, la presentación de una base más reducida con el mismo contenido.

En principio, sólo el legislador tiene competencia para modificar la base del sistema. Esto explica que, consecuentemente, la solución de las lagunas y de las antinomias corresponda al legislador y que la ciencia jurídica se encargue de la reformulación del sistema¹⁶.

Un sistema incurre en casuismo como consecuencia de la producción de normas que contemplan casos elementales. El

14. *Ibíd.*, pp. 100 y ss.

15. *Ibíd.*, p. 126.

16. *Ibíd.*, p. 128.

casuismo comporta la proliferación de un elevado número de normas. Su solución, en favor del principio de economía, pasa por la elaboración de normas generales (que contemplan una pluralidad de casos elementales)¹⁷. En cambio, nos hallamos ante una redundancia cuando dos normas correlacionan el mismo caso con la misma solución¹⁸. El principio de economía y la reducción de redundancias pueden entrar en conflicto, pues la reformulación de la base con normas más generales, puede dar lugar a redundancias, aunque las redundancias parciales no son consideradas un defecto grave¹⁹. La ciencia jurídica puede, así pues, desarrollar su labor reformulatoria en este campo, elaborando normas más generales, contribuyendo a paliar el casuismo y, en su caso, las redundancias. ALCHOURRÓN y BULYGIN insisten en el carácter no mecánico de esta actividad, pero ello no significa alterar la idea central: la solución del problema de las lagunas exige la alteración de la base del sistema y esto sólo puede tener lugar mediante alguna forma de heterointegración.

Ahora bien, si contemplamos la función asignada reiteradamente por los ordenamientos jurídicos a la figura de los principios generales del Derecho, observamos que son invocados para resolver las lagunas normativas del sistema (son invocados en defectos de ley y costumbre aplicable). Esto supone un inconveniente fundamental para una concepción positivista y reformulatoria de los principios generales del Derecho en la dogmática jurídica: la elaboración de principios generales del Derecho está atribuida a la ciencia jurídica, sin que ésta pueda modificar la base del sistema y, sin embargo, tal modificación es precisamente lo que se requiere de los princi-

17. *Ibid.*, p. 125.

18. *Ibid.*, p. 101.

19. *Ibid.*, p. 127.

prios cuando son invocados en último recurso para la integración del sistema. Esta paradoja parece difícilmente salvable (en el sentido de *justificable*), aunque resulta *explicable* por el uso frecuente de las ficciones en el mundo del Derecho. La dogmática desarrolla una interpretación del Derecho que resulta ser creativa, pero luego es considerada como meramente reconstructiva, reformulatoria.

(3) Finalmente, parece ser que el discurso acerca de las relaciones entre Derecho y moral aparejado a los principios debe circunscribirse fundamentalmente a la problemática que ocasiona la noción de los principios extrasistemáticos de Derecho, esto es, aquellos principios que se encuentran fuera del sistema jurídico a la vez que pertenecen al Derecho. Como se ve, esta definición de los principios extrasistemáticos resulta contradictoria: ¿cómo es posible que una norma se encuentre fuera y dentro del sistema jurídico al mismo tiempo? En realidad, esto parece imposible, pero se sostiene con frecuencia. Esta definición de los principios extrasistemáticos resulta paradójica porque afirma que ciertos principios son jurídicos sin ser *jurídicos*²⁰. Esta aparente aporía encarna, una vez más, la crítica desde el no-positivismo al positivismo jurídico: la (presuntamente) estrecha descripción del Derecho llevada a cabo por el positivismo no daría cabida a ciertos estándares (morales) calificables como jurídicos. La paradoja tiende a desvanecerse si nos percatamos de que expresa simplemente una consecuencia del carácter no pacífico del concepto de Derecho. Desde una estricta estipulación conceptual positivista, los principios extrasistemáticos califican adecuadamente su carácter; por el

20. GUASTINI, que utiliza una clasificación similar, elude esta paradoja refiriéndose exclusivamente a principios explícitos e implícitos (*espresi e inespressi*) (GUASTINI, R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1992, pp. 147 y ss.).

contrario, desde la óptica de ciertos no positivistas, la designación de estos principios como extrasistemáticos sirve de argumento para poner de manifiesto la estrechez del marco teórico del positivismo al caracterizar los sistemas jurídicos. La división de los principios en sistemáticos (explícitos e implícitos) y extrasistemáticos presupone un concepto de sistema jurídico positivista, porque presupone la existencia de ciertos *límites* del Derecho. Estudiar el argumento de los principios contra el positivismo jurídico consiste en buena parte en analizar los mecanismos que subyacen a la paradoja recién enunciada.

En suma, la razón de esta diversa virtualidad de principios explícitos, implícitos (a primera vista principios intrasistemáticos) y extrasistemáticos reside en que los principios explícitos son *directamente* válidos porque el modo de obtener su validez no difiere del de las reglas (pertenecen al sistema de acuerdo con el criterio de legalidad); los principios implícitos son *indirectamente* válidos porque su validez reposa sobre su adecuación a otras normas que sí son inmediatamente válidas²⁰ (es decir, los principios implícitos pertenecen al Derecho según el criterio de deducibilidad²²) y, finalmente, los principios extrasistemáticos adolecerían de una validez discutible. Serían calificables (al menos algunos de ellos), como no válidos desde la perspectiva

-
21. MACCORMICK opina que la relación de los principios jurídicos con la regla de reconocimiento es “indirecta”. Las reglas son Derecho en virtud de su *pedigree*, mientras que los principios lo son porque racionalizan reglas que pertenecen al Derecho (MACCORMICK, D.N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 233).
 22. Sobre los criterios de legalidad y deducibilidad para determinar la pertenencia y, por tanto, la validez de las normas jurídicas, vid. CARACCILO, R.A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, C.E.C., Madrid, 1988, cap. III; MORESO, J.J. y P.E. NAVARRO, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, C.E.C., Madrid, 1993, cap. III.

del positivismo jurídico que delimita el sistema, y como válidos desde una posición no positivista.

Los principios extrasistemáticos están, así pues, en el centro del debate acerca de la validez del Derecho y ello equivale a decir que protagonizan buena parte de las discusiones surgidas del enfrentamiento entre el positivismo jurídico y sus teorías antagónicas. Se enfrentan, así, dos concepciones de la validez de las normas o de la existencia de las normas: la validez entendida fundamentalmente como pertenencia a un sistema, de acuerdo con la cual, una norma es jurídica si pertenece a un sistema jurídico, el que, a su vez, es identificado por un criterio de carácter formal como, por ejemplo, la regla de reconocimiento hartiana, y la validez como obligatoriedad, la validez normativa, según la cual una norma existe si es moralmente obligatoria. Es claro que esta idea de la validez es incompatible con un enfoque positivista del Derecho²³. En lo que sigue me voy a ocupar de mostrar algunas ideas que se han sostenido sobre la estructura y el funcionamiento de los principios en la argumentación jurídica. No voy a entrar, pues, propiamente en el problema de la viabilidad de NPP. En cuanto a la distinción entre reglas y principios, la literatura al respecto es lo suficientemente abundante para renunciar a una exposición exhaustiva sobre el tema. Por la misma razón habré de contentarme aquí con adoptar, más bien, una perspectiva descriptiva o explicativa y no tanto normativa o crítica.

4.1. Las reglas: aplicación “todo o nada”

A juicio de DWORKIN, existe una distinción “lógica” entre principios y reglas. En los términos que se han empleado aquí,

23. Cfr. MORESO, J.J. y P.E. NAVARRO, *Orden jurídico y sistema jurídico*, cit., p. 26.

esto significa que DWORKIN sostiene una distinción fuerte, cualitativa y no meramente gradual, entre principios y reglas. Esta distinción lógica parte de dos criterios: el criterio de la aplicación disyuntiva o "a la manera de todo o nada" (*all or nothing fashion*) de las reglas y el criterio de la dimensión de peso (*dimension of weight*) de los principios. Según el criterio de la aplicación disyuntiva, las reglas se aplican a la manera de todo o nada. Por ejemplo, imaginemos la regla

R1: "prohibido circular a más de 100 kms. por hora"

Si se circula a más de 100 kms/h efectuamos una conducta prohibida; si se circula a menos de 100 kms/h efectuamos una conducta no prohibida. O cumplimos con R1 o no cumplimos. Por tanto, las reglas presentan, como ha dicho PECZENIK²⁴, una estructura binaria. En consecuencia, la aplicación de una regla responde al viejo ideal del silogismo perfecto, a la expresión de un razonamiento *modus ponens*:

(R1) Todo el que circule a más de 100 será sancionado
A circula a más de 100

Luego, A será sancionado

¿Cuándo la acción de A no podría tener aparejada esta consecuencia jurídica? Cabría pensar en, al menos, dos posibilidades que la excluirían:

- (1) Que la norma R1 no sea válida. Es obvio que si esta norma no pertenece al Derecho, no existirá sanción jurídica a tal acción.

24. PECZENIK, A., *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, p. 76; del mismo autor, "Dimensiones morales del Derecho", cit., p. 92.

- (2) Que existan excepciones contenidas en otras reglas del sistema jurídico, como por ejemplo:

R2: "Se permite a las ambulancias circular a más de 100 kms/h" o

R3: "Se permite a los vehículos circular a más de 100 kms/h en los adelantamientos".

u otras semejantes.

Pero esto no habría de representar, en realidad, un problema insalvable. Para mantener la estructura todo o nada de las reglas se podría incorporar a R1 todas las excepciones a fin de construir una regla *completa*, que sí responda a esa aplicabilidad disyuntiva:

R1': Todo el que circule a más de 100 kms/h, será sancionado, salvo en los casos en que se conduzca una ambulancia o que se esté efectuando un adelantamiento.

Esto significa que podemos definir las reglas como aquellas normas que cuentan con un número cierto de excepciones. El criterio de la aplicación todo o nada de las reglas deriva finalmente hacia lo que podríamos llamar del carácter exhaustivo de las excepciones.

4.2. Los principios: más o menos aplicación

Los principios, a diferencia de las reglas, presentarían una dimensión de peso. Esta dimensión se percibe en el modo de entrar en colisión principios y reglas. ¿Cómo colisionan las re-

glas? Hemos visto que cuando dos reglas entran en conflicto, es posible: (1) que una de ellas no sea válida, o (2) que una de ellas sea excepción de la otra. En ambos casos, no existe propiamente un conflicto. En el caso (1) simplemente debemos aplicar la regla válida. En el caso (2) simplemente debemos comprobar si el caso que debemos resolver es una excepción a la regla más general o no. Pero supongamos que nos hallamos verdaderamente ante una antinomia entre dos reglas. Esto es, supongamos que un día el legislador dicta la regla R4, que dice así:

R4: "Queda prohibido rebasar los 100 kms/h en los adelantamientos"

En tal situación, se produce un conflicto entre R3 y R4, que da lugar a una antinomia, pues se cumplen las tres siguientes condiciones²⁵:

- (1) R3 y R4 son jurídicamente válidas, pertenecen al mismo sistema jurídico.
- (2) Ambas contemplan el mismo supuesto de hecho: efectuar un adelantamiento con el automóvil.
- (3) Ambas contemplan consecuencias jurídicas incompatibles: R3 permite rebasar los 100 kms/h. R4 prohíbe superar los 100 kms/h.

Esto significa que nos hallamos ante una antinomia. La misma acción de adelantar a más de 100 kms/h es calificada al tiempo como prohibida y permitida. En principio esto presenta

25. Vid. sobre el problema de las antinomias, el sugerente estudio de Mario RUIZ, *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2002.

consecuencias en relación con la primera condición enunciada, pues una cierta racionalidad exige que no se puedan admitir antinomias de este estilo en un sistema jurídico. Existen razones de carácter lógico que exigen la resolución de las antinomias. Según un principio lógico (el del falso Scottó, *ex falso quodlibet sequitur*) de dos premisas contradictorias se puede derivar cualquier otra. Esto significa, en términos deónticos, que si una conducta está al tiempo prohibida y permitida, entonces cualquier norma forma parte del sistema jurídico, lo cual equivale a liquidarlo. Esto significa, a su vez, que no es racionalmente admisible que en nuestro caso R3 y R4 pertenezcan al mismo sistema jurídico. Por tanto, es una exigencia de racionalidad y de sostenibilidad del sistema jurídico resolver la antinomia, bien determinando si una de las normas funciona como excepción con respecto a la otra o bien directamente determinando la invalidez de una de las normas. En todo caso, no es posible que la misma conducta de adelantar a más de 100 kms/h se halle a un tiempo prohibida y permitida. En este caso, probablemente, aplicaríamos el criterio de la *lex posterior*, según el cual la ley posterior se impone a la anterior y entonces los adelantamientos no habrían de superar los 100 kms/h.

Hasta aquí hemos visto cómo entran en conflicto las reglas. Los Principios que nos interesan aquí, lo hacen de una forma completamente diversa. Son Principios, típicamente, aquellas normas que tutelan derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, a la libertad y otros de rango normalmente constitucional. Los principios no excluyen la validez simultánea de otros principios en conflicto. Entre dos principios no suelen generarse antinomias, sino más bien *tensiones*. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania afirma que los conflictos entre principios provocan una "situación de tensión" (*Spannungsanlage*). Por ejemplo, sean:

P1: principio de protección de la intimidad

P2: principio de protección del honor

P3: principio de libertad de información

Es perfectamente posible que:

En el caso *a* P1 entre en conflicto con y se imponga a P3

En el caso *b* P3 entre en conflicto con y se imponga a P2

En el caso *c* P2 entre en conflicto con y se imponga a P1

Esto significa que no podemos resolver estas tensiones entre P1, P2 y P3 de una vez para siempre. La colisión de principios no se traduce en la exclusión de la validez de uno de los principios en conflicto. Para comenzar, los principios, por su estructura, ni siquiera toleran que se les apliquen los criterios tradicionales de resolución de antinomias. Veámoslo:

- (1) El criterio de la jerarquía (*lex superior*), según el cual el principio de rango superior habría de imponerse al inferior, resulta de difícil aplicación sobre todo entre principios constitucionales, que gozan de igual jerarquía, y también resulta difícil su aplicación entre principios implícitos y extrasistemáticos entre los que no es posible determinar una jerarquía. De hecho, si observamos la aplicación de los principios como en los casos ideales indicados arriba, vemos que se produce lo que GUASTINI ha denominado una "jerarquía móvil" (*gerarchia mobile*)²⁶. En el caso *a*, el principio P1 se impone a P3, como si fuera superior a éste, pero en el caso *b*, P3 se impone a P2, que a su vez se

26. GUASTINI, R., "Diritto mite, diritto incerto", en *Materiali per una storia della cultura Giuridica*, N.º 2 (diciembre 1996), p. 523.

impone a P1 en el caso *c*, lo cual habría de presuponer la superioridad de P3 sobre P1, pero no se da esta transitividad, que queda desmentida en el caso *a*. Todo depende del caso concreto y eso significa en última instancia que, a diferencia de lo que sucede con las reglas, no es posible determinar exhaustivamente las excepciones a la aplicación de un principio.

- (2) El criterio de la especialidad (*lex specialis*: la ley más especial se impone a la más general) resulta igualmente de difícil aplicación si tenemos en cuenta que los principios suelen caracterizarse por un extremado grado de generalidad.
- (3) Finalmente el criterio de la *lex posterior* (la ley posterior se impone a la ley anterior) también resulta problemático en su aplicación a los conflictos entre principios por las mismas razones aducidas para el criterio de la *lex superior*. Si los principios son constitucionales, no es posible determinar la posterioridad. Si los principios en conflicto son extrasistemáticos o implícitos, también resulta complicado, por razones obvias, determinar cuál es posterior en el tiempo.

Por estas razones, los principios suelen dar lugar a una perplejidad entre los juristas: son normas jurídicas que no siempre obtienen aplicación efectiva porque su aplicación puede ser desplazada (o derrotada) por la aplicación de otras. Se ha hablado, en este sentido, de los principios como normas *derrotables* (*defeasible*)²⁷. Los principios habrían de ser *balanceados* o pon-

27. Vid. en la literatura más reciente sobre esta perspectiva, por ejemplo, un interesante contraste entre los trabajos de BAYÓN, J.C. (“Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, en *Isonomía*, N.º 13

derados con otros en conflicto y sólo en el caso concreto podría articularse una prioridad.

La idea de que reglas y principios se distinguen por la aplicabilidad todo o nada propia de las reglas y por la dimensión de peso propia de los principios, puede someterse a algunas críticas. Para criticar esta distinción (como cualquier otra que se pueda inscribir en la tesis fuerte de la separación de reglas y principios) es posible seguir dos vías fundamentales: mostrar casos en que las reglas presenten rasgos asignados exclusivamente a los principios o, alternativamente, mostrar casos en que los principios presenten rasgos asignados exclusivamente a las reglas. Es decir, cabe mostrar casos de principalización de reglas o de regularización de principios. Seguramente la primera vía sea la más fructífera y son muchos los argumentos empleados. Una de las paradojas que se dan entre los autores principialistas consiste en que en su afán por distinguir reglas y principios asignan a las reglas unas propiedades de tal rigidez que ni los formalistas extremos seguramente estarían dispuestos a suscribir, de modo que la aplicación de reglas suele identificarse con una aplicación mecanicista del Derecho que hoy en día resulta insostenible. Veamos, pues, un par de inconvenientes:

(octubre 2000), pp. 87-117) y Pablo NAVARRO con Jorge RODRÍGUEZ (“Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas”, *Ibid.* pp. 61-85). En síntesis, la cuestión fundamental que se discute es el status de los principios en una teoría de los sistemas jurídicos, dado que los principios se configuran como condicionales derrotables. Según la ley del refuerzo del antecedente, si una proposición *p* implica otra *q*, entonces la implicación se mantiene si añadimos nuevas proposiciones en el antecedente. Sin embargo, esto no sucedería con los principios, pues la adición de nuevas excepciones a los principios puede traducirse en que no se dé el consecuente. Esto supone un problema para una teoría de los sistemas jurídicos que pretenda reconstruir lógicamente nuestras intuiciones sobre el Derecho.

(1) Hasta el momento, hemos visto lo que aparentemente sucede cuando entran en conflicto reglas entre sí y principios entre sí, pero no parece descabellado que alguien se preguntara qué sucede cuando entran en conflicto una regla y un principio. A primera vista, si existe una distinción cualitativa entre ambos tipos de normas, esto resultaría algo complicado, porque no parece fácil que entren en conflicto dos entidades cualitativamente diversas. Pero esto parece posible. Imaginemos que el principio de igualdad P4, prohíbe discriminar por razón de sexo y la regla R5 prohíbe a las mujeres prestar el servicio militar obligatorio, reservado (por cierto, discriminatoriamente) a los hombres. Seguramente, la respuesta más razonable fuera que es necesario argumentar en su caso por qué R5 se separa del principio general P4. Pero si es necesario argumentar para poder aplicar una regla, entonces comienza a fallar uno de los presupuestos sobre los que parece basarse la distinción fuerte de reglas y principios: que las reglas se aplican a la manera de todo o nada. Se ha replicado que R5 seguiría manteniendo su condición de regla añadiendo una cláusula como la que se incorpora a continuación:

R5': "Prohibido a las mujeres prestar el servicio militar obligatorio, *siempre que no se vulnere un principio justificadamente aplicable*"

Pero, en este caso, en realidad estamos acabando con la propia condición de regla de R5'. Juan Carlos BAYÓN²⁸ utiliza, en este caso, una imagen bien expresiva para explicarlo: los prin-

28. BAYÓN, J.C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, C.E.C., Madrid, 1991, pp. 361-362.

cipios que excepcionan una regla funcionarían como un caballo de Troya que entraría en las reglas portando consigo propiedades propias de los principios y devastando desde su propio interior la condición distintiva de las reglas, pues, de nuevo, el juicio sobre la justificación de excepción R5' sobre la base de un principio abre el camino a una argumentación que es precisamente lo que una regla habría de excluir.

(2) Algo parecido sucede cuando aplicamos analógicamente una regla, le aplicamos otras técnicas argumentativas o interpretativas, o cuando una regla presenta conceptos jurídicamente indeterminados o, más en general, cuando una regla resulta ser vaga. En estos casos, nos encontramos ante nuevos caballos de Troya que impiden de nuevo que la regla puede aplicarse a la manera de todo o nada, pues su aplicación exige una labor argumentativa por parte del operador jurídico que los autores principialistas suelen asignar en exclusiva a los principios.

4.3. Los principios como mandatos de optimización

El criterio fundamental para distinguir a los principios de las reglas es, a juicio de Robert ALEXY y más bien en perjuicio del criterio de la aplicabilidad todo o nada de las reglas, la dimensión de peso de los principios, su ponderación. Por eso, para caracterizar la figura de los principios el autor alemán recurre a su consideración como un mandato de optimización (*Optimierungsgebot*). Los principios deben realizarse en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas del caso.

En efecto, ALEXY considera que, en términos generales, el planteamiento de DWORKIN se desarrolla en la dirección correcta, pero no a suficiente profundidad. La explicación de la metáfora

de la dimensión de peso presente en los principios se halla, a su juicio, en que éstos constituyen "mandatos de optimización". Esta noción representa el elemento fundamental que singulariza la teoría alexiana frente a la dworkiniana²⁹. Su análisis constituye una interesante oportunidad para intentar desentrañar la llamada "dimensión de peso" de los principios, sin perjuicio de que la ponderación es objeto central del tema VII.

ALEXY caracteriza los principios en los siguientes términos: "los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización"³⁰.

Las reglas son descritas del siguiente modo: "(...) las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible"³¹

Estas definiciones permiten identificar algunos de los aspectos fundamentales de la concepción alexiana de los principios:

- (1) La graduabilidad. Los principios ordenan que se realice "algo en la mayor *medida* posible". Esto presupone la posibilidad de un mayor o menor grado de satisfacción de los principios dentro de los márgenes que determinan ciertas posibilidades jurídicas y fácticas, a diferencia de las

29. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1993, p. 87, nota 27.

30. *Ibíd.*, p. 86.

31. *Ibíd.*, p. 87.

reglas, cuyo cumplimiento no puede someterse a graduación alguna: "sólo pueden ser cumplidas o no".

- (2) La optimización. El cumplimiento de los principios debe tener lugar, "en la *mayor* medida posible", luego el principio exige la *optimización* del grado de cumplimiento al concurrir con otras normas del sistema.
- (3) El deber ser ideal. Esta optimización se regula a partir de un "deber ser ideal" (*Ideales Sollen*) al que debe tender la aplicación del principio, que marca el horizonte de la "mayor medida *posible*".
- (4) Cabe añadir el carácter *prima facie*. Los principios son mandatos de optimización, no mandatos definitivos. Esto significa que tienen una virtualidad *prima facie* dentro de unos límites fácticos y jurídicos. Los principios, a diferencias de las reglas, no contienen determinaciones.

Entrar en el concreto debate de esta caracterización es tarea profunda y extensa, que no corresponde desarrollar aquí. Tan sólo desearía referirme a algunas ambigüedades que puede presentar una concepción de los principios como ésta y me gustaría referirme también a los criterios de optimización que sugiere ALEXY.

En cuanto a las ambigüedades, algunos autores como SIEKMANN³² ha puesto de relieve que no está claro si el principio es un mandato de optimización de una norma o es la propia norma que debe ser optimizada (esto es aplicada en la mayor medida de lo posible dentro de las circunstancias jurídicas y fácticas del caso). Dado el principio

32. SIEKMANN, J.R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden Baden, 1990, pp. 62 y ss.

P4: "no debemos discriminar por razón de sexo"
(que podríamos representar como Ph p —prohibido discriminar por razón de sexo),

Cabe preguntarse si P4 es un mandato de optimización que dice "obligatorio optimizar la norma 'no debemos discriminar por razón de sexo'" (O OPT (Php)) o es la propia norma "no debemos discriminar por razón de sexo" (Php) un mandato de optimización en sí. En el primer caso, un principio es una metanorma que nos dice cómo debemos aplicar una determinada norma. Esta posibilidad es interesante porque permite situar la distinción entre reglas y principios en la forma que requiere su aplicación y es, en ese plano, donde se sustancian en última instancia las diferencias entre reglas y principios.

Esta opción permite, también, entender mejor la graduabilidad de los principios. La graduabilidad puede predicarse de la aplicación del principio y a veces de la conducta objeto de regulación por parte del principio. Parece que si se predica la graduabilidad del mandato de optimización (O OPT (Php)) resultaría más sencillo comprender cómo funcionan los principios en el Derecho.

El carácter *prima facie* de los principios presenta algún problema, porque no parece que se trate de un rasgo plenamente distintivo de éstos respecto de las reglas. En realidad, las reglas también requieren con carácter previo a su efectiva aplicación una deliberación acerca de su aplicabilidad en relación con el resto de las normas del sistema jurídico. ALEXY afirma que el carácter *prima facie* de las reglas y de los principios es diverso en un Estado de derecho y, en efecto, puede que sea así, pero en todo caso parece difícil que sirva esta distinción para fundar una distinción fuerte entre reglas y principios en un plano conceptual.

4.3.1. Criterios de optimización

Ahora bien, ¿cómo se determina ese óptimo al que debe tender la aplicación de un principio? El óptimo que se persigue consiste en el resultado de una ponderación racional de los principios en conflicto (o, mejor, de los valores en conflicto tras los principios). Sin embargo, el hecho de que la aplicabilidad variable de los principios no vaya acompañada de criterios definitivos para determinar una jerarquía, podría llevar a pensar que carece completamente de sentido intentar elaborar algún método. Por tanto, según ALEXY, este planteamiento conduce a la siguiente disyuntiva: (1) considerar que las relaciones entre principios carecen completamente de orden, como si se tratara de un simple catálogo de tópicos; o bien (2) entender que existe la posibilidad de ensayar algún método racional que discipline los conflictos entre principios. ALEXY se inclina, naturalmente, por esta segunda posibilidad.

Dentro de esta segunda opción, ALEXY contempla dos procedimientos básicos: (2.1) el establecimiento de un orden estricto o bien (2.2) el establecimiento de un orden débil³³.

(2.1) El orden estricto, cardinal, consiste en la asignación de un peso a cada principio o valor, entre 0 y 1 (a diferencia de las reglas que sólo pueden valer 0 ó 1, dado su carácter "binario"). Por ejemplo, 0'3 al principio P1; 0'7 al principio P2, etc. Si esta ordenación cardinal se efectúa sólo en abstracto, existe el riesgo de dar lugar a una "tiranía de los valores"³⁴. Por esta razón, la ponderación debería contemplar de algún modo la in-

33. Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 152 y ss.; "Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica", cit., pp. 145-148.

34. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 154.

tensidad de cada principio en el caso concreto³⁵. Sin embargo, ni siquiera esta corrección es satisfactoria, pues el orden cardinal no hace sino desplazar el problema de la ponderación hacia el momento de la asignación de valor numérico a los principios y, en su caso, a su intensidad en las situaciones concretas.

(2.2) Estos problemas permiten suponer que un orden débil sea más adecuado y aquí surgen varias opciones.

(2.2.1) Cabría pensar, en primer lugar, en el establecimiento de unas condiciones de prioridad, consistente en determinar la superioridad de uno u otro principio en conflicto bajo ciertas condiciones. ALEXY expresa del siguiente modo esta relación condicionada de preferencia: C2 (P1 P P2), es decir, bajo las condiciones C2, el principio P1 goza de prioridad sobre P2. Se podría elaborar un elenco de relaciones de prioridad bajo una serie de circunstancias concretas. Sin embargo, estas reglas no pueden agotar todas las posibles situaciones que pueden suceder en el futuro. Por ello, se hace necesario el recurso a una teoría de la argumentación jurídica³⁶.

(2.2.2) Cabe, por otro lado, establecer una serie de prioridades *prima facie* que determinen la carga de la argumentación sobre algunos principios en favor de otros, lo que, de nuevo, remite a una teoría de la argumentación jurídica³⁷.

(2.2.3) Y, finalmente, es posible establecer unas estructuras de ponderación a partir de la idea de mandato de optimización, que se expresan en el modelo de ALEXY a través de curvas de indiferencia cuyo curso determina las relaciones de importancia relativa de los principios. Estas estructuras tampoco son

35. Vide ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 155.

36. *Ibid.*, pp. 158-9.

37. ALEXY, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, cit., p. 148.

definitivas. Se requiere, en última instancia, el recurso a una teoría de la argumentación jurídica³⁸.

Es importante, en suma, destacar por encima de todo que la ponderación presupone y conduce invariablemente a una teoría de la argumentación jurídica. Desde mi punto de vista, éste es el criterio fundamental para distinguir principios y reglas: los principios se distinguen de las reglas porque remiten a una teoría de la argumentación jurídica. Sin embargo, dado que también las reglas pueden requerirla, es necesario sostener en realidad la tesis débil de la separación entre reglas y principios y formular la distinción en los siguientes términos: un principio es una norma que requiere, en mayor medida que una regla, el recurso a una teoría de la argumentación jurídica.

4.4. Las reglas como normas cerradas y los principios como normas abiertas

Los profesores Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO³⁹ han explorado una distinción entre reglas y principios extremadamente interesante. Según estos autores, la distinción entre reglas y principios puede plantearse a partir del carácter *cerrado* o *abierto* de la norma. Los ejemplos de regla, principio y directriz que utilizan son los siguientes preceptos del ordenamiento jurídico español:

38. Vid. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 161 y ss.

39. Vid. ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996. Puede verse una interesante polémica sobre esta concepción de los principios en los números 10, 11 y 12 de la revista *Doxa*, en la que tomaron parte Aleksander PECZENIK y Luis PRIETO SANCHÍS.

Ejemplo de regla: el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores: "El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario (...) sin discriminación alguna por razón de sexo".

Ejemplo de principio: el artículo 14 de la Constitución: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"

Ejemplo de directriz: el artículo. 40.1 de la Constitución: "Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo".

¿En qué se distinguen estas tres normas? ATIENZA y RUIZ MANERO proponen tres grandes perspectivas desde las que cabe definir las diferencias: desde un punto de vista estructural, desde un punto de vista funcional y desde un punto de vista del poder y los intereses implicados. Aquí interesa destacar los dos primeros enfoques.

Desde un enfoque estructural, las normas presentan una estructura condicional, formada por un supuesto de hecho (prótesis) al que se le correlaciona una consecuencia jurídica (apódosis). Dicho de otra forma, en las normas hallamos un caso y una solución normativa. Una norma típica, como por ejemplo, "el que matare a otro, deberá cumplir una pena de privación de libertad tantos años" puede representarse así: $p \rightarrow Oq$ (si p , entonces obligatorio q).

De acuerdo con los profesores de la Universidad de Alicante, la configuración del supuesto de hecho y de su consecuen-

cia jurídica puede ser cerrada o bien abierta. La configuración es cerrada cuando existe una determinación de los casos a los que se refiere. La configuración es abierta cuando existe indeterminación de los casos a los que se refiere. Cabría preguntarse si este criterio tiene que ver con la vaguedad, de modo que el carácter abierto significaría carácter vago de la formulación de la norma. Sin embargo, el modelo ATIENZA/RUIZ MANERO se pretende desarrollar una vez superados los problemas de vaguedad del lenguaje.

Pues bien, según ATIENZA y RUIZ MANERO, las reglas se caracterizan por presentar un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica ambas cerradas. Los principios presentarían un supuesto de hecho abierto y una consecuencia jurídica cerrada y, finalmente, las directrices presentarían un supuesto de hecho y unas consecuencias jurídicas abiertas. Cabría resumir en el siguiente cuadro lo dicho hasta ahora sobre la clasificación de reglas y principios del modelo ATIENZA/RUIZ MANERO:

| Tipo de norma | (supuesto de hecho) p | Oq (consecuencia jurídica) | Ejemplos |
|---------------|-----------------------|----------------------------|----------------|
| Regla | cerrado | cerrada | art. 28 E.T. |
| Principio | abierto | cerrada | art. 14 Const. |
| Directriz | abierto | abierta | art.40.1Const. |

La regla determina de forma cerrada en qué supuestos se aplica (trabajo igual de hombres y mujeres) y también determina de forma cerrada la consecuencia jurídica (es obligatorio igual salario). El principio no determinaría en qué casos concretos habría que aplicar una consecuencia cerrada: la prohibición de trato discriminatorio y, finalmente, la directriz dejaría abiertos tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, pues en el ejemplo no se nos dice en qué casos debemos desarrollar

una acción que a su vez también queda abierta (sólo se señala el estado de cosas final, el resultado, al que debe tenderse con ella).

4.5. Principios y reglas como razones para la acción

La otra perspectiva desde la que el modelo ATIENZA/RUIZ MANERO analiza la distinción entre reglas y principios es de carácter funcional y se interroga, por tanto, acerca de cómo es el funcionamiento de reglas y principios en el razonamiento práctico. Esto supone la consideración de las normas como razones para la acción. Esta concepción de las normas ha sido desarrollada ampliamente por los profesores de la Universidad de Oxford, H.L.A HART y Josef RAZ. Bajo este punto de vista, cuando profiero una norma, ésta pretende constituirse en una razón para actuar para mi interlocutor. Esta razón para actuar puede entrar en conflicto con otras razones para actuar, en otras ocasiones puede requerir otras razones que la auxilien para imponerse, etc. En esta perspectiva, las normas son consideradas por su fuerza para incorporarse a las inferencias prácticas de nuestra deliberación personal y no sólo importa lo que nos ordenen hacer o no, sino su interacción con otras razones para actuar. Esto significa que cuando profiero una norma hago dos cosas: ordeno, prohíbo o permito que se lleve a cabo una conducta, pero, además, digo que esta norma tiene (o no) que excluir otras consideraciones, otras posibles razones; digo en suma que tiene (o no) que excluir la deliberación por parte del destinatario de la norma.

El modelo ATIENZA/RUIZ MANERO considera que las reglas son razones para la acción perentorias e independientes del contenido. Son perentorias porque una regla es una razón de primer orden para actuar y una razón de segundo orden para excluir la

deliberación. Es decir, las reglas son razones excluyentes de la toma en consideración de otras razones. Por otra parte, las reglas son independientes del contenido porque esta exclusión de otras razones no deriva del contenido de la regla, sino del origen (por ejemplo, en el legislador) de tal regla.

Los principios, por el contrario, son razones no perentorias. Un principio es una razón de primer orden para actuar, pero no excluye la deliberación, la toma en consideración de otros principios para actuar. El principio abre el paso a la deliberación de otras razones en posible conflicto para tomar una decisión. Que un principio sea una razón independiente o no de su contenido dependería, a su vez, del tipo de principio del que hablemos. Un principio explícito sería una razón para actuar independiente del contenido, mientras que un principio implícito sería una razón dependiente del contenido, pues su fuerza motivadora dependería de su adecuación a las normas de las que deriva.

5. PRINCIPIOS Y VALORES. A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 1.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Entre los conceptos próximos al de principio se halla el de *valor*. El artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 reza así: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político"⁴⁰. Esto significa que el concepto de valor tiene parti-

40. Gregorio PECES-BARBA, máximo impulsor de este artículo, ve en él la impronta del integral punto de vista de la filosofía del Derecho, adoptado por el Constituyente (PECES-BARBA, G., *La elaboración de la Constitución*

cular relevancia en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, cabría preguntarse si existen y, en caso afirmativo, en qué consisten las diferencias entre los valores y los principios.

Los constitucionalistas han ensayado criterios diversos para distinguir valores y principios. Se ha dicho, entre otras cosas, que los valores tienen contenido ético y los principios contenido político; que los valores, a diferencia de los principios, carecerían de eficacia; que los valores gozan de superioridad frente a los principios; que los valores serían más generales y que valores y principios enuncian respectivamente conceptos axiológicos y deontológicos⁴¹. Esta última distinción que sostiene ALEXY parece ser la más correcta.

Para perfilar el significado de "valor", ALEXY⁴² ha recurrido a la tripartición de los conceptos prácticos formulada por VON WRIGHT⁴³. Según este autor, los conceptos prácticos se dividen en deontológicos, axiológicos y antropológicos. Los conceptos deontológicos son los que determinan algún deber ser: mandato, prohibición, permisión, etc. Los conceptos axiológicos son los que determinan que algo es bueno, valioso: lo bello, lo económico, lo seguro, lo eficaz, etc. Los conceptos an-

de 1978, C.E.C., Madrid, 1988, pp. 12 y 46; PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 12 y también PECES-BARBA, G. y L. PRIETO SANCHÍS (colaborador), *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres, Valencia, 1984, p. 9).

41. Cfr. sobre estos y otros criterios DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, C.E.P.C., Madrid, 1997.
42. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, pp. 139 y ss.
43. VON WRIGHT, G.H., *The Logic of Preference*, Edimburgo, 1963, p. 7; *The Varieties of Goodness*, Londres, 1963, pp. 6 y ss. Citados por ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, p. 139, nota 161.

tropológicos refieren elementos enraizados en la naturaleza humana como voluntad, interés, acción, decisión, etc.

De entre los tres grupos señalados interesan los dos primeros: los conceptos deontológicos y los axiológicos. ALEXY sostiene que "principio" es un concepto deontológico y "valor" un concepto axiológico: "Lo que en el modelo de valores es *prima facie* lo mejor, es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido". Un principio es una norma, una guía del comportamiento humano. Un valor es un criterio que determina la bondad de algo en relación con tal criterio. Cuando hablamos del principio de la igualdad, nos referimos a la norma que prescribe que no se debe discriminar a las personas (art. 14 de la Constitución española). Cuando hablamos del valor igualdad (art. 1.1 del mismo texto normativo), estamos incorporando una dimensión axiológica, que establece como positivos aquellos estados de cosas que se adecuen al valor descrito (aunque, en rigor esto no debería de por sí representar una norma). En este caso, la sociedad que no discrimine a las personas por razón de sexo, raza, etc., es considerada buena en lo que respecta a ese valor (si bien nada impediría que tuviera otra consideración en otros aspectos, por ejemplo, de acuerdo con el valor libertad en el caso de que no respetara la autonomía de los individuos)⁴⁴. En suma, el principio dice "debemos ser iguales" (o libres, o plurales políticamente, etc.); el valor dice: "la igualdad es buena" (o "la libertad es buena" o "el pluralismo es bueno", etc.). Referirse a un valor como una norma es, pues, una forma de hablar.

44. Por cierto, hablando de valores, conviene distinguir entre "tener valor" y "ser un valor". Cuando algo es un valor (por ejemplo, la igualdad) determina que ciertos objetos (por ejemplo, la sociedad que no discrimina por razón de sexo, raza, etc.) tienen valor (ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 141).

Sin embargo, dado que el significado de una norma no equivale necesariamente a la interpretación literal de la disposición textual en que se expresa, a veces pueden darse confusiones. Nadie duda, por ejemplo, que la disposición aparentemente descriptiva "no se discriminará por razón de raza", que es un enunciado aparentemente no deóntico, ha de ser interpretado como "prohibido discriminar por razón de raza". Del mismo modo, cabe decir que cuando el Constituyente dice que la igualdad es un valor, es decir, que "la igualdad es buena", interpretamos que incorpora el principio: "debemos ser igualitarios, porque lo considero bueno". En tal caso, parece difícil establecer diferencias estructurales entre valores y principios a partir meramente de la formulación de las normas en los textos legales.

La diferencia entre principio (concepto axiológicamente indiferente) y valor (concepto axiológicamente "cargado") se expresa intuitivamente cuando es referida a estados de cosas moralmente no deseables. No nos resulta extraña la expresión "principio del *apartheid*" para referirnos a la idea rectora que ha presidido durante décadas la legislación sudafricana. Por el contrario, si pronunciamos el sintagma "valor del *apartheid*", nos sentimos inmediatamente compelidos a añadir "según el sistema sudafricano de tal período de la historia" para destacar que tal criterio de valoración no es conforme con nuestra propia axiología (naturalmente en caso de que no sea conforme). En suma, la idea de principio no está cargada axiológicamente, en tanto que la idea de valor no puede prescindir de esta dimensión.

A la luz de estas precisiones y desde un punto de vista externo, principio y valor se distinguen claramente. Desde un punto de vista interno, desde el punto de vista del participante, esta diferencia tiende a debilitarse, porque se entiende que existe una correlación inmediata entre los valores asumidos por la sociedad y las normas que deben garantizarlos.

En definitiva, valor y principio determinan dos nociones distintas pero no inconexas. Son nociones distintas porque designan cosas diferentes: el valor define un criterio de valoración y el principio es una norma con ciertas características. Son nociones que no son ajenas entre sí, porque existe una clara relación entre ambas: la propia lógica de la razón práctica que rige la interpretación conduce al establecimiento de un principio a partir de un valor (si algo es bueno, *debe* fomentarse) y, correlativamente, el principio suele presuponer algún valor al que sirve (si algo debe hacerse, por lo general es porque ello es bueno bajo un determinado valor o sistema de valores).

De acuerdo con lo expuesto, conceptualmente en el artículo 1.1 de la Constitución el término "valor" podría ser sustituido por el de "principio", con la consecuencia de designar directamente normas en lugar de criterios de valoración y de desplazar la carga axiológica desde el término "valor" al término "propugna", que cargaría axiológicamente a los neutros principios. La carga axiológica de tales principios se inferiría de que el constituyente los "propugna". Inversamente, cabría afirmar que los valores obtienen su carga deontológica, o deóntica, precisamente del verbo "propugna"⁴⁵. Algo se debe realizar porque se considera bueno (constitucionalmente valioso) y se considera bueno porque se debe realizar (según el constituyente).

Una vez definidas las relaciones entre valores y principios, podemos preguntarnos acerca de la utilidad de los valores superiores del ordenamiento jurídico del artículo 1.1 de texto constitucional español. Como se ha indicado, que sus conteni-

45. Cfr. PECES-BARBA, G., *Derecho y derechos fundamentales*, C.E.C., Madrid, 1984, p. 248.

dos se denominen valores o principios no tiene grandes consecuencias siempre que se sea consciente de la verdadera dimensión de este tipo de disposiciones. En este sentido, no deja de ser significativo el frecuente uso indiferenciado de ambos conceptos por parte del Tribunal Constitucional en España⁴⁶. A continuación procede, pues, preguntarse acerca de la utilidad que puedan reportar principios tan amplios como, por ejemplo, "se debe ser justo" (o, considerado como principio informador del sistema, "el ordenamiento jurídico debe ser justo"), traducción deontológica del valor justicia. En los valores se conjugan, pues, dos notas: su elevada altura jerárquica en el sistema y su pronunciada vaguedad. Ambos rasgos parecen ser el origen de que los valores sean a un tiempo "normas de clausura" y "normas de apertura"⁴⁷, lo que confiere a los valores particularmente una "naturaleza bifronte o ambigua"⁴⁸. Son normas de clausura porque, desde su privilegiada posición en el ordenamiento jurídico, deben completar, guiar y limitar el resto de las normas del ordenamiento y la actividad del Poder Judicial, en especial la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Son normas de apertura, porque su vaguedad proporciona un amplio margen de maniobra al aplicador del Derecho que puede invocar estos valores de forma muy flexible.

Sin embargo, este tipo de fórmulas debe enfrentar la muy seria acusación de vaguedad e incluso de vaciedad extrema y,

46. Cfr. DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, cit., pp. 130 y ss.

47. PRIETO SANCHÍS, L., "Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional", en *Poder Judicial*, N.º 11 (1984), pp. 83-89, aquí p. 88.

48. PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, cit., p. 136.

por consiguiente, de falta de virtualidad práctica. Esta acusación no pretende, necesariamente, la supresión de este tipo de disposiciones. Sólo persigue su justa calificación como declaraciones de naturaleza básicamente retórica o, en el mejor de los casos, argumentativa. DENNINGER⁴⁸ nos cuenta que hace algún tiempo se enfrentaron en una comisión para la reforma constitucional en Alemania dos posiciones sobre este tipo de cláusulas: la de quienes deseaban incorporarlas con profusión a la Constitución y la de quienes se oponían a ello. Uno de los juristas que se oponían afirmó que la Constitución alemana era y debía seguir siendo una "Constitución de juristas y no de sacerdotes" (*Juristenverfassung, nicht Pastorenverfassung*). Es una forma quizá excesiva de plantear la disyuntiva, pero que presenta un trasfondo de realidad considerable.

6. EN CONCLUSIÓN

En los propios comienzos de la discusión sobre la distinción entre principios y reglas, ya había quien lamentaba, en relación con la teoría de Ronald DWORKIN que "es muy decepcionante ver que en su sistema la distinción entre reglas y principios sólo puede efectuarse retrospectivamente, una vez que el juez ha categorizado la situación"⁵⁰. Esto viene a significar que en realidad, reglas y principios no se distinguen

49. DENNINGER, E., "La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica", en *Revista de Estudios Políticos*, N.º 84 (abril-junio 1994), pp. 69-78, aquí p. 70.

50. TAPPER, C., "A Note on Principles", en *The Modern Law Review*, Vol. 34 (noviembre, 1971), pp. 628-634, aquí p. 630.

claramente sino hasta después de ser interpretados y aplicados. Esta constatación parece apoyar dos ideas: la primera es que la distinción sólo funciona en el plano argumentativo y no tanto en el marco de un sistema jurídico. Dicho de otro modo, la distinción entre reglas y principios es más propia de una teoría de la argumentación jurídica que de una teoría de los sistemas jurídicos. En segundo lugar, esto viene a apoyar la tesis débil de la distinción entre reglas y principios, de acuerdo con la cual la distinción entre ambos tipos de normas es gradual y no cualitativa, pues una regla puede comportarse en el plano argumentativo como un principio y viceversa. A tenor de estas consideraciones, sería posible definir los principios como aquellas normas que remiten a una teoría de la argumentación jurídica en mayor medida que las reglas. Esto explicaría la asociación de las reglas a la manera de aplicar los casos fáciles y de los principios a la esfera de los casos difíciles. De qué manera se resuelven los conflictos entre principios es objeto de estudio en la siguiente lección dedicada específicamente a la ponderación en el ámbito constitucional.

Capítulo VII

PARTICULARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

SUMARIO: 1. La justicia constitucional: concepto y sistemas: 1.1 Concepto de Justicia constitucional. 1.2 Dos sistemas de justicia constitucional. 2. Los límites de la jurisdicción constitucional. 3. Interpretación conforme y sentencias interpretativas. 3.1 El principio de interpretación conforme. 3.2 Las sentencias interpretativas. 4. Sentencias manipulativas y otras "fricciones" con el legislador: 4.1 Las sentencias manipulativas. 4.2 Otras formas de influencia política de la Justicia Constitucional. 4.3 Argumentos contra el control de constitucionalidad. 5. El juicio de ponderación: 5.1 Los conflictos entre normas constitucionales y la ponderación. 5.2 Reglas de la ponderación (o juicio de proporcionalidad). 5.3 Tres observaciones sobre la ponderación. 6. A modo de conclusión.



1. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: CONCEPTO Y SISTEMAS

1.1. Concepto de justicia constitucional

En el capítulo primero se recordó cómo, al margen de otras muchas particularidades, el Estado constitucional de derecho exige dotar de *normatividad* a la Constitución. Pero la normatividad o supremacía jurídica de la Constitución no es algo que deba presuponerse por su simple reconocimiento en el texto constitucional, sino que sólo existe en aquellos sistemas donde venga efectivamente realizada, lo que suele su-

ceder cuando se reconoce la *rigidez* de la Constitución, o sea cuando se establece un sistema de revisión constitucional especialmente reforzado o, en todo caso, más complejo que la tramitación legislativa ordinaria¹, y (sobre todo) cuando se establece un sistema de *control de constitucionalidad* de la ley y otros actos del poder². Puede decirse, por ello, que supremacía de la Constitución y *justicia constitucional* son conceptos inextricablemente unidos.

Por jurisdicción constitucional pueden entenderse distintas cosas:

- 1) *La que ejercen los tribunales así llamados*, sea cual sea la naturaleza de los asuntos que se les encomienda: control de constitucionalidad de las leyes, regularidad de las elecciones, enjuiciamiento penal de los titulares de las magistraturas supremas, etc.

Este concepto no resulta satisfactorio, pues excluye los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes encomendado a los Tribunales Supremos e incluye cuestiones que no son constitucionales.

-
1. Cfr. El volumen *La rigidez de las Constituciones escritas*, (A. PACE y J. VARELA), CEC, Madrid, 1995; o FERRERES, V., “En defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, 23, 2000. De una opinión distinta es PRIETO, L., para quien la rigidez no es condición necesaria de la supremacía jurídica de la Constitución, pues ésta quedaría también garantizada mediante un sistema flexible, pero explícito, de reforma constitucional, “Constitución y Parlamento”, en *Parlamento y Constitución*, N.º 5 (2001), pp. 12 y ss.
 2. GARCÍA PELAYO, M., señala que así como “el Estado legal de derecho sólo se constituye cuando existe una jurisdicción contencioso administrativa, el Estado constitucional de derecho sólo adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional”, “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, cit., p. 3037.

- 2) *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, con independencia de los órganos que lo realicen.

Este concepto tampoco resulta satisfactorio, porque excluye aquellos sistemas en los que se enjuicia también, además del texto de las leyes, su interpretación y aplicación.

- 3) *La que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de su constitucionalidad*. Comprende, por tanto: a) no sólo el control que ejercen los llamados Tribunales Constitucionales, sino también el que ejerce la jurisdicción ordinaria en su diaria interpretación y aplicación de la ley; y b) no sólo se controla al Poder Legislativo, sino también la interpretación y aplicación de la ley que realizan la Administración y (sobre todo) los jueces.

Este último es el concepto de jurisdicción constitucional adecuado, y ello porque una jurisdicción constitucional así entendida es el único modo de garantizar la eficacia real de la Constitución. Controlar sólo la constitucionalidad del texto legal no garantiza aún la Constitución (o los derechos). Cuando el Poder Judicial sólo queda sometido al principio de legalidad, incluso aunque podamos suponer que la ley es constitucional, caben aún interpretaciones inconstitucionales de la misma. En otras palabras, es posible que el juez, aun actuando con respeto al principio de legalidad, actúe inconstitucionalmente, violentando derechos³.

3. Sobre el concepto y la extensión de la justicia constitucional, vid. la clásica obra de ZAGREBELSKY, G., *La Giustizia Costituzionale* (1977), Bolonia, Il Mulino, 2.^a ed., 1988; y la recopilación de trabajos de RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997.

1.2. Dos sistemas de justicia constitucional

Es posible distinguir en principio dos grandes sistemas de justicia constitucional: el sistema de *control difuso y concreto*, orientado prevalentemente a la garantía de los derechos, y el sistema de *control concentrado y abstracto*, orientado prevalentemente a controlar el texto de la ley.

a) *El control difuso*

El sistema de control difuso conoce su realización paradigmática en el Derecho norteamericano y responde justamente a la primera realización histórica de la justicia constitucional⁴. El temprano y firme reconocimiento de un valor jurídico supremo a la Constitución implicaba tanto su aptitud para ser usada por los jueces en la resolución de los casos concretos, cuanto su prevalencia sobre las leyes en caso de conflicto. De donde derivaba un corolario: el reconocimiento de un poder a los jueces para inaplicar las leyes y actos del poder contrarios a la Constitución. Es lo que se conoce como *judicial review*.

El reconocimiento de la supremacía constitucional (y consiguientemente de la justicia constitucional) se vincula a la idea de contrato social lockeano que postula una Constitución con dos objetivos: la creación de las instituciones y la garantía de los derechos. Es más, "para garantizar esos derechos se institu-

4. Sobre el origen y justificación de la *judicial review* vid., por ejemplo, BLANCO VALDÉS, R., *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, Alianza, Madrid, 1998; GARCÍA BELAUNDE, D. y F. FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.

yen entre los hombres los gobiernos”⁵. Cuoja así la idea de un poder constituyente encarnado en el pueblo, fuera y por encima de los órganos estatales, que decide y establece por sí mismo y para sí mismo un orden político determinado. La Constitución es, pues, el acto con el que el pueblo soberano delega libremente en los gobernantes, reservando para sí amplias zonas de libertad (los derechos). Precisamente porque instituye (y delega en) los órganos del Estado y regula su forma de proceder, la Constitución aparece como *lógicamente* superior a los mismos y *jurídicamente* superior a las demás normas, y su garantía (sobre todo la de los derechos) se confía al más neutro de los poderes: el Poder Judicial.

Tal vez nadie lo describió mejor que A. HAMILTON en *El Federalista*: “No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada contraria a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo. Por lo tanto ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo” (A. HAMILTON, 1780, cap. LXXVIII).

La *judicial review* se configura, pues, como un sistema de control de constitucionalidad orientado prevalentemente a la protección de los derechos constitucionales. Se trata de un control difuso y concreto. *Difuso* porque los derechos (que aquí se llaman “civiles”) pueden ser invocados ante cualquier juez (y en último término ante el Tribunal Supremo), que puede protegerlos frente a cualquier poder; incluido el legislativo. Y *concreto*

5. Esta es una de las “verdades” que los autores de *la Declaración de Independencia de los Estados Unidos* (1776) sostenían “por evidentes”.

porque se vincula a la resolución jurídica de un caso particular: la parte agraviada debe acreditar que la ley que estima inconstitucional resulta lesiva para sus intereses inmediatos y legítimos. Es, por tanto, un control *per incidens* que se ejerce para la tutela de los derechos en el caso de que se trate y que se resuelve en la inaplicación de la ley en ese caso, por tanto tiene sólo eficacia *inter partes*. Naturalmente todas las decisiones pueden ser revisadas a su vez por la Corte Suprema, y como sus precedentes tienen carácter vinculante puede decirse que es su doctrina la que delimita realmente el contenido de los derechos que la Constitución enuncia.

b) El control concentrado

Por su parte, el *control concentrado y abstracto* conoce su manifestación paradigmática en el modelo de justicia constitucional kelseniano que fuera inicialmente plasmado en la Constitución austríaca de 1920 y que tras la Segunda Gran Guerra se adoptaría en Europa. Frente al modelo norteamericano, donde la garantía de la Constitución (o de los derechos) se atribuye a la jurisdicción ordinaria, este otro sistema de control se configura como una jurisdicción *concentrada* en un único órgano *ad hoc* (el tribunal o corte constitucional) *separado* de la jurisdicción ordinaria y llamado a pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico-constitucionales, con total *abstracción* de los móviles e intereses políticos que subyacen a las leyes enjuiciadas y de los conflictos e intereses que subyacen a los concretos casos de aplicación de las mismas⁶.

6. Cfr. VOLPE, G., *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1977. Cfr. También PRIETO, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 77-78.

La opción de KELSEN por este sistema resulta comprensible si se considera el contexto jurídico-político de la Europa de los años veinte en el que se gesta. Un contexto marcado por la tensión política entre jueces y legislador que tendría su culminación dramática en la experiencia constitucional de la República de Weimar: el Parlamento democrático de Weimar terminó perdiendo todo su sentido ante un activismo judicial desbocado que eludía la aplicación de la ley bajo el argumento de su incompatibilidad con la Constitución. Por eso, hoy que tanto en América como en Europa se suele criticar a la justicia constitucional por su carácter antidemocrático (jueces que enmiendan la plana al legislador), merece destacarse que la justicia constitucional kelseniana, sin embargo, no nació "contra el legislador", sino "contra el juez", como un modo de fortalecer al legislador democrático⁷. Fue, justamente, la necesidad de conciliar la garantía de la Constitución y la libertad política del parlamento frente a los jueces lo que condujo a KELSEN a diferir el control de constitucionalidad a un órgano ajeno a la jurisdicción ordinaria y a encomendarle como única tarea un control abstracto del texto legislativo: la función del Tribunal se resume en un juicio de compatibilidad lógica entre texto constitucional y texto legislativo, adoptando, además, como exclusivo parámetro de constitucionalidad una Constitución de naturaleza formal concebida como regla procedimental y de organización, y no como generadora de problemas morales y sustantivos⁸. Si se quiere,

7. Acaso por esta idea de que el principio democrático arraiga con más fuerza si se sustrae a los jueces la posibilidad de separarse de la ley, la opción a favor de la jurisdicción concentrada —dice F. RUBIO— se produce en democracias débiles, "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional", en *REDC*, 35, 1992, p. 12.

8. Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del derecho* (1960), trad. de R. Vernengo, UNAM, México, 1986, pp. 232 y ss. Por lo demás, que la Constitución kelseniana

desde otra perspectiva, la función del Tribunal Constitucional *no es decir al legislador cuál es la mejor ley (la mejor política) desde el punto de vista constitucional*, sino tan sólo expulsar del ordenamiento aquéllas que resultan incompatibles con la Constitución, y de ahí su caracterización como *legislador negativo*.

La configuración del control concentrado admite a su vez dos variantes:

i) Control *a priori*:

El control se inserta en el propio proceso legislativo operando sobre la ley aprobada pero aún no promulgada; de manera que, una vez en vigor, la ley deviene intocable y los derechos judicialmente accionables son los que vienen (y tal como vienen) prefijados en ella. En suma, ante leyes vigentes, el principio de legalidad agota el control de juridicidad: no puede cuestionarse la legitimidad constitucional de las leyes o de su interpretación.

ii) Control *a posteriori*:

El control se efectúa sobre leyes vigentes. Por lo que es posible que leyes inconstitucionales (pero vigentes) desplieguen sus efectos en el ordenamiento entretanto no se declare su inconstitucionalidad por el órgano de control.

Los dos sistemas de control mencionados (el de jurisdicción difusa y el de jurisdicción concentrada) pueden considerarse modelos extremos, y actualmente puede apreciarse una tendencia hacia la unificación. Por una parte, porque en el sistema

tuviera naturaleza estrictamente formal y dejara anchos espacios a la política, es obvio que suponía un segundo y definitivo acto de reconocimiento al legislador.

de la *judicial review*, orientado prevalentemente a la garantía judicial de los derechos en el caso concreto, el Tribunal Supremo acaba siendo el juez de las grandes cuestiones constitucionales, al modo de los Tribunales Constitucionales europeos⁹. Por otra, porque en *los sistemas de jurisdicción concentrada y separada*, orientados al control del texto legal por el Juez constitucional, también los jueces realizan un control *per incidens* de la ley para la garantía de los derechos. Lo cual, por lo demás, parece lógico, pues si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más distintas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede sustraerse a la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas fórmulas de armonización a fin de evitar las tensiones¹⁰.

2. LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Esa tendencial unificación de los sistemas de control que acabamos de apuntar permite abordar de manera unitaria los

-
9. En adelante, para referirnos al juez de las grandes cuestiones constitucionales (se configure como un Tribunal Constitucional separado de la organización de la jurisdicción ordinaria, o como un Tribunal Supremo inserto en el esquema de la jurisdicción ordinaria) utilizaremos la expresión *Juez Constitucional*.
 10. Precisamente por ello hay quien sostiene que el Tribunal Constitucional “representa un residuo de otra época y de otra concepción de las cosas, en particular de aquella época y de aquella concepción (kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios”, PRIETO, L., “Neoconstitucionalismo y Ponderación”, en *Derecho y Proceso* (J.D. Moreno ed.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5 (2001), p. 205.

límites de la justicia constitucional y los problemas que se plantean, aun cuando cada concreto sistema presente peculiaridades. Estos límites son los que derivan de la distinción entre juicio de constitucionalidad y decisión política, de una parte, y juicio de constitucionalidad y jurisdicción ordinaria (o juicio de legalidad), de otra; distinciones que pueden ser trazadas como sigue.

(i) *Separación entre juicio de constitucionalidad y decisión política (democrática)*: la ley, por cuanto expresión de derechos políticos democráticos, tiene una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no puede incidir.

Aunque la Constitución se proyecta sobre el legislador y el resto de los poderes públicos, las relaciones entre Constitución y ley podrían, en línea de principio, configurarse o interpretarse conforme a dos modelos: modelo *constitucionalista* o *judicialista* y modelo *democrático* o *legalista*.

Según el primer modelo, la Constitución encierra un proyecto político bastante bien articulado o cerrado y al legislador le corresponde su simple ejecución. En otras palabras, la Constitución pretende determinar en gran medida *qué* debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias. Si este modelo puede denominarse *constitucionalista* es porque descansa en la idea de que la Constitución predetermina la solución a todos los conflictos, de modo que la ley sólo puede concebirse como una concreción de las abstractas previsiones constitucionales. Y si este modelo puede denominarse también *judicialista* es porque en él son los jueces quienes terminan desempeñando un papel fundamental en la determinación de las normas que deben configurar el sistema en cada momento: sobre todo el Juez constitucional, a la hora de controlar la constitucionalidad de la ley; pero también los

jueces ordinarios, que pueden aplicar la Constitución en detrimento de la ley si fuera necesario.

De acuerdo con el segundo modelo, la Constitución se limita a fijar las reglas de juego de la competencia política, pero sin pretender participar directamente en el mismo. En otras palabras, la Constitución sólo determina quién manda, cómo manda y, en parte, *hasta dónde* puede mandar. *Qué* haya de mandarse es algo que, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador. Si este modelo puede denominarse *democrático* es porque se basa en la idea de que la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos, sino que señala tan sólo las reglas de juego y el marco abierto de valores donde el legislador puede moverse: dentro de este marco caben opciones políticas de muy distinto signo. Y si este modelo puede denominarse también *legalista* es porque en él es el poder político en cada momento quien se encarga de hacer realidad lo que en la Constitución sólo aparece como posible; o sea, es el legislador democrático quien determina qué normas presiden un sistema político histórico-concreto, de manera que el juez ordinario viene sujeto al principio de legalidad y el Juez constitucional sólo debe declarar inconstitucional la ley cuando ésta rebase el marco de posibilidades políticas que la Constitución permite¹¹.

La dignidad democrática de la ley exige optar por el segundo modelo, pues si se opta por el primero acaso pueda tenerse un sistema más jurídico, pero menos democrático. Insistimos, pues, en lo que más arriba se afirmó: la ley, por cuanto expre-

11. Vid. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, cit., pp. 150-152; FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, cit., pp. 55 y ss.

sión de derechos políticos democráticos, sigue teniendo en los sistemas constitucionales una autónoma razón de ser, de donde deriva una consecuencia clara para la configuración de las competencias de la jurisdicción constitucional: la separación rigurosa entre las cuestiones políticas y las de constitucionalidad. La función del Juez constitucional no es sustituir al Parlamento, que goza de una innegable libertad política; *no es, por tanto, la de fijar la "mejor" ley desde la perspectiva constitucional, sino tan sólo eliminar aquellas que resulten intolerables*. Por ello, en su tarea de controlar la constitucionalidad de la ley, el Juez no debe entrar a valorar los móviles políticos que impulsaron al legislador y mucho menos sugerir o directamente imponer a éste una opción política determinada. En pocas palabras, *el Tribunal Constitucional no debe influir en la dirección política del país*.

(ii) *Separación entre juicio de constitucionalidad y juicio de legalidad*: la jurisdicción ordinaria tiene, frente a la constitucional, una autónoma razón de ser y un ámbito propio, en el que el juicio de constitucionalidad no puede incidir.

La afirmación anterior cobra especialmente sentido en los sistemas de jurisdicción separada en los que se reconoce a los Tribunales constitucionales un control (por ejemplo, a través del amparo) sobre los actos judiciales, y significa que con ocasión de este control el Tribunal no puede revisar el modo en que los jueces interpretan y aplican la ley en los casos concretos, en la medida en que no vengán vulnerados derechos constitucionales. En otras palabras, lo que se sostiene es que la función del Tribunal no consiste en revisar el mayor o menor acierto de la aplicación del Derecho efectuada por los jueces, sino sólo su adecuación al texto constitucional; si se quiere, *no consiste en fijar la "mejor" interpretación de la ley, sino sólo en rechazar aquellas que resulten incompatibles con la Constitu-*

ción, de manera que la interpretación judicial de la ley debe ser preservada cuando no sea incompatible con la Constitución, y en caso de que sean varias las interpretaciones de la ley constitucionalmente conformes, no debe imponer la que estime *mejor*.

En resumen, la justicia constitucional presupone la separación entre el *juicio de constitucionalidad* de las leyes o de otros actos de poder, que compete al Juez constitucional, la *decisión política* expresada en la ley, que es competencia del legislador democrático, y el *juicio de legalidad*, que compete a la jurisdicción ordinaria. Esta separación obliga al Juez constitucional a realizar un esfuerzo autoinhibitorio a fin de no transformarse en un legislador positivo ni en un Tribunal Supremo. Sin embargo, no siempre resulta fácil mantenerse fiel a estos propósitos.

Las dificultades existentes para mantener estas separaciones pueden examinarse al hilo de dos particularidades de la interpretación en los sistemas constitucionales: el principio de interpretación conforme, que se impone en todas las instancias, y el juicio de ponderación, que constituye el criterio para dirimir las antinomias entre principios constitucionales. Y es que aunque la intromisión de la justicia constitucional en el ámbito de la política viene propiciada, algunas veces, por la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes cláusulas abiertas y principios materiales de justicia cuya interpretación es notablemente discrecional, otras veces es el principio de interpretación conforme el que da pie a esa intromisión: así, cuando el juez ordinario, en su papel de guardián (también) de la Constitución y so pretexto de la interpretación de la ley conforme a la Constitución, "retuerce" intolerablemente su sentido; pero también (y sobre todo) cuando el Juez constitucional, sobre la base de este mismo principio, dicta un pronunciamiento "manipulativo" que arrebató al legislador sus

funciones políticas. Por su parte, la intromisión de la justicia constitucional en el ámbito de la jurisdicción ordinaria tiene lugar sobre todo cuando, con ocasión de controlar el juicio de ponderación expresado en una decisión judicial, el Juez constitucional pondera directamente.

3. INTERPRETACIÓN CONFORME Y SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

3.1. El principio de interpretación conforme

Enjuiciar la constitucionalidad de una norma consiste en evaluar si es compatible con la Constitución. Tanto la Constitución como el resto de las normas se expresan a través de textos o disposiciones normativas que deben ser interpretadas, por lo que el juicio de constitucionalidad requiere una doble y previa interpretación: una interpretación del precepto normativo controlado y una interpretación de los preceptos constitucionales que operan como parámetros de control. Como en línea de principio cabe hacer distintas interpretaciones de una disposición jurídica, sin que todas ellas resulten constitucionales, se habla de *interpretación conforme* a la Constitución (la *verfassungskonforme Auslegung* de la doctrina alemana¹²) cuando se interpreta un texto normativo de manera que se muestre compatible (o conforme) con la Constitución. La interpretación conforme se enmarca así en el ámbito de las interpretaciones

12. Sobre el principio de interpretación conforme, cfr., para la doctrina alemana, ZIPPELIUS, R., “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen”, en el volumen colectivo *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tubinga, Mohr, 1976, Vol. II.; para la doctrina española, cfr. J. JIMÉNEZ CAMPO, “Interpretación conforme a la Constitución”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995.

plausibles de un texto normativo, discriminando entre aquellas que resultan compatibles con la Constitución y aquellas que no lo son. Pero —nótese—, entre las *interpretaciones plausibles* de la ley; esto es, las que no sean incompatibles con su semántica, en conjunción obviamente con la sintaxis y la pragmática. Cuando so pretexto de la interpretación conforme el juez (constitucional u ordinario) “retuerza” intolerablemente el sentido de la ley estará ejerciendo, simple y llanamente, funciones políticas.

Ahora bien, la interpretación conforme —según suele concebirse— no traduce un simple criterio *de* interpretación de los textos jurídicos, análogo a los criterios de interpretación literal, histórica, teleológica, etc., sino una auténtica *regla sobre* la interpretación que establece cómo hay que interpretarlos; en concreto, establece que, de entre las varias interpretaciones plausibles de un precepto, sólo son legítimas aquéllas que se acomoden a las exigencias de la Constitución. La interpretación conforme se configura, pues, como una regla de interpretación sistemática que entiende la Constitución como contexto *obligado* para la interpretación de cualquier texto jurídico, y es un instrumento para prevenir o evitar antinomias.

La obligatoriedad de dicha regla se vincula al *principio de constitucionalidad* o de primacía constitucional: en la medida en que la Constitución es la norma jurídica suprema que confiere unidad al ordenamiento, parece razonable afirmar que toda norma debe interpretarse de conformidad con ella. Por eso, el principio de interpretación conforme a la Constitución —que es una manifestación particular del principio, más general, que establece la obligatoriedad de interpretar las normas de conformidad con otras de mayor rango jerárquico— es el *criterio hermenéutico* que debe orientar la interpretación del ordenamiento en todo caso; o sea, se impone a *todos* los aplicadores del Derecho (órganos administrativos y, sobre todo, jueces y

tribunales integrados en la jurisdicción ordinaria). Pero, además, la técnica de la interpretación conforme se vincula a los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, configurando su anulación como remedio extremo. Más exactamente, la interpretación conforme es usada por el Juez Constitucional (a veces de modo casi acrobático) para *evitar la declaración de inconstitucionalidad de las leyes*. Así sucede en las llamadas sentencias interpretativas y sentencias manipulativas.

3.2. Las sentencias interpretativas

Las sentencias interpretativas son el resultado de actuar según el *principio de conservación de las leyes* (*rectius*: de los textos o disposiciones legales), directamente relacionado con la interpretación conforme. En virtud de dicho principio —y para evitar los vacíos normativos que se seguirían de la eventual declaración de inconstitucionalidad de las leyes— un precepto legal sólo debe ser declarado inconstitucional cuando no admita una interpretación conforme a la Constitución, de manera que ha de conservarse en la medida en que sea susceptible de una interpretación constitucionalmente adecuada. De acuerdo con esto, pueden definirse las sentencias interpretativas como aquellas que no anulan el texto de la ley en la medida en que admita alguna interpretación conforme a la Constitución. Se conjugan, así, la primacía de la Constitución y la conservación de las leyes.

En palabras del Tribunal Constitucional español, son sentencias interpretativas “aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad del precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Juez Constitucional considere adecuado, o no se interprete en el sentido que considere inadecuado”.

Lo que con ello se señala es que existen otras posibilidades de interpretar la ley, diferentes de la rechazada, y que de acuerdo con esas otras interpretaciones *plausibles* —que la sentencia proporciona— la ley resulta compatible con la Constitución¹³. Dichas sentencias son, pues, el resultado de un esfuerzo interpretativo para evitar la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal impugnado.

Las sentencias interpretativas son formalmente desestimatorias de la demanda de inconstitucionalidad, pero *sustancialmente estimatorias* de la misma. Esto es así porque en ellas se determina, o bien qué interpretaciones son legítimas desde la perspectiva constitucional (por ejemplo, diciendo que un precepto no es inconstitucional “interpretado en los términos...” o que “sí se ajusta a la Constitución interpretado en el sentido...”), o bien cuáles deben rechazarse (por ejemplo, diciendo que un precepto “es inconstitucional interpretado como...”, o que “no puede ser interpretado en el sentido...”), y de este modo se delimitan (en el primer caso) o se señalan (en el segundo) las interpretaciones de la ley constitucionalmente inaceptables; es decir, se circunscriben las posibilidades interpretativas del precepto legal impugnado o cuestionado. Ahora bien, al imponer u orientar la elección entre las varias interpretaciones plausibles de la ley, el Juez constitucional desempeña una función más propia de un Tribunal Supremo y no exenta en muchos casos de polémica, por el riesgo que entraña de invasión de las competencias de la jurisdicción ordinaria. Y es que, en efecto, so pretexto de la interpretación conforme a la Constitución, el Juez

13. Un tratamiento completo sobre las distintas manifestaciones de las sentencias interpretativas puede verse en DÍAZ REVORIO, F. Javier, *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2003.

constitucional podría imponer la (a su juicio) *mejor interpretación* de la ley en detrimento de otras igualmente constitucionales. Pero de este modo dejaría sin efecto la necesaria libertad interpretativa que se atribuye a los órganos de la jurisdicción ordinaria como parte esencial de la independencia judicial.

En conclusión, los límites que separan la *interpretación conforme* de la *mejor interpretación* resultan a veces lábiles e imprecisos. Por eso, el principio de interpretación conforme, que está en la base de los pronunciamientos interpretativos, constituye una técnica de delicado manejo cuyo uso debe estar guiado por un permanente ejercicio de *self-restraint* a fin de no invadir competencias de la jurisdicción ordinaria.

Por lo demás, es evidente que el recurso a las sentencias interpretativas entraña otro riesgo. Con la excusa de la interpretación conforme, el Juez constitucional podría imponer una interpretación de la ley que claramente no se deduce de su texto según los cánones interpretativos tradicionales. Se traspasarían así los límites de la interpretación conforme (que vienen marcados por las interpretaciones *plausibles* de la ley) para realizar una simple alteración judicial del ordenamiento invadiendo el ámbito que la Constitución reserva al legislador. Así sucede en las llamadas sentencias manipulativas.

4. SENTENCIAS MANIPULATIVAS Y OTRAS "FRICCIONES" CON EL LEGISLADOR

4.1. Las sentencias manipulativas

Cuando ninguna de las interpretaciones plausibles del precepto legal impugnado permite mantener su constitucionalidad (como sucede en las sentencias interpretativas) y no obstante

no se considera adecuado o conveniente anular ese precepto, el Juez constitucional puede “salvar” su constitucionalidad de dos modos: (i) *manipulando el texto* de la ley para provocar una interpretación constitucional del mismo (por ejemplo, anulando un inciso o una o varias palabras del texto a fin de cambiar su sentido); o bien (ii) *manipulando directamente su interpretación*; más exactamente, forzando las posibilidades interpretativas del texto (si se quiere, haciendo una interpretación *contra legem*) a fin de que resulte compatible con la Constitución. Aunque en ambos casos se producen manipulaciones de la ley (sea de su texto, sea de su interpretación), suele reservarse la expresión *sentencias manipulativas* —acuñada por la doctrina italiana¹⁴— para el segundo supuesto; es decir, para los casos en que el Juez constitucional manipula directamente la interpretación de la ley.

Así caracterizadas, las sentencias manipulativas son, en realidad, un caso particular de pronunciamientos interpretativos, pues a través de ellas se excluye cierta interpretación y se impone otra. La interpretación aquí puede recaer, bien sobre el *programa normativo* del precepto (sentencias sustitutivas), o bien sobre su *ámbito de aplicación*, que tras la interpretación resulta reducido (en cuyo caso se habla de sentencias reductoras) o ampliado (en cuyo caso se habla de sentencias aditivas).

Las sentencias *sustitutivas* consisten en sustituir una interpretación plausible, pero inconstitucional, del precepto legal impugnado por otra que claramente no se deriva del mismo pero que resulta acorde con la Constitución.

14. Cfr. PIZZORUSSO, A., “Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano”, en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, Vol. I; y ZAGREBELSKY, G., *La Giustizia Costituzionale*, cit., pp. 296 y ss.

Las sentencias *reductoras* —también denominadas de *estimación parcial* de la inconstitucionalidad— consisten en hacer una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado a fin de “conformarlo a” la Constitución: tras la interpretación, la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal.

Un ejemplo de sentencia *reductora* del Tribunal Constitucional español es la 5/81, dictada a propósito de la impugnación de los artículos 34.3 b y 34.2 de la LOECE, que establecen un determinado régimen para los centros educativos. El Tribunal estimó que estos preceptos son inconstitucionales en cuanto se refieren a “centros sostenidos por la Administración con fondos públicos”; no lo son en cuanto se refieran a “centros privados no sostenidos con fondos públicos”. De manera que, tras la interpretación, la norma legislativa sólo se considera aplicable a los centros privados no financiados con fondos públicos.

Las sentencias *aditivas* consisten en hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado a fin de “conformarlo a” la Constitución: tras la interpretación, la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal.

En los tres casos podría decirse que, en la medida en que en un afán de conservación de la ley se traspasa el ámbito de interpretaciones plausibles de la misma, el Juez constitucional rebasa los límites de la interpretación conforme arrogándose competencias del Poder Legislativo. Pero esta actuación “paralegislativa” es particularmente notoria en las sentencias aditivas.

Las sentencias aditivas suponen el reconocimiento de la *inconstitucionalidad por omisión*: censuran el precepto legal impugnado o cuestionado no por lo que dice, sino por lo que no dice; o sea, “en la medida en que no prevé” algo. Más exacta-

mente, una sentencia aditiva estima inconstitucional la omisión de regulación expresa de un determinado supuesto de hecho; por ejemplo, la falta de atribución de un derecho, ventaja o beneficio a una clase de sujetos. Para reparar la inconstitucionalidad de esa omisión legislativa, la sentencia "añade", por vía interpretativa, esa regulación que falta. Por ello podría definirse una sentencia aditiva como aquélla que extiende la aplicación de un precepto legislativo a un supuesto de hecho no previsto en el mismo pero sin el cual sería inconstitucional. Lo que suele perseguirse con esta actuación es garantizar *el principio de igualdad*, presuntamente vulnerado por una interpretación "no expansiva", sino estricta, del precepto¹⁵. Pero está claro que en estos casos el Juez constitucional también podría salvar la igualdad simplemente anulando el texto legal. Si en vez de eso opta por hacerlo extensible al grupo discriminado (sentencia aditiva) es porque considera que la simple *anulación del precepto in toto puede ocasionar perjuicios inmediatos* para aquellos a quienes el precepto otorga derechos.

Son ejemplos de sentencias aditivas del Tribunal Constitucional español la 116/1987, que extiende el régimen jurídico establecido para los militares republicanos que ingresaron en el ejército antes del 18 de julio de 1936 a los que lo hicieron con posterioridad; y la 222/92, que hace extensible a quien hubiere convivido de modo marital el beneficio de la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento de una vivienda que la ley concedía al cónyuge supérstite; es decir, extiende a las parejas de hecho (*more uxorio*) los derechos que la ley concede a los matrimonios.

15. En efecto, suele haber cierta proclividad a las sentencias aditivas cuando está en juego el principio de igualdad, cfr. ELIA, L., "Constitucionalismo cooperativo, Racionalidad y Sentencias Aditivas", en *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 77 y ss.

Aun cuando esta clase de sentencias se dictan porque no se considera adecuado o conveniente anular el precepto legal impugnado, es evidente que, al extender el campo de aplicación de la ley, el Juez constitucional actúa como un auténtico *legislador positivo*, pues “crea” una norma nueva que es ley para los aplicadores del Derecho pero que no ha sido querida o establecida por el legislador. Ahora bien, esta actuación puede llegar a ser recusable. Primero, y sobre todo, porque al actuar así el Juez constitucional arrebató al legislador competencias que le son propias. Segundo, y no menos importante, porque se puede originar una situación de inseguridad jurídica de consecuencias probablemente no previstas ni queridas por esa interpretación constitucional. En efecto, puesto que los derechos que la sentencia reconoce al grupo de sujetos discriminados no existían hasta ahora, falta también la regulación de su ejercicio y las previsiones económicas que muchas veces son necesarias para su satisfacción. Esta regulación es necesaria para evitar que el ejercicio de los derechos se desborde más allá de lo previsto y querido por esa interpretación constitucional, pero el Juez constitucional no puede hacerla. Si puede decirse así, el Juez constitucional es un órgano “torpe” para legislar positivamente, pues no puede —o no con la precisión y previsión que lo haría el legislador— establecer el régimen jurídico que permitiera limitar y acotar el ejercicio de los derechos reconocidos en la sentencia.

Las sentencias manipulativas en general, y las aditivas en particular, *sólo parecen admisibles cuando “crean” o “introducen” normas constitucionalmente exigidas*¹⁶; o sea, cuando la nueva norma que deriva de la sentencia obedezca a la necesidad de proteger algún bien o valor constitucional y, además, no

16. Cfr. ZAGREBELSKY, G., *La Giustizia Costituzionale*, cit., p. 304.

exista otra forma de hacerlo que la establecida precisamente en la sentencia: en estos casos resulta indiferente que esa integración legislativa la lleve a cabo el Juez constitucional o el legislador. Por el contrario, cuando falta alguno de estos requisitos, y en particular cuando existen varias posibilidades legislativas para eliminar la inconstitucionalidad, la interpretación en que consiste la sentencia manipulativa es una forma de arrebatarse al legislador su libertad de configuración normativa. Por lo demás, los problemas que las sentencias manipulativas plantean cuando las normas que introducen no son exigidas podrían solventarse dictando una sentencia de *mera inconstitucionalidad* (o de *inconstitucionalidad sin nulidad*), mediante la cual se declara la inconstitucionalidad de la ley pero no se anula ésta, sino que se emplaza al legislador a reparar la situación de inconstitucionalidad por vía legislativa, y en la que el propio Juez constitucional podría incluir una serie de directrices provisionales, válidas en tanto no se dicte la nueva ley. Actuando de este modo, se respeta, por así decirlo, el principio "a cada uno lo suyo": el Juez constitucional declara la inconstitucionalidad de la ley (que es su función); y la producción de la nueva norma se deriva al legislador (que es el órgano competente).

En suma, los pronunciamientos manipulativos revisten un particular interés, pues dan la medida de cuánto cambia un ordenamiento jurídico por vía del control de constitucionalidad. Pero se trata de una técnica muy cuestionable, pues no es precisamente la expresión de un *self-restraint* del Juez constitucional; antes, al contrario, a través de estos pronunciamientos éste sobrepasa los límites de la interpretación conforme suplantando lisa y llanamente al legislador¹⁷. En esta medida, las sentencias

17. Cfr. RUBIO, F., "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22 (1988).

manipulativas violentan el principio de separación de poderes en el que se asienta todo el edificio constitucional. Sólo pueden ser aplaudidas por quienes ven en ellas una forma rápida de acomodar a los valores constitucionales ordenamientos inspirados en principios bien distintos.

4.2. Otras formas de influencia política de la justicia constitucional

De todas formas, más allá de los cuestionables pronunciamientos manipulativos e interpretativos, la intromisión de la justicia constitucional en cuestiones políticas es, muchas veces, consecuencia de (o puede venir propiciada por) la indeterminación del propio texto constitucional, en el que son frecuentes las cláusulas abiertas o de fuerte contenido valorativo¹⁸.

En efecto, cuando los preceptos constitucionales implicados en una cuestión de constitucionalidad están altamente formalizados, su interpretación no ofrece demasiados problemas. Sin embargo, las Constituciones actuales contienen muchos preceptos que padecen una escasa formalización; es más, muchos de ellos constituyen la positivación de principios y juicios de valor, de manera que su significado está altamente indeterminado. Esta indeterminación hace que el juicio de constitucionalidad de la ley sea notablemente discrecional. En algunos casos tan discrecional, que pareciera que el Juez

18. Precisamente la visión de estos peligros explica el enérgico rechazo de KELSEN a las normas constitucionales más o menos vagas o ambiguas; cfr. *La garantía jurídica de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de J. RUIZ MANERO, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988.

constitucional viene irremediablemente abocado a convertirse en un sujeto político.

La indeterminación constitucional está detrás de algunas actuaciones políticas del Juez constitucional, que, o bien contienen recomendaciones al legislador, o bien fijan de manera discutible el significado de un concepto esencialmente controvertido. En algunos casos, en efecto, ante la duda sobre el significado de la Constitución en un determinado punto, y ante la duda por tanto sobre si la ley cuestionada respeta el ámbito de posibilidades políticas permitidas por la Constitución, el Tribunal declara la constitucionalidad de la ley, pero acompaña a su declaración una *recomendación al legislador* a fin de que en el futuro reforme la ley ajustándola a la *mejor interpretación* de la Constitución que establece la sentencia. Es evidente la carga de autoridad que acompaña a esta recomendación, por lo que es muy probable que el legislador termine atendiendo esa sugerencia y reformando la ley.

Un ejemplo de este tipo de pronunciamientos en el Derecho español lo constituye la STC 108/1986. Se impugnaba la ley que preveía la elección parlamentaria de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, y el Tribunal Constitucional entendió que ese sistema de elección no era contrario a la Constitución, por lo que no procedía declarar su inconstitucionalidad; pero al propio tiempo indicaba que un sistema alternativo (en el que en la elección de los vocales participasen el Parlamento y el Poder Judicial) sería "más conforme" a la Constitución.

Además, cuando la indeterminación tiene que ver con principios o valores constitucionales cuya interpretación es socialmente controvertida (como el derecho a la vida en los casos de eutanasia, aborto, transfusiones de sangre, etc.), es posible no ya que el juez constitucional haga una recomendación al le-

gislador, sino que *fije directamente* (de manera "intolerable", desde la perspectiva del principio democrático) el significado de esos principios o valores.

En todo caso, el problema de la indeterminación constitucional tal vez podría salvarse sin necesidad de que el Juez constitucional desempeñe funciones políticas. En concreto, como en una *cuestión constitucional esencialmente controvertida*, es muy posible que las dos partes enfrentadas (la mayoría creadora de la ley y la minoría que impugna la ley) esgriman argumentos atendibles, el Tribunal podría adoptar una *solución intermedia*, consistente en declarar válida la ley pero *dejando abierta la reversibilidad de su decisión*: por si surgieran nuevos datos (por ejemplo, acerca de las valoraciones sociales dominantes a propósito de valores constitucionales controvertidos) que ayuden a esclarecer la cuestión, o por si cambiaran las valoraciones sociales. Se trata, pues, de que, por razones democráticas y habida cuenta la duda, es preferible diferir la cuestión al criterio de la mayoría: o sea, declarar válida la ley (por el momento), pero reconociendo que los argumentos que invocó la minoría tienen peso suficiente como para dudar. Si se quiere, se trata de atribuir al Juez constitucional la función de "árbitro" de las cuestiones constitucionales esencialmente controvertidas, estableciendo simplemente los puntos a partir de los cuales las partes políticas enfrentadas deben discutir para alcanzar un acuerdo que bien pudiera desembocar en la sustitución de la vieja ley por otra nueva.

Por lo demás, cuando la inconstitucionalidad de una ley no plantee dudas, pero su declaración pudiera ser políticamente desaconsejable (por ejemplo, por el escándalo que pudiera causar por estimarse que la sociedad no está aún preparada para la interpretación de la Constitución que deriva de la sentencia) y su simple confirmación (o sea la simple declaración de que es

constitucional) pudiera verse como legitimadora de la ley, tal vez lo más aconsejable fuera también una de estas sentencias "arbitrales" en las que se declara constitucional la ley pero, al reconocer un peso fuerte a las razones esgrimidas por quienes la impugnan, se anima a las fuerzas políticas y sociales a debatir para alcanzar un acuerdo que bien pudiera desembocar en la sustitución de la vieja ley por otra nueva¹⁹.

4.3. Argumentos contra el control de constitucionalidad

En los últimos años ha vuelto a cobrar actualidad, tanto en América como en Europa, el viejo debate sobre la legitimidad de la justicia constitucional. Algunos de los argumentos que se esgrimen en su contra traen causa del gran poder discrecional (y por tanto "político") que ejerce el juez constitucional, sobre todo cuando las cuestiones de constitucionalidad afectan a conceptos esencialmente controvertidos, y las comentadas actuaciones políticas de la justicia constitucional no han hecho sino reforzarlos. Pero otros argumentos van directamente contra la propia idea de supremacía constitucional y se sustentan en la tesis de que *las generaciones pasadas no pueden vincular a las generaciones futuras*. Esta es la objeción fundamental a la que se enfrenta la justicia constitucional, que en los Estados Unidos se verbaliza con la expresión, acuñada por Alexander BICKEL, de la *dificultad contra-mayoritaria*²⁰.

19. Vid. sobre estos planteamientos FERRERES, V., *Justicia constitucional y Democracia*, CEC, Madrid, 1997.

20. BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale Univ. Press, New Haven, 1962.

Los dos tipos de argumentos están conectados, pues esta segunda objeción es tanto más importante cuanto mayor sea el grado de discrecionalidad que permita el tipo de Constitución de que se trate; es decir, cuanto mayores dudas interpretativas planteen el texto constitucional. Por eso, Constituciones cargadas de normas controvertibles en esencia propician más la discrecionalidad y hacen por tanto más grave la objeción antidemocrática. Si una ley que regule la eutanasia es invalidada por el Tribunal Constitucional por vulnerar el derecho a la vida que la Constitución protege, tendría sentido preguntar quién es el Tribunal Constitucional para imponer su interpretación del derecho a la vida por encima de la que ha hecho el legislador democrático. En cambio, no habría lugar a cuestionar la actuación del Tribunal Constitucional si este invalidara una ley que estableciese la pena de muerte para determinados supuestos; sencillamente porque la interpretación del precepto constitucional que proscribía la pena de muerte no plantea ninguna duda, y frente a ello no cabe el argumento democrático: el Tribunal Constitucional simplemente ejecuta la Constitución en un supuesto clarísimo.

Justamente como respuesta a la dificultad contramayoritaria se ha propuesto la *tesis de la Constitución procedimental*²¹, o más exactamente, de la *lectura procedimental* de la Constitución. La idea que la sustenta puede resumirse como sigue. En un mundo pluralista (en valores) y con un cierto relativismo ético no puede entenderse que la Constitución impone valores objetivos indiscutibles, porque el único valor fundamental es la

21. ELY, J.H., es el principal exponente de esta tesis. Vid. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1980.

igualdad de todos los hombres, que en el plano de las decisiones colectivas se traduce en la *democracia*, es decir, en la participación de todos en pie de igualdad en las decisiones colectivas. Brevemente, la Constitución no impone resultados políticos legítimos, sino que tan sólo instaaura un proceso legítimo (la democracia) para la adopción de decisiones políticas. Se postula, pues, una lectura democrática (en sentido estricto, procedimental) de todas las disposiciones constitucionales: algunas (la mayoría) se ocupan directamente de establecer cuáles son los órganos y los procedimientos de decisión; otras (las relativas a derechos) tienen como objeto establecer las condiciones que garanticen la igual participación de todos en el proceso democrático. De ahí se deriva una *concepción restrictiva de la justicia constitucional*, según la cuál ésta debe limitarse a mantener abiertos los canales de la participación; o sea, sin condicionar la decisión última. En otras palabras, la justicia constitucional debe limitarse a velar porque en el proceso político se respeten todas sus condiciones de legitimidad, lo que conduciría a controlar exclusivamente el respeto de la igualdad y de los derechos políticos, por ser los que constituyen la esencia de la participación y debate democrático.

Esta tesis, sin embargo, resulta objetable, pues es discutible que el respeto de los derechos políticos agote las garantías de participación democrática en pie de igualdad. Por ejemplo, parece claro que la libertad de expresión formaría parte del ámbito de control constitucional, porque se pone al servicio de la democracia; pero ¿y los derechos sociales? Si se responde negativamente estaría olvidándose que los derechos sociales pueden interpretarse también como garantías de ese "mínimo vital" sin el cual la libertad (o la participación libre y sin restricciones) no puede realizarse efectivamente. Pero si se atiende a esta última consideración y se responde afirmativamente ya te-

nemos un Juez constitucional interfiriendo en la política económica y social del país²².

5. EL JUICIO DE PONDERACIÓN

La otra gran particularidad de la interpretación en los sistemas constitucionales de nuestro tiempo tiene que ver también con el fuerte contenido material de nuestras Constituciones, o si se quiere, con la indeterminación de la Constitución, indeterminación que se manifiesta de modo particular cuando se producen colisiones entre preceptos constitucionales, especialmente frecuentes en materia de derechos y libertades. Nos referimos al juicio de ponderación.

5.1. Los conflictos entre normas constitucionales y la ponderación

Hemos visto cómo uno de los rasgos definitorios de las Constituciones de nuestro tiempo es su *rematerialización*, lo que significa que, más allá de regular la organización del poder (o sea, de establecer quién y cómo se manda), reconocen directamente un catálogo de principios de justicia, directrices y derechos fundamentales directamente exigibles (o sea, indican a los poderes públicos qué es lo que no pueden hacer y muchas veces también qué es lo que deben hacer). En la medida en que tales Constituciones pretenden regir la convivencia en una so-

22. Sobre ello ha llamado la atención NINO, C.S., “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4 (1989).

ciudad plural —no en vano se habla de las Constituciones “del pluralismo”— ese conjunto de normas materiales reflejan la pluralidad de valores y concepciones de justicia que están presentes en la sociedad. Se reconoce la libertad de expresión, pero también el derecho al honor; la libertad de información, pero también el derecho a la intimidad; el valor de la libertad, pero también el de la igualdad; se reconoce el Estado social, pero también el Estado liberal; el derecho de propiedad, pero también su “función social”, o la tutela del medio ambiente, o la promoción del bienestar general, o el derecho a la vivienda, o a la educación; se reconoce la libertad de empresa, pero también el derecho al trabajo; el derecho de manifestación y el de huelga, pero también el orden público; el derecho a la tutela judicial, pero también la seguridad jurídica o la celeridad en la administración de justicia, etc.

Es evidente que entre todas estas normas no se advierte ninguna contradicción en abstracto, pero pueden generarse conflictos en los supuestos concretos. Desde la perspectiva de la jurisdicción constitucional, los conflictos se presentan cuando se confrontan el bien o valor constitucional protegido por la norma o medida pública que se enjuicia y otro bien o valor constitucional. Desde la perspectiva de la jurisdicción ordinaria, los conflictos se presentan cuando en el enjuiciamiento de un caso concreto resultan relevantes *al mismo tiempo* dos bienes o valores constitucionales: el protegido por una norma o una decisión pública aplicable a ese caso (por ejemplo, el derecho al honor protegido por la norma penal que tipifica las injurias), y otro bien o valor constitucional que también se considera relevante para enjuiciar el caso (por ejemplo, la libertad de expresión). Los supuestos de posible confrontación son múltiples. Así, por ejemplo, cabe una colisión entre la libertad personal y la seguridad pública; o entre el derecho de manifestación y el orden

público; o entre la estabilidad económica y la libertad de empresa; o entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación; o entre la vida y la libertad del titular de la misma, etc.

Pues bien, aunque consideradas individualmente la mayoría de esas normas constitucionales son como cualquier otra norma, cuando entran en conflicto operan como los principios.

No vamos a volver de nuevo sobre la caracterización de los principios frente a las reglas, que ya fue hecha en el tema 6. Procede simplemente recordar ahora el diferente modo de resolver los conflictos cuando éstos se producen entre reglas y cuando se producen entre principios. La diferencia puede representarse así: cuando dos reglas entran en conflicto ello significa que, o bien una de ellas no es válida, o bien opera como excepción permanente a la otra (criterio de especialidad). Cuando, por el contrario, la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial pueda triunfar uno sobre otro²³.

En efecto, cuando existe un conflicto entre normas constitucionales que propician soluciones distintas y contrastantes para el caso de que se trate, por ejemplo entre la tutela del honor y la libertad de expresión, éste no puede resolverse de acuerdo con los tradicionales criterios de resolución de antinomias (o sea, mediante la declaración de invalidez de una ellas o considerando que una constituye una excepción permanente a la otra), pues la Constitución no establece un sistema de priori-

23. Recordemos que esta es la caracterización que hace ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 81 y ss.

dades absolutas entre estas normas. Es más, podría decirse que todas ellas gozan, por así decirlo, de la misma "dignidad constitucional" y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las otras. Las normas (o principios) constitucionales son simultáneamente válidas y, por ello, cuando entran en conflicto se configuran como *mandatos de optimización*, es decir como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en función de las posibilidades fácticas, que vienen dadas por las propiedades que configuran los casos. Por eso las colisiones entre estas normas se superan mediante lo que ha dado en llamarse *juicio de ponderación*, consistente, a *grosso modo*, en considerar o evaluar el peso o la importancia de cada una de ellas en el caso que se juzga tratando de buscar una solución armonizadora; una solución que, en definitiva, optimice su realización en ese supuesto concreto.

Ahora bien, es verdad que en algunos casos la ponderación puede conducir a adoptar una solución realmente armonizadora o conciliadora de los intereses, normas o principios en tensión; una *praktische konkordanz*, por usar la significativa expresión alemana.

Así, por ejemplo, el juez que examina el acto administrativo que prohíbe una manifestación dispone de tres posibilidades de decisión: 1) confirmar el acto y con ello la prohibición; 2) declarar la procedencia de la manifestación en los términos solicitados; o 3) establecer unas condiciones de ejercicio de la manifestación que intenten preservar al mismo tiempo el derecho fundamental y la protección del orden público.

Pero también es verdad que en muchos otros supuestos (la mayoría), esa solución armonizadora o conciliadora no es posible y el resultado de la ponderación consiste necesariamen-

te en otorgar preferencia a uno de los principios en pugna²⁴. Precisamente por ello, suele decirse muchas veces que mediante la ponderación se da valor decisorio al principio que en el caso concreto tenga un peso mayor. Pero hay que insistir, *en el caso concreto*. Con la ponderación no se logra una respuesta válida para todo supuesto, sino que sólo se establece un orden de preferencia relativo al caso enjuiciado, que, por tanto, no excluye una solución diferente para otro caso.

Es importante observar que la ponderación, por cuanto búsqueda de una solución armonizadora de la importancia de los principios en el caso concreto, estimula la argumentación moral, o en todo caso un tipo de argumentación abierta a valoraciones, por lo que es una operación notablemente discrecional: personas razonables pueden discrepar sobre su resultado. No en vano suele aludirse a ella como juicio de *razonabilidad*. Ello no significa desde luego que estemos ante una tarea esencialmente arbitraria y sin sujeción a reglas, pues es cierto que por vía jurisprudencial o doctrinal se pueden crear *condiciones de prioridad* en abstracto (bajo qué condiciones un principio prevalece sobre otro), *prioridades prima facie* (reglas sobre la carga de la prueba: por ejemplo, “la libertad de información prevalece en principio sobre el derecho al honor”) y *estructuras de ponderación* (exigencias de necesidad, adecuación y proporcionalidad de cualquier norma o medida restrictiva de un principio). Pero ello no anula la discrecionalidad de la decisión.

Especial importancia tienen las *estructuras de ponderación*, pues señalan las reglas o directrices que disciplinan el juicio de ponderación y que poco a poco han ido consolidándose en la praxis judicial.

24. Subraya estos dos posibles resultados de la ponderación PRIETO, L., “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, cit., pp. 216 ss; esp. nota 35.

5.2. Reglas de la ponderación (o juicio de proporcionalidad)

La ponderación va encaminada a adoptar una decisión para resolver el supuesto litigioso cuando se plantee un conflicto de principios. Para adoptar esa decisión, primero hay que construir una regla de precedencia condicionada, es decir una regla que establece las condiciones y requisitos en que un principio precede al otro, y después hay que formular la decisión propiamente dicha, vinculando a esas condiciones la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia. Pues bien, la construcción de esa regla, y la subsiguiente adopción de la decisión, ha de ajustarse a una estructura de ponderación que se compone de cuatro pasos:

- (i) *Fin legítimo*. La norma o medida limitadora examinada ha de presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho: si no existe tal fin y la medida es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de comparación.
- (ii) *Adecuación*. La norma o medida limitadora examinada ha de ser adecuada, apta o idónea para la protección de ese fin legítimo. Si esa medida no es adecuada para la realización de ese fin constitucional, ello significa que para este último resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión, y entonces, dado que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención.
- (iii) *Necesidad* de la norma o medida limitadora examinada. Ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que

si la satisfacción de un bien o principio constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, hay que escoger la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna.

- (iv) *Test de proporcionalidad* en sentido estricto, que encierra el núcleo de la ponderación. Este requisito consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora examinada, en orden a la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor constitucional. ALEXY lo formula así: "cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"²⁵.

5.3. Tres observaciones sobre la ponderación

a) Muchos de los casos que deben ser resueltos en la jurisdicción ordinaria se pueden "principializar" (o constitucionalizar): las reglas aplicables pueden ser convertidas en principios y, a través de la ponderación, excepcionadas para el caso concreto por otro principio.

Los conflictos entre principios que constituyen el ámbito de la ponderación judicial se presentan cuando se confronta un principio constitucional con otro principio o derecho constitucional amparado por la medida o regla legal aplicable al caso

25. ALEXY, R., Teoría de los derechos fundamentales, cit., p. 161.

que se juzga. En las Constituciones rematerializadas de nuestro tiempo es relativamente fácil vincular una regla a un principio o derecho constitucional: casi siempre habrá alguno. Por tanto (casi) cualquier caso puede, potencialmente, presentarse como un conflicto de principios: basta con poner de relieve el principio o bien constitucional que hay detrás de la regla aplicable y confrontarlo con otro principio constitucional que juega en sentido contrario.

Tomemos como ejemplo el caso utilizado por G. ZAGREBELSKY en *El derecho dúctil: el caso Serena*

S es una niña que ha sido introducida ilegalmente en el país y que vive con un matrimonio que la tiene como hija. La situación de hecho es ilegal, pero ya se ha prolongado durante más de un año mediante las estratagemas usadas por el matrimonio (primero una falsa declaración de paternidad natural del marido y luego la solicitud de adopción o acogimiento). El resultado es que *S* se ha integrado perfectamente en su nueva familia, vive plenamente feliz y por nada del mundo quisiera abandonar esta situación: los informes de los psicólogos así lo acreditan. Pero el caso es denunciado y llega a los tribunales de menores.

Existe una *ley aplicable al caso* que establece claramente que "son nulas las adopciones realizadas con infracción de los trámites". La consecuencia de la aplicación de esta ley es la devolución de *S* a las autoridades, que darán a la niña en acogimiento mientras se tramita su eventual adopción por otra familia.

Pero a los tribunales de menores se les plantea un *problema*: si se aplica la ley, se produciría un perjuicio para la niña, que ya está integrada en su familia adoptiva; si atienden al bienestar y felicidad de la niña y no la separan de su nueva familia,

estarán incumpliendo la ley. Luego, ¿qué hacer? Se puede *convertir el caso en un conflicto de principios que debe ser resuelto mediante ponderación*.

Los jueces argumentan que la razón de ser de la ley es la "protección de todos los niños" evitando la compraventa de menores. Se trata del "principio de solidaridad", sugiere ZAGREBELSKY. Pero hay otro principio en juego que es preciso considerar: el de la "protección de la infancia", que obliga a velar por el bienestar de la niña. Por tanto, el caso puede reformularse como un conflicto entre el principio de solidaridad, que obligaría a reaccionar ante las conductas que propicien el tráfico de menores, y el de protección de la infancia, que obliga a actuar de acuerdo con el interés y bienestar del menor.

Obsérvese que, en cuanto conflicto de principios, el caso ha de ser resuelto mediante la ponderación de los principios en juego, y si el resultado de esa ponderación es una resolución que da prevalencia al principio constitucional esgrimido frente al principio que justifica la regla legal, se habrá *excepcionado* esa regla en el caso concreto; si se quiere, habremos ascendido desde la regla hasta el principio que la fundamenta para después, mediante un juicio de ponderación, inaplicarla. Por eso puede decirse que la *principialización* de los casos es un medio para excepcionar o excluir la aplicación de la regla en el caso concreto. Y, por eso, esta principialización tiene lugar, sobre todo, cuando la rígida aplicación de la regla, sin atender a las circunstancias del caso, conduce a resultados que son sentidos como gravemente lesivos de algún otro bien o valor constitucional. De todos modos, esta conversión de reglas en principios y la subsiguiente necesidad de ponderar es obligada cuando se alegue (o cuando esté clara) la concurrencia de una libertad fundamental frente a una norma limitadora: en estos supuestos el juez está obligado a ponderar; es decir "a tomar en

consideración la eventual concurrencia en el caso de una libertad fundamental”²⁶.

Ahora bien, la posibilidad de principalizar un caso (y por tanto de excepcionar la aplicación de la ley en el mismo) es inversamente proporcional al grado de concreción de la ley aplicable. Como observa L. PRIETO cuanto más se parece un precepto legal al principio que lo fundamenta, es decir cuanto menor sea la concreción de su condición de aplicación, menor será la posibilidad de ser considerado inconstitucional pero menor ha de ser también la capacidad de dicho precepto para evitar la ponderación judicial. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con el tipo penal de injurias o con las normas de protección civil del derecho al honor: la falta de concreción de su condición de aplicación es tal, que difícilmente impiden una ponderación judicial en el caso concreto, que puede conducir a su postergación a favor de la libertad de expresión o de información. Por el contrario, a mayor concreción de la condición de aplicación de una ley, mayor peso tiene ésta a la hora de evitar una ponderación judicial aunque mayor será también la posibilidad de que sea declarada inconstitucional. Así sucede, por ejemplo, con la norma que prohíbe manifestarse ante el edificio del Congreso de los Diputados: su concreción es tal, que hace prácticamente innecesaria la ulterior ponderación judicial. En conclusión “cuanto mayor es el número y detalle de las propiedades fácticas que conforman la condición de aplicación de una ley, más inviable resulta la ponderación de la justicia ordinaria”²⁷.

26. Así lo exige el Tribunal Constitucional español (STC 159/85, F8).

27. PRIETO, L., “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, cit., p. 221.

b) La ponderación no excluye la subsunción.

Suele decirse que la ponderación es el método de resolución judicial alternativo a la subsunción. Ahora bien, la ponderación no excluye la subsunción, no constituye en sentido estricto una alternativa a la misma. Es verdad que si no existe una colisión de principios el juez se limita a subsumir el caso en la condición de aplicación de la ley sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y se requiere ponderar, la subsunción no queda arrinconada. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque "el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso 'subsumir', constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios"²⁸: por ejemplo, para decidir, mediante un juicio de ponderación, si las declaraciones de una persona constituyen un delito de apología del terrorismo o por el contrario son un legítimo ejercicio de la libertad de expresión, primero hay que decidir que el caso enjuiciado puede ser subsumido tanto en el tipo penal como en el Derecho fundamental. Y en segundo lugar porque, una vez ponderados los principios en pugna y establecida la regla de decisión, ésta funciona como la premisa mayor de un razonamiento subsuntivo con el que culmina el proceso de aplicación.

c) En los sistemas de jurisdicción constitucional separada, el control de la ponderación judicial plantea tensiones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria.

En los sistemas donde la jurisdicción constitucional y la ordinaria son dos órdenes separadas, el control de constitucio-

28. *Ibíd.*, p. 217.

nalidad de las resoluciones judiciales suele ejercerse mediante el amparo ante la jurisdicción constitucional por violación de derechos. Pero el amparo constitucional frente a decisiones judiciales por violación de derechos es, por muchas razones, el verdadero campo de fricciones (y en ocasiones de auténticos conflictos institucionales) entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria. Y es que desde el momento en que un mismo caso puede ser visto por dos jurisdicciones (la ordinaria y la constitucional) las fricciones son inevitables y resulta prácticamente imposible establecer criterios de competencia.

El problema ha de analizarse a la luz de las distintas competencias que ambos órdenes jurisdiccionales tienen atribuidas: la resolución de un conflicto concreto, previa selección de la normativa aplicable y previo conocimiento de los hechos que lo han originado, es tarea del juez ordinario; el juez constitucional, en cambio, debe limitarse a enjuiciar la constitucionalidad de esa resolución judicial con total independencia de los hechos (es decir, del caso concreto) que originaron el conflicto. Muy brevemente, compete a la jurisdicción ordinaria resolver el conflicto conforme a derecho; a la constitucional, evaluar si la actuación judicial es ajustada a la Constitución.

Ahora bien, si en cuanto titular exclusivo de funciones jurisdiccionales (o de aplicación del derecho para la resolución autorizada de los conflictos) es el juez (y sólo él) quien debe decidir el caso concreto, entonces *es él (y sólo él) quien, en su caso, debe ponderar* los distintos bienes y valores constitucionales que están en juego. Esto es así porque la ponderación consiste en armonizar o en establecer un orden de preferencia entre los bienes o valores implicados en el caso concreto, y tal orden de preferencia no existe en la Constitución, que es el único parámetro que el Juez constitucional puede usar. Lo único que el Juez constitucional puede hacer en amparo es verificar si

ha habido ponderación y si tal ponderación es razonable, en cuyo caso declarará la constitucionalidad de tal actuación. En otras palabras, la invalidación de la decisión judicial sólo procede cuando la aplicación judicial de la ley sea inconstitucional, lo que tiene lugar cuando falta absolutamente la ponderación o cuando ésta sea irrazonable.

Así, por ejemplo, ante una eventual colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, el juez (penal) no está obligado *a priori* a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego, sino sólo a ponderar razonada y razonablemente los derechos en juego.

Que la regla que acabamos de enunciar y que rige la ponderación no plantea problemas se pone de manifiesto en que es constantemente recordada por los tribunales constitucionales, y desde luego también por el español.

Vid. por todas, STC 210/1991, de 11 de noviembre, FJ 5.º: “La selección de normas aplicables a un supuesto controvertido y su interpretación es competencia exclusiva de los jueces y tribunales ordinarios, sin que sea competencia del Tribunal Constitucional (...) la revisión de los criterios interpretativos. (...). E igualmente este Tribunal ha insistido en que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye el derecho al acierto judicial”.

Y sin embargo el propio Tribunal que recuerda la regla, la violenta profusamente entrando a ponderar; estableciendo, en definitiva, cuál es la óptima interpretación de la ley en el caso concreto e invadiendo así competencias del juez ordinario.

La verdad es que esta invasión de competencias parece comprensible (o al menos difícil de evitar) si se consideran las características del amparo. El amparo consiste en revisar la constitucionalidad de una decisión judicial, con total indepen-

dencia de los hechos que dieron lugar a la misma. Ahora bien, *en la práctica esa abstracción de hechos parece imposible*, pues resulta ciertamente difícil evaluar la constitucionalidad de una decisión prescindiendo del conocimiento de los hechos o conductas que dieron lugar a ella. Pero —repárese— al conocer de los hechos que configuran el caso concreto, el juez constitucional, inevitablemente, tiende a ponderar él mismo; es decir, tiende a establecer la óptima interpretación de la ley para el caso concreto. Y es que parece en verdad difícil que quien está llamado a custodiar la interpretación constitucional de las leyes no traspase esa frontera y termine custodiando la “mejor” interpretación de entre varias posibles, todas constitucionales. Por lo demás, que el respeto de esas fronteras entre juicio de constitucionalidad y juicio de legalidad resulta comprometido lo ponen de relieve los numerosos votos particulares que reprochan a la mayoría haber sobrepasado el límite del juicio de constitucionalidad, revisando la aplicación del Derecho ordinario o incluso la misma valoración de la prueba.

Por ejemplo, en STC 85/1992, de 8 de junio, el TC rompe la frágil barrera que separa la justicia constitucional de la ordinaria al considerar que la conducta de un periodista que reiteradamente calificó de “liliputiense” y “niño de primera comunión” a un concejal constituía solamente una “vejación injusta de carácter leve”, en contra de lo que había determinado la sentencia recurrida, para la que dicha conducta constituía un delito de injurias. El TC no enjuició los hechos, pero sí ponderó, es decir, revisó “la calificación jurídico-penal de los mismos y, consiguientemente, la aplicación de la pena correspondiente tal y como había sido realizada por los tribunales ordinarios” (Voto particular del magistrado A. RODRÍGUEZ BERELJO).

En suma, el amparo contra resoluciones judiciales, por más que se configure como un especialísimo recurso ante una

jurisdicción constitucional separada y distinta de la ordinaria, termina haciendo del Tribunal Constitucional un Tribunal de casación; más aún, un Tribunal de supercasación, en la medida en que revisa la propia interpretación del derecho efectuada por los tribunales de casación. Precisamente por ello, muchas veces se dan graves conflictos institucionales entre ambos órganos.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. De lo dicho hasta aquí puede afirmarse que la mayoría de los problemas a los que se enfrenta la justicia constitucional, tanto por sus fricciones con el legislador democrático como por sus fricciones con la jurisdicción ordinaria, traen causa de la existencia de *Constituciones materiales*, cargadas de principios de justicia tendencialmente contrastantes cuyos eventuales conflictos han de ser resueltos mediante un ejercicio de poder notablemente discrecional.

2. El propio Kelsen defendía un concepto de Constitución como regulación formal de los modos de producción normativa porque advertía ya los problemas que generaría una Constitución que contuviera principios materiales de justicia: “no es imposible —escribía el autor en *La garantía constitucional de la Constitución*— que un Tribunal Constitucional llamado a decidir sobre la inconstitucionalidad de una ley la anule por ser injusta, al ser la justicia un principio constitucional que el Tribunal debe aplicar. Pero entonces, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese Tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del

Parlamento que hubiera votado la ley”²⁹. Bien es verdad que este es un problema que no afecta sólo a la jurisdicción constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria, pues, desde el momento en que se acepta la plena fuerza normativa de todos los preceptos constitucionales, su aplicación es tarea encomendada a todos los operadores jurídicos. Pero no cabe duda también que es el Juez constitucional quien de manera más inmediata viene llamado a tomar en consideración tales valores y principios, dado que su parámetro de enjuiciamiento se limita (o debe limitarse) a los escuetos preceptos constitucionales.

3. Ahora bien, la solución de los problemas que generan las Constituciones materiales no parece encontrarse en la adopción de una Constitución formal, a lo KELSEN, pues una Constitución así de descarnada hace perder el sentido al constitucionalismo como concepción del derecho plenamente comprometida con el control del poder para la protección de los derechos (también por tanto, o sobre todo, de los derechos de las minorías frente al eventual atropello de la mayoría). Además, los principios, al expresar valores y fines respaldados en mayor o menor grado por los diversos grupos sociales, posibilitan un pacto constituyente en el que todos pueden reconocerse, lo que contribuye a la integración política en una sociedad plural³⁰. Y este es el drama de la justicia constitucional. La consagración constitucional de derechos y principios materiales de justicia plantea problemas con el legislador democrático y con el juez. Pero,

29. KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, cit., p. 143.

30. A título de ejemplo, esta virtualidad integradora de las Constituciones de principios es destacada por ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, cit., y por FERRERES, V., *Justicia constitucional y democracia*, cit.

por otro lado, si ha de tener sentido el pleno control del poder (también del legislativo) es necesario concebir la Constitución no ya (o no sólo) como la carta formal de distribución del poder en el sistema, sino sobre todo (o también) como el reconocimiento de los principios de justicia que han de constituir los cauces por los que transcurra la vida social y política. Estos principios de justicia, además, no son sólo los derechos de participación en el debate democrático, pues la sola garantía de estos derechos aún no protege a la minoría, que puede ser arrollada por una decisión (una ley) de la mayoría; son también la consagración constitucional de las plurales concepciones de justicia presentes en la sociedad. Es decir, la concepción de la democracia a la que debe dar vida la Constitución no es la *formal* que establece *quién* decide y *cómo* se decide, sino la *sustancial* que establece *qué* es lo que ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede decidir.

4. Pero la solución tampoco puede ser auspiciar Constituciones *de detalle*, porque el marco de valores constitucionales tiene que ser lo bastante abierto como para no producir asfixia legislativa, es decir, para que siga teniendo sentido afirmar que corresponde al legislador democrático, de acuerdo con las concepciones valorativas de su tiempo, determinar el contenido de los principios y resolver las colisiones entre ellos dentro de los límites permitidos por la Constitución (o sea, sin que ninguno de los valores constitucionales sea objeto de un sacrificio desproporcionado). Si alguna virtualidad democrática tiene la concepción *abierta* de las Constituciones de principios es justamente eso: que se traslada (o así debería ser) al legislador la definición concreta de las conductas que en cada momento histórico han de realizar los valores y fines expresados por los principios constitucionales.

5. Teniendo en cuenta que el parámetro de control que ha de usar la jurisdicción constitucional es una Constitución cargada de cláusulas abiertas y principios materiales de justicia de significado altamente conflictivo, y teniendo en cuenta además que, en vista de la protección de derechos, hay una tendencia a introducir en el ámbito de la justicia constitucional (incluso en los sistemas de control concentrado) mecanismos de defensa de los derechos frente a los actos de los jueces ordinarios, parece que lo único que cabría pedir de la jurisdicción constitucional es un ejercicio de autocontención; un *self restraint* que permita mantener las saludables fronteras entre el juicio de constitucionalidad, por un lado, y el juicio político y el de legalidad, por otro.

Naturalmente con ello no se pretende quitar un ápice de fuerza vinculante a la Constitución. Significa tan sólo que la Constitución, y especialmente su parte material o programática, no ofrece una respuesta unívoca a todos y cada uno de los casos o conflictos que puedan plantearse, sino sólo unos cauces de actuación más o menos amplios dentro de los cuales han de desenvolverse tanto las instituciones políticas como los operadores jurídicos. Sólo si esta saludable autocontención se consigue podremos conciliar la exigencia de garantizar la efectividad de la Constitución con la de garantizar una política democrática, decidida conforme a los mecanismos de producción democrática legislativa.

Capítulo VIII

¿HACE EL JUEZ JUSTICIA CUANDO APLICA EL DERECHO?¹

SUMARIO: 1. Introducción. El abogado Perkins y el juez Hércules. 2. La llamada “tesis del caso especial”. 2.1. Dos precisiones de la tesis del caso especial; 2.2 Cuatro interpretaciones de la tesis del caso especial; 2.2.1 TCE1. El positivismo jurídico; 2.2.2 TCE2. Legal Reasoning and Legal Theory de MACCORMICK; 2.2.3 TCE3. La teoría de ALEXY; 2.2.3.1 TCE3 y el positivismo jurídico; 2.2.3.1.1 TCE3 y la tesis de la separación: ¿hace el juez justicia cuando aplica el Derecho? 2.2.3.1.2 TCE3 y la tesis de los límites del Derecho: ¿Aplica el juez Derecho cuando imparte justicia? 3. Conclusión.



1. INTRODUCCIÓN. EL ABOGADO PERKINS Y EL JUEZ HÉRCULES

En el capítulo II, vimos que algunos autores como PERELMAN habían concebido la argumentación jurídica

-
1. Mi argumentación reproduce aquí a veces literalmente la de mi trabajo “La tesis del caso especial y el positivismo jurídico”, en *Doxa*, N.º 22 (1999), pp. 195-220. Éste fue objeto de una muy interesante crítica por parte de la profesora Isabel Lifante, “Una crítica a un crítico del ‘no positivismo’”, en *Doxa*, N.º 23 (2000), pp. 709-728. He matizado algunos de los aspectos de mi primer trabajo en “El “Derecho como argumentación” y el Derecho para la argumentación. Consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante”, en *Doxa*, N.º 24 (2001), pp. 629-653.

desde una perspectiva retórica. Bajo este punto de vista, argumentar significa, por encima de todo, persuadir o convencer a alguien. Esto en alguna medida aproxima la labor del jurista a la del negociador que busca un objetivo ayudándose de ciertas técnicas retóricas, oratorias. Bajo su forma más descarnada, se pretende captar la voluntad de algún auditorio y hacerlo, por cierto, de forma tal que éste no se dé cuenta de ello, pues, de advertirlo, seguramente no se adheriría probablemente a nuestra opinión. Se trata, en definitiva, de que nuestro interlocutor haga suya una razón para actuar que le suministramos en nuestro interés bajo la apariencia de que el interés beneficiado será el suyo y no el nuestro, pues por regla general la gente no actúa en interés del prójimo, sino en el suyo propio. Así parece ser el juego a primera vista. Para comprobar con claridad en qué consiste, pues, negociar así, desearía ceder por un momento la palabra al profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha, Juan Ramón DE PÁRAMO², quien comenzaba la lección inaugural que dictó en esa Universidad el año 1998 contando la siguiente historia:

“Situémonos en 1911, en plena campaña electoral de la presidencia de los Estados Unidos de América. La oficina electoral de Theodor Roosevelt ha llegado a una conclusión que se presenta con frecuencia en los países donde predomina el bipartidismo: el resultado de la elección depende de los votos de los indecisos. Estos constituyen una cifra considerable, y están situados en los Estados agrícolas del

-
2. DE PÁRAMO, J.R., *Negociar y argumentar: entre el mercado y la política*, lección inaugural del curso académico 1998-1999 en Talavera de la Reina, 1.º de octubre de 1998, Gabinete del Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1998, pp. 6-10. DE PÁRAMO toma el caso de D.A. Lax y J.K. Sebenius, *The Manager as Negotiator*, The Free Press, Nueva York, 1986.

centro del país. La campaña ha sido muy costosa, queda poco dinero en la caja y un par de semanas de tiempo antes de la votación. Los asesores de Roosevelt deciden imprimir tres millones de ejemplares de un díptico que contiene un extracto del programa electoral, unas adecuadas invocaciones patrióticas y, lo que es el elemento clave, una inmejorable foto del candidato en la portada. Todo ello tiene como objetivo fijar la intención del voto indeciso. Se ha previsto un recorrido en tren, con paradas seleccionadas en determinados núcleos de población, discursos vibrantes y distribución del folleto. El día anterior a la partida de la caravana electoral, con los tres millones de folletos empaquetados y depositados en el furgón de cola, uno de los asesores que revisaba una vez más la fotografía, advierte con horror que en el ángulo inferior izquierdo figura, de manera casi ilegible, la mención 'Copyright Moffet Studios, Chicago'.

Se convoca una reunión de emergencia del comité de la oficina electoral: resulta que se ha utilizado, por inadvertencia, una fotografía cuyos derechos pertenecen a un desconocido fotógrafo de Chicago. ¿Qué argumentos vamos a utilizar con el fin de obtener su autorización para editar nada menos que tres millones de ejemplares, a un precio que podamos pagar?, se pregunta un asesor. ¿Cómo nos vamos a presentar en Chicago de manera brusca y precipitada, en las peores condiciones posibles para llevar a cabo una negociación, con el tren esperando salir y las fotos empaquetadas?, se preguntaba otro.

Todos los recursos argumentativos parecían débiles. En cuanto Moffet o —lo que sería aún peor— el abogado de Moffet, se diera cuenta de la situación podrían pedir cualquier suma de dinero. Aventurarse a distribuir los folletos sin decirle nada al titular del *copyright* era todavía peor. Si se descubría el pastel, además de ser calificados como transgresores de la ley —algo nada recomendable en una campaña elec-

toral— habría que pagar una indemnización y el último precedente judicial disponible, según un informe de los asesores jurídicos, había sido de un dólar por ejemplar. Tres millones de dólares era una cifra algo más que considerable.

Sin saber qué hacer, el comité acude al director de campaña, el señor Perkins, abogado y financiero. El señor Perkins llama a su secretaria y le dicta el siguiente telegrama dirigido al señor Moffet: 'Estamos pensando utilizar una foto del señor Roosevelt para editar varios millones de ejemplares de un folleto electoral (*stop*) sera una inmensa publicidad para el estudio que elijamos (*stop*) responda enseguida cuánto estaría dispuesto a pagar para que elijamos el suyo (*stop*) atentamente'. A las pocas horas se recibió la siguiente respuesta del señor Moffet: 'Nunca me habían propuesto antes algo semejante (*stop*) dadas las circunstancias ofrezco 250 dólares (*stop*) atentamente'.

Los expertos en estrategias de negociación explican el éxito del señor Perkins y su maquiavélico telegrama, por haber conseguido que nuestro manipulado fotógrafo dibuje mentalmente un *bargaining set* (conjunto de negociación) en el que no ocupa la posición de vendedor sino la de comprador. Pero, al fin y al cabo, se trata de una manipulación de su percepción tendente a favorecer los intereses del autor de la manipulación".

De la historia y las consideraciones a propósito del profesor DE PÁRAMO, parece desprenderse que el Sr. Perkins era un buen negociador y seguramente por eso era, además, un buen abogado. En el mundo del Derecho, el abogado debe ser muchas veces un negociador que sepa utilizar sus armas convenientemente en contextos estratégicos nada ajenos a la práctica jurídica habitual.

En la historia de la literatura española existe, nada menos, que un género específico, la picaresca, dedicado a mostrar los

ardides argumentativos de los individuos para conseguir alguna ventaja en momentos de hambre y necesidad. Es más, la picaresca pervive en algunas prácticas en la España contemporánea. Por ejemplo, un individuo A sugiere de algún modo (por ejemplo, fingiendo una deficiencia mental) que puede ser presa fácil para B, quien puede sacar un provecho injusto sin riesgo aparente (por ejemplo, A ofrece a B un boleto de la lotería recién premiado a cambio de una cantidad considerable pero incomparablemente inferior al importe del premio). Sin embargo, finalmente A se enriquece a costa de la mala fe de B (pues el boleto de la lotería era falso). Normalmente B y la víctima de este tipo de jugadas, un timador timado, no despierta apenas compasión. Se trata de un timador eventual que se ha llevado su merecido en manos de otro timador mucho más hábil. Parece que cuando ninguno de los participantes en el juego juega limpio, entonces no hay superioridad moral por parte de ninguno de los dos y nos sentimos empujados a tomar partido directamente por el mejor estratega. "Quien roba a un ladrón, tiene cien años de perdón", dice la gente.

Nadie puede negar que en el mundo del Derecho este tipo de situaciones abundan. Con frecuencia, los litigantes en un proceso hacen un uso puramente estratégico de las normas jurídicas y muy especialmente de las normas procesales. Es más, pronunciando el pesimismo, a veces resulta tentador pensar que el mundo del Derecho está plagado de rúbulas, advenedizos, burócratas e inmorales carentes de otro interés que no sea el de su propio beneficio. Cuando esto sucede, parece que la única opción que queda es ser mejor estratega que el otro, obtener mayor ventaja de las propias capacidades retóricas y negociadoras.

Sin embargo, admitiendo que esto pueda ser verdad, quizá sea sólo una parte de la verdad. No siempre las cosas funcionan así y no siempre dan resultado estas prácticas, de modo que una

concepción puramente estratégica de la argumentación jurídica estaría algo desenfocada para captar la complejidad de la argumentación jurídica. En realidad, si nos atenemos a numerosas expresiones acerca de la aplicación del Derecho por parte de los jueces y magistrados del Poder Judicial, da la impresión de que nos encontramos ante una práctica que no tiene que ver solamente con la negociación o la estrategia autointeresada, sino más bien con nada menos que la justicia. Veamos algunos ejemplos que confirman esta intuición en el lenguaje legal y en el cotidiano.

En primer lugar, la gente no suele hablar del "titular de la cartera de la aplicación del Derecho" o de un aséptico "Ministro de la adjudicación judicial" para designar al de *Justicia*. En realidad esta última denominación es, si se piensa bien, algo extraña. Salvo por algún resabio pontifical en lo concerniente al Derecho, no se entiende por qué se designa a un ministerio con la virtud que idealmente habría de satisfacer el Poder Judicial que administra. No hablamos del Ministerio de la Fertilidad para referirnos al de Agricultura. No hablamos del Ministro sin cartera de la Elocuencia para referirnos al portavoz del Gobierno, etc. En cambio, el Ministerio de *Justicia* gestiona los recursos dedicados a la *justicia* que imparten los Tribunales de *Justicia*. La labor de los jueces es nada menos que "hacer justicia conforme a Derecho" ("*to do justice according to law*", convienen los anglófonos) y no se limitan a aplicar un sistema de fuentes fríamente. El artículo 117.1 de la Constitución española reza así: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley" y por virtud del artículo 446 del Código penal español, el juez que "a sabiendas, dictare sentencia o resolución *injusta*" (y no meramente *ilegal*) se expone a

una grave sanción penal. Parece ser, pues, que la convicción de que razonar según Derecho es básicamente efectuar un juicio moral con ciertas particularidades forma parte de las creencias del legislador, de los juristas y de los ciudadanos.

2. LA LLAMADA “TESIS DEL CASO ESPECIAL”

Pues bien, estas convicciones aparentemente tan extendidas han hallado, a su vez, una cobertura conceptual por parte de la teoría del Derecho y la TAJ, que parecen haber aceptado que el razonamiento jurídico es un razonamiento que tiene que ver con cierta corrección moral y no sólo con estrategias e intereses parciales. El jurista ideal de DWORKIN no es un abogado y negociador brillante como Perkins, sino un juez dotado de notables cualidades morales e intelectivas al que denomina “Hércules”. Tal es su poder que sería capaz de ofrecernos la única respuesta correcta a la controversia jurídica, en la que administraría razonablemente consideraciones jurídicas y morales. Por otra parte, una de las tesis fundamentales de la TAJ en la actualidad es la llamada “tesis del caso especial” (*Sonderfallthese*) sostenida por ALEXY y MACCORMICK. Esta tesis viene a sostener que el razonamiento jurídico no es una labor puramente estratégica, sino una labor profundamente moral. La tesis del caso especial (en lo sucesivo TCE) suele expresarse del siguiente modo:

“El razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general”³

3. MACCORMICK afirma que su teoría “presenta el razonamiento jurídico como una especie de razonamiento práctico” (*Legal Reasoning and Legal Theory*,

Pero ALEXY o MACCORMICK no son los únicos que han sostenido la tesis del caso especial. En realidad, es posible hallar múltiples formulaciones de esta idea básica. Por ejemplo, el profesor argentino Carlos Santiago NINO expresaba esencialmente lo mismo cuando se refería a la "no fragmentación del discurso práctico"⁴, a la "no insularidad del discurso práctico"⁵ o incluso al "carácter imperialista del discurso moral"⁶. Este planteamiento supone una transformación profunda de la concepción tradicional de la argumentación jurídica. Muchos juristas han considerado que aplican el Derecho positivo para después invocar criterios morales cuando el ordenamiento es insuficiente. Sin embargo la TCE afirma, al contrario, que el razonamiento jurídico es, ante todo, un razonamiento moral que luego se encuentra con límites tales como la Ley, los precedentes y los usos de la dogmática jurídica. En cierta forma, la originalidad de la TCE consiste en racionalizar lo que piensa la gente y lo que normalmente el jurista quizá no pueda (no se atreva a) decir.

Durante más de dos décadas, la TCE ha originado un amplio desarrollo teórico, cuyos resultados y consecuencias se extienden sobre la teoría del Derecho. En realidad, a pesar de que la teoría de la argumentación jurídica no tiene por qué ser necesariamente incompatible con una visión positivista del De-

cit., p. xii) y, en palabras de ALEXY, "el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general" (*Teoría de la argumentación jurídica*, cit., en lo sucesivo TAJ, por brevedad). Sin embargo, conviene aquí prescindir del término "discurso", que presenta unas connotaciones específicas en la teoría comunicativa, en favor del más neutral término "razonamiento".

4. NINO, C.S., *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 64.
5. *Ibíd.*, pp. 79 y ss.
6. *Ibíd.*

recho, la tesis del caso especial ha reforzado de manera más o menos consciente y explícita una teoría del Derecho de corte no positivista, que viene disfrutando de una notoria hegemonía en los últimos tiempos. Como vimos (*supra* VI. 2), el no positivismo afirma que existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral. La tesis del caso especial sostiene que existe una relación conceptual necesaria entre razonamiento jurídico y razonamiento práctico general. En lo que sigue intentaré reconstruir la argumentación antipositivista que subyace a la tesis del caso especial para poder examinar de paso algunas distinciones importantes para la filosofía jurídica y moral: moral social y moral crítica; punto de vista del observador y punto de vista del participante; juicios descriptivos y juicios prescriptivos, etc. Sin embargo, para poder estudiar adecuadamente qué significa que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general, conviene consignar algunas precisiones previas.

2.1. Dos precisiones de la tesis del caso especial

La TCE sin más especificaciones es ambigua y, por tanto, susceptible de diversas interpretaciones. Aquí desearía referirme sólo a dos de las precisiones que una teoría de la argumentación debe atender con el fin de restringir la ambigüedad de la TCE:

i) Teoría descriptiva/teoría normativa.

Aunque usualmente expuesta en términos aparentemente descriptivos, a veces no está del todo claro si la TCE presenta un carácter descriptivo o bien normativo. En el primer caso, se afirma que el razonamiento jurídico es una clase de razona-

miento moral; en el segundo, que el razonamiento jurídico *debería ser* una clase de razonamiento moral⁷. La adopción de una u otra perspectiva comporta consecuencias importantes. Esto, no obstante, la teoría estándar de la argumentación a veces se muestra ambigua en este punto. Probablemente, esta falta de claridad se halla vinculada a la indefinición del tipo de razonamiento práctico general referido en el propio enunciado de la tesis del caso especial. Por esta razón, el examen del carácter descriptivo o prescriptivo de la TCE será relacionado a continuación con el del tipo de razonamiento práctico general presupuesto en la TCE.

ii) Moral crítica/social.

Según la tesis del caso especial, el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral, pero ¿en relación con qué moral? ¿La moral social o la moral crítica? La moral social (o positiva) se puede definir como el conjunto de valores y pautas vigentes en una colectividad humana con independencia de su corrección. Por el contrario, la moral crítica (o racional o esclarecida) es la moral correcta con independencia de su aceptación social.

7. La perspectiva descriptiva puede ser incluso escindida en dos partes. De este modo, Jerzy WRÓBLEWSKI distingue hasta tres modelos de justificación: un modelo de justificación descriptivo, que simplemente muestra los argumentos de un área de razonamiento; un modelo de justificación descriptivo teórico, que reconstruye los argumentos de un razonamiento, como parte de una teoría argumentativa más amplia; finalmente, el modelo de justificación normativo indica qué argumentos se deben utilizar en la aplicación del Derecho (WRÓBLEWSKI, J., "Paradigms of Justifying Legal Decisions", en Peczenik, A, Lindahl, L., van Roermund, B. (eds.), *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1984, pp. 253-273, aquí p. 255).

Para comprender esta distinción resulta fundamental la distinción entre la adopción de un punto de vista interno o externo respecto a las prácticas sociales. Desde la perspectiva del observador externo, la moral a la que se vincula el razonamiento jurídico es una moral social, conforme o no con los dictados de la moral crítica. Por ejemplo, el judío (o cualquiera de nosotros) que describa las convicciones de los alemanes y de los operadores jurídicos del Tercer Reich adoptará un punto de vista claramente externo, porque describirá, sin asumirlas, las pautas y convicciones prácticas de quienes, de un modo u otro, ordenaron o aprobaron en su día el exterminio de millones de judíos en campos de concentración. Estas prácticas representan, entonces, para nuestro observador, una expresión de moral social, si bien a nuestro observador le parecen por otra parte incuestionablemente *inmorales*. En consecuencia, cualquier observador puede afirmar sin problemas: "La discriminación de los judíos era un principio propio de la moral social de la sociedad alemana (o de parte de ella) durante el Tercer Reich" y puede añadir: "pero según la moral crítica, este principio es inadmisibles".

Bajo la perspectiva interna, bajo la perspectiva del participante (de las ideas racistas del nazismo en este caso), la moral a la que el razonamiento jurídico se vincula es la moral crítica, la moral correcta. Los defensores del nazismo no consideran sus prácticas como una mera expresión de moral social, simples opiniones personales, sino que creen que están justificadas con independencia de quién las sostenga (sólo en esa medida pueden aspirar a estar *justificadas*). Sin embargo, nada garantiza, como lo demuestra el ejemplo propuesto, que el participante esté formulando una teoría ética racional, una expresión de moral crítica. Esto significa que, bien pensado, podemos distinguir entre moral social, moral crítica y moral crítica social, dependiendo del punto de vista que adoptemos. Desde el punto

de vista del observador, es posible indicar qué significa moral crítica y moral social. Desde la perspectiva del participante sólo es posible formular una moral crítica social. Con el sintagma "moral crítica social" me refiero al conjunto de pautas aceptadas como correctas por el participante. Si el participante formulara un juicio moral puramente crítico, entonces estaría adoptando un punto de vista externo, porque no habría aceptado *a priori* la moral que se evalúa. Si el participante formulara un juicio moral puramente social (descriptivo), entonces también estaría adoptando un punto de vista externo, porque no estaría aceptando, sino sólo describiendo una serie de prácticas. En ambos casos el participante deja de serlo genuinamente. En cambio, si bajo el Tercer Reich un sujeto cree que la política discriminatoria y el genocidio de los judíos constituye una práctica legítima, entonces está formulando un juicio social en el sentido de que es conforme a una moral social vigente, pero al mismo tiempo está formulando un juicio crítico en el sentido de que considera que ese juicio es correcto. La moral crítica social es objetivamente social, pero subjetivamente crítica.

En lo que sigue me referiré a las nociones de moral social y moral crítica siempre desde una perspectiva externa, salvo indicación contraria. Llamaré razonamiento moral social a la inferencia práctica, cuya premisa o premisas normativas fundamentales formen parte de la moral social y llamaré razonamiento moral crítico a la inferencia práctica, cuya premisa o premisas normativas fundamentales formen parte de la moral crítica.

2.2. Cuatro interpretaciones de la tesis del caso especial

Tenemos así dos variables relevantes para intentar precisar el significado de la TCE: el carácter descriptivo o bien nor-

mativo de la tesis del caso especial y, por otra parte, la consideración del razonamiento práctico general como un razonamiento basado en la moral social o bien en la moral crítica. Si tomamos en consideración estas dos variables, entonces se presentan cuatro interpretaciones posibles de la tesis del caso especial, que involucran el resto de los elementos arriba indicados:

TCE1: El razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral *social*.

TCE2: El razonamiento jurídico *debe ser* un caso especial de razonamiento moral *crítico*.

TCE3: El razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral *crítico*.

TCE4: El razonamiento jurídico *debe ser* un caso especial de razonamiento moral *social*.

En lo que sigue me ocuparé particularmente de las tres primeras versiones de TCE.

2.2.1. TCE1. *El positivismo jurídico*

TCE1 afirma que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral social. TCE1 expresa de este modo una tesis descriptiva relativa a la práctica forense formulada desde un punto de vista externo. Se trata de la constatación de elementos extrajurídicos relevantes en el razonamiento jurídico, cuya procedencia se halla normalmente en alguna forma de moral social, en las convicciones de la gente. En principio, cabe pensar que cualquier positivista moderno (por ejemplo, HART, H.L.A.) podría suscribir TCE1, porque presupone la tesis de la discreción judicial. Según el positivismo jurídico actual, el Derecho, en cuanto orden normativo moral y técnicamente falible, no da respuesta a todas las controversias y eso significa que el

juez debe ejercer cierta discreción para resolver los casos difíciles. Es claro que en este caso recurre a algún tipo de sistema de justificación vigente basado, pues, en una expresión de moral social. Pero no todos los positivistas han pensado así. Por ejemplo, el positivismo teórico decimonónico había concebido el razonamiento jurídico como una argumentación completamente autónoma y autosuficiente, sin ningún punto de contacto con el razonamiento moral social o crítico. Este paleopositivismo ha perdido toda su vigencia. En la actualidad, el positivismo jurídico no tiene por qué negar que en el razonamiento jurídico pueden intervenir premisas morales de algún modo. Bajo la perspectiva de TCE1, la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica en principio surge como consecuencia de la insuficiencia del Derecho para ofrecer por sí solo respuestas a las controversias que se le presentan. Sólo un trasnochado positivismo teórico estricto asociado a una teoría formalista de la interpretación excluye completamente la tesis del caso especial bajo todas sus versiones. También excluye la teoría de la argumentación jurídica.

2.2.2. TCE2. Legal Reasoning and Legal Theory de MACCORMICK

TCE2 es una tesis normativa que prescribe la adecuación del razonamiento jurídico a la moral crítica: el razonamiento jurídico debe ser un caso especial de razonamiento moral crítico. En este sentido, TCE2 es el complemento normativo de TCE1. TCE1 nos dice cómo es el razonamiento jurídico. TCE2 nos dice cómo debería ser. Como vimos, la teoría de D.N. MACCORMICK pretende, precisamente, ofrecer una teoría normativa de la argumentación para orientar la discreción judicial. El propio MACCORMICK sugiere en el prólogo a *Legal Reasoning and Legal Theory* que, por diversas razones, este libro representa el com-

plemento en el campo de la argumentación jurídica a la teoría del Derecho positivista de *The Concept of Law* de HART⁸. ¿Y cómo debe ser el razonamiento jurídico? Como ya se indicó, MACCORMICK reconoce el papel de la lógica deductiva en el razonamiento jurídico y propone una serie de argumentos fundamentales en los casos difíciles: los requisitos de consistencia y coherencia, los argumentos universalistas y los argumentos consecuencialistas (*supra* capítulo IV). Sin embargo, la teoría de MACCORMICK merece al menos dos precisiones.

La primera se refiere al carácter normativo de *Legal Reasoning and Legal Theory*. En realidad, la teoría de MACCORMICK no sólo ofrece criterios para saber cómo debemos argumentar, sino que pretende ser una descripción o una reconstrucción de la argumentación jurídica⁹ a partir de numerosas decisiones jurisdiccionales. El llamado "modelo de la aplicación racional del Derecho" (al que cabe adscribir a los autores de la teoría estándar de la argumentación jurídica) presenta un carácter mixto, pues puede ser interpretado bien como un modelo normativo, bien como un modelo descriptivo o incluso ambas cosas a un tiempo¹⁰. Sin embargo, esta vía media que ensaya MACCORMICK presenta algunos riesgos de confusión entre discursos descriptivos y prescriptivos, aunque el propio autor se encarga de responder que "uno puede ser tanto censor como expositor sin confundir necesariamente ambos papeles"¹¹. En realidad, la propensión hacia la falta de nitidez en la distinción de cuestiones

8. MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. xiv.

9. *Ibid.*, p. 13.

10. WRÓBLEWSKI, J., *The Judicial Application of Law* (editado por Zenon Bankowski y Neil MacCormick), Kluwer, Dordrecht, 1992, p. 27.

11. MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. 77.

descriptivas y prescriptivas es una muestra más del carácter marcadamente interno de la teoría de la argumentación jurídica. Los argumentos que presenta un participante básicamente coinciden con los que considera que debe presentar. Como he indicado anteriormente, desde el momento en que no coincidan no estaremos ante un participante, sino ante un observador.

La segunda precisión presenta un carácter sobrevenido. En su prólogo a *Legal Reasoning and Legal Theory*, revisado en 1994, MACCORMICK pone de relieve que sus planteamientos inicialmente positivistas hartianos se han visto matizados en los últimos años¹². En ese mismo prólogo el profesor escocés señala que ALEXY y HABERMAS le han convencido de la vinculación entre la razón práctica discursiva y el razonamiento jurídico. Esto significa, en los términos de este trabajo, que la posición de MACCORMICK respecto a la TCE tiende a desplazarse desde TCE2 hacia TCE3. Veamos qué significa esto.

2.2.3. TCE3. La teoría de ALEXY

Frente al bloque positivista que forman TCE1 y TCE2, TCE3 constituye la versión más fuerte de TCE: el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral crítico. El razonamiento jurídico queda así conceptualmente vinculado al razonamiento moral racional. La teoría de ALEXY parece responder a esta interpretación de la TCE. Según ALEXY, todo acto de habla normativo (y el razonamiento jurídico lo es) presenta una pretensión de corrección. En principio, desde la perspectiva del observador, una *pretensión* de corrección no puede

12. MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., p. xv.

garantizar más que una vinculación a la moral social. La vinculación del razonamiento jurídico al razonamiento moral crítico se basa en la adopción de un punto de vista interno para estudiar el Derecho y la argumentación y en una serie de presupuestos trascendentales e hipótesis empíricas acerca de la naturaleza humana. Veámoslo con algo más de detenimiento.

La teoría de ALEXY adopta el punto de vista del participante, el punto de vista interno, para desarrollar su teoría del Derecho y su teoría de la argumentación. Desde esta perspectiva, sería de algún modo contradictorio que un agente adoptara unos criterios jurídicos o morales que no fueran considerados por él mismo como correctos. Normalmente hemos visto que las contradicciones se dan entre dos normas y no dentro de una misma norma. Pero esto no es imposible. Pensemos en una norma, N1, que nos propone el psicólogo Paul WATZLAWICK, y que dice "¡Sea usted espontáneo!": si cumplo con la norma, entonces dejo de ser espontáneo, que es lo que ordena la norma y si soy espontáneo sin la motivación de la norma, entonces no la estoy cumpliendo propiamente, sino que sólo se produce una coincidencia entre mi conducta y la que prescribe la norma. La verdad es que no es nada fácil cumplir con N1, porque parece que hay algo en el funcionamiento de esta norma incompatible con su *contenido*. Pues bien, con las normas que no respetaran una cierta pretensión de corrección por parte de quien las profiere sucedería algo similar, si bien con algunas diferencias que veremos a continuación.

Según Robert ALEXY, las normas que no observan una pretensión de corrección estarían incurriendo en una contradicción insalvable. ¿Pero cómo se produce esta contradicción? A juicio de ALEXY, que en este extremo sigue muy de cerca la filosofía de Jürgen HABERMAS, cuando nosotros decimos cosas a los demás, estamos, sobre todo, *haciendo cosas con las palabras*. Cuando

afirmo, siguiendo un célebre ejemplo, "el gato está sobre el cojín", entonces no sólo pronuncio unas palabras, estoy haciendo cosas con esas palabras, estoy desarrollando un acto de habla que sigue ciertas reglas del juego. Por ejemplo, es una regla del juego de describir cosas que se haga con una cierta pretensión de verdad. En nuestro ejemplo, si afirmo "el gato está sobre el cojín", yo mismo creo que esa afirmación es verdadera. Si yo afirmara, siguiendo con el ejemplo de J.L. AUSTIN, "el gato está sobre el cojín, pero yo no lo creo", la gente quizá me replicaría que estoy algo confuso o loco o me rogarían que me aclarara antes de ir diciendo cosas absurdas por ahí. Esto significaría que los actos de habla constatativos, aquellos mediante los cuales describimos el mundo, presentarían una pretensión de verdad, de modo que si no se respeta, entonces el acto de habla es de alguna manera inválido o defectuoso. El enunciado "el gato está sobre el cojín, pero yo no lo creo" no funciona, no sirve para comunicarnos con los demás, para expresar una idea coherente y el fin último de nuestros actos de habla, de nuestros juegos de lenguaje, es la comunicación.

Análogamente, lo mismo sucede con los actos de habla emotivos, mediante los que expresamos emociones. Parece que si nuestras expresiones de afecto, cariño, etc., no responden a un sentimiento verdadero, son defectuosas. Por ejemplo, si Pepe dijera "¡Pepita te adoro cada día más!" y luego añadiera: "pero creo que eres un horror y lo cierto es que siento que la vida a tu lado me parece un infierno", todos pensaríamos que las expresiones de cariño de Pepe hacia Pepita son defectuosas en algún sentido. Todos tenemos, a veces, sentimientos contradictorios, pero aquí el problema es que no hay veracidad. El acto de comunicación que se expresa a través del "¡Pepita, te adoro!" no es propiamente una expresión de afecto porque no cuenta con un sentimiento sincero, veraz, en el que se apoye.

Si volvemos al mundo de las normas, sucede algo parecido. Cuando una norma es extremadamente injusta y así lo considera quien la dicta, entonces se produce una quiebra de la pretensión de corrección asociada a los actos de habla regulativos. Si en un aula dijera a mis estudiantes: "¡Traigan para mañana un estudio completo sobre la filosofía jurídica de Kelsen de no menos de 1500 páginas o de lo contrario serán suspendidos!" y luego añadiera: "¡aunque esto me parece una injusticia absoluta!", entonces parece que se produciría una cierta contradicción y mis alumnos podrían pensar que no estoy en mis cabales. Mediante una norma yo intento que otra persona convierta mi propia norma en una razón para actuar, pero ¿cómo se puede esperar que esto ocurra si ni siquiera yo mismo considero mi orden digna de cumplimiento? Se trata de algo parecido a lo que sucede con la institución de la promesa. Si incumplo sistemáticamente mis promesas, seguramente no podré en el futuro formular promesas, porque nadie las tomará en serio. Sólo puedo mantener la institución de la promesa, si me mantengo fiel a la idea de que las promesas son para mantenerlas. De lo contrario, en el largo plazo me autodestruyo en mi capacidad de formular promesas, quedo fuera del juego de formular promesas porque no respeto un presupuesto trascendental de este juego de lenguaje: que las promesas se hacen para ser mantenidas.

La fundamentación de la existencia de una pretensión de corrección en las normas presenta, así, un carácter pragmático-trascendental. La fundamentación es pragmática en el sentido de que se sitúa, como hemos visto, en el nivel pragmático del lenguaje (considerando la comunicación como un instrumento para *hacer cosas* en el ámbito social y regido por una serie de reglas) y es trascendental en el sentido de que investiga las condiciones de posibilidad de estos actos de habla (las pretensiones de validez asociadas a los actos de habla constatativos, emotivos o regulativos).

Alguien podría replicar (incluso invocando sus propias experiencias personales) que no hay nada de imposible en que alguien dicte normas injustas con la esperanza bien fundada de que sean obedecidas¹³. De hecho, desde la perspectiva del observador externo, cabe constatar dos problemas: primero, los individuos (entre los que se hallan legisladores y jueces) no son siempre coherentes con sus convicciones morales (en el caso de que las tengan) y, segundo, cuando lo son, no debemos olvidar que se trata tan sólo de eso: *convicciones* morales, no *certezas* morales, por así decir. Se trata, en los términos antes señalados, de una moral crítica social. El propio ALEXY destaca que se trata de una mera *pretensión* de corrección. Un observador puede verificar sin grandes problemas que existen personas sin convicciones morales, personas incoherentes con sus propias convicciones morales y personas con convicciones morales incorrectas desde el punto de vista de la moral crítica. Lamentablemente, en el curso de la historia, algunas personas como éstas han desarrollado (y aun hoy lo hacen) actividades legislativas, jurisdiccionales o dogmáticas. Por otra parte, el mundo está lleno de personas con buenas intenciones, pero esto no parece impedir la existencia de órdenes normativos más o menos inicuos.

Frente a este tipo de inconvenientes, ALEXY insiste en dos argumentos radicalmente distintos, uno de carácter pragmático trascendental y otro de naturaleza empírica. La primera cuestión es ¿por qué somos coherentes con nuestras convicciones morales? Según el argumento trascendental, la pretensión de corrección es, como he señalado, una regla constitutiva de

13. Vid. en este sentido una crítica a la tesis de la pretensión de corrección en Betegón, J., “Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección”, en *Doxa*.

nuestros juegos de lenguaje. Si renunciamos a ella, no es que infrinjamos las normas de la comunicación; es que, simplemente, no estamos ejecutando un acto de habla válido, no estamos realizando un acto de comunicación, y si renunciamos siempre a hacer uso de las reglas constitutivas de la comunicación nos estamos autodestruyendo¹⁴. Si comienzo a dictar normas absolutamente injustas a mis alumnos, entonces a largo plazo probablemente acabaré con mi carrera docente para siempre. No podré argumentar porque me excluyo como participante en un discurso racional. ALEXY se inscribe de este modo en la tradición kantiana trascendental "ensanchada dialógicamente"¹⁵ por lo que hoy representa la teoría del discurso de K.O. APEL y Jürgen HABERMAS.

Queda, entonces, por solucionar un segundo interrogante: ¿qué garantiza que las convicciones morales de un individuo coincidan con los dictados de la moral crítica? En este punto ALEXY se sitúa en una perspectiva empírica y adopta un aire entre intuicionista y utilitarista. Se muestra intuicionista porque el presupuesto de la coincidencia de las convicciones morales de los individuos con los dictados de la moral crítica parece presuponer que la bondad se halla de algún modo *inscrito en el corazón de los hombres*, por decirlo con los clásicos¹⁶. Se mues-

14. Vide ALEXY, R., "Diskurstheorie und Menschenrechte", en *Recht, Vernunft, Diskurs*, cit., pp. 127-164, aquí p. 139.

15. La expresión es de WELLMER, A., *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*, trad. de Fabio Morales, Anthropos, Barcelona, 1994, p. 49.

16. El intuicionismo de ALEXY se manifiesta en la vinculación entre el aspecto material y epistemológico de la corrección: "cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento" (ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 57).

tra utilitarista o hobbesiano¹⁷ porque viene a afirmar que cualquier individuo está interesado por motivos egoístas en la vigencia de las reglas morales implícitas en cualquier discurso normativo. La dimensión intuicionista de la teoría de ALEXY pone al alcance de todos el conocimiento de la ética del discurso. La dimensión hobbesiana de la teoría de ALEXY asegura el sometimiento de todos a la ética del discurso. En otras palabras, el aspecto intuicionista garantiza el entendimiento y el aspecto hobbesiano garantiza la voluntad. No me detendré aquí a analizar los problemas que puede acarrear la articulación de estas dos vertientes.

Más interés presenta destacar que ALEXY no establece una severa distinción entre moral social y moral crítica. En su superación del modelo kantiano y en línea con HABERMAS, introduce en la moral crítica elementos propios de la moral social. La ética discursiva es el resultado de un diálogo racional entre una serie de participantes, de afectados, que deben respetar ciertas reglas de juego. Los intereses de los participantes varían (en esta medida se aproxima a una forma de moral social), pero las reglas procedimentales que rigen el discurso son objetivas (en esta medida se aproxima a una forma de moral crítica). Por tanto, ALEXY formula una ética constructivista, es decir, una ética en la que no existe una división tajante entre moral social y moral crítica y de ese modo, cualquier objeción a la idea de confusión entre moral social y crítica tiende a perder importancia.

17. El “argumento hobbesiano” de ALEXY (vide TAJ, pp. 305-310) es prácticamente el mismo que aduce SOPER bajo el nombre de “argumento utilitarista” (SOPER, Ph., *Una teoría del Derecho*, trad. de Ricardo Caracciolo, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 103 y ss. y 130 y ss.).

2.2.3.1. TCE3 y el positivismo jurídico

La virtualidad antipositivista de TCE3 se basa en que los juristas “hacen justicia según Derecho” y esto significa que en su actividad jurisdiccional el juez hace siempre justicia en alguna medida cuando aplica el Derecho y que siempre aplica el Derecho en alguna medida cuando imparte justicia.

La afirmación de que el juez hace justicia cuando aplica el Derecho entra en conflicto con la tesis positivista de la separación de moral y Derecho, en cuanto presupone con carácter necesario lo que el positivismo considera contingente: cierta corrección moral en las premisas normativas (entre ellas las jurídicas) del razonamiento jurídico. Pero también la afirmación de que el juez aplica el Derecho al impartir justicia afecta a las tesis positivistas de la separación de Derecho y moral porque no distingue lo que es la aplicación de normas jurídico-positivas de las normas morales que puedan aplicarse en el ejercicio de la discreción judicial. La condición de “caso especial” del razonamiento jurídico en TCE3 sirve para matizar estas consecuencias extremadas, pero no es una cautela muy rotunda, en verdad. Veamos estas cuestiones con más detenimiento.

2.2.3.1.1 ¿Hace el juez justicia cuando aplica el Derecho?

Cuando se afirma que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento moral, se define al razonamiento *per genus* y al mismo tiempo se presuponen algunas diferencias que lo especifican. Por lo tanto, el razonamiento jurídico es caracterizado como una clase que mantiene una relación de inclusión con la clase razonamiento práctico. Esto significa que la clase razonamiento jurídico pertenece a la clase del razonamiento práctico, de mayor extensión. La cuestión es entonces

qué propiedad o propiedades definen la clase razonamiento práctico y bajo cuáles cabe admitir o no al razonamiento jurídico.

Los miembros de la clase razonamiento práctico tienen la propiedad de ser una inferencia en la que figura, al menos, una norma. Admitir que el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico en este sentido sería trivial. En realidad no tendría sentido ni siquiera hablar del razonamiento jurídico como un caso especial. Se trataría de un caso más de razonamiento práctico¹⁸. Sin embargo, en TCE3 se habla de un razonamiento práctico basado en los dictados de la moral correcta. La propia idea de “hacer justicia según Derecho” presupone que debe existir cierta coherencia entre el Derecho y la moral. ¿Sería, acaso, posible hacer justicia según Derecho injusto? ¿Sería posible razonar moralmente con premisas jurídicas inmorales? Parece que si admitimos la posibilidad de un Derecho injusto, entonces es difícil aceptar abiertamente TCE3.

Así las cosas, los defensores de TCE3 pueden introducir la cautela de la especialidad. En realidad, TCE habla de caso *especial* para excluir la identidad de razonamiento jurídico y razonamiento moral. Esta matización desarrolla una función análoga a la del carácter *extremadamente* injusto de las normas que no pueden pertenecer al Derecho según el argumento de la injusticia de la célebre fórmula de RADBRUCH¹⁹. Es más, TCE3 no sólo presenta esta analogía con el argumento de la injusticia. En

18. Prescindiendo de la cuestión de que algunos razonamientos jurídicos no siempre presentan un carácter normativo, dada la existencia en los sistemas jurídicos de, por ejemplo, definiciones.

19. Sobre este argumento, vid. ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 34; RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

realidad TCE3 y el argumento de la injusticia resultan complementarios. Veamos en qué sentido.

Como es sabido, según la fórmula de RADBRUCH, las normas extremadamente injustas no pertenecen al Derecho. De este modo, es posible admitir que en un ordenamiento existen normas jurídicas injustas, pero no normas jurídicas extremadamente injustas. Se trata de una corrección del iusnaturalismo tradicional, por la que el Derecho deja de ser justo *ex definitione*. Ésta es, nos dice ALEXY, "la ironía (*Witz*) de la fórmula de RADBRUCH"²⁰. Como señala PECZENIK, hemos pasado del *lex iniusta non est lex* al *lex iniustissima non est lex*²¹. Si el problema en teoría del Derecho es entonces cómo determinar el "umbral de la injusticia" (*Unrechtsschwelle*) que separa lo injusto de lo extremadamente injusto, análogamente el problema en teoría de la argumentación reside en cómo determinar el límite a la especialidad, es decir, dónde situar el umbral que define el grado de tolerancia máxima de premisas injustas en el razonamiento práctico: ¿cuán injusto debe ser un razonamiento jurídico para que no pueda considerarse un *caso especial* de razonamiento moral? Ésta es una cuestión no suficientemente aclarada por la teoría de la argumentación jurídica. Probablemente, esto se explique mejor por la complementariedad de TCE3 y una concepción no positivista del Derecho. Si mantenemos una concepción no positivista del Derecho, entonces no pueden darse premisas jurídicas extremadamente injustas en el razonamiento jurídico (pues las normas extremadamente injustas no serían jurídicas), lo que elimina la ocasión para que se produzcan con-

20. ALEXY, R., *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Joachim Jungius, Hamburgo, 1993, p. 33.

21. PECZENIK, A., "Dimensiones morales del Derecho", cit., p. 104.

tradiciones extremas entre las premisas jurídicas y el razonamiento moral crítico. De este modo se excluye la mera posibilidad de que el problema surja y así resulta innecesario referirse a él.

Volviendo al núcleo de la argumentación, TCE3 entonces sólo puede sostenerse sobre alguna de estas dos posibilidades: a) establecer la corrección moral en términos puramente formales, procedimentales o b) restringir la extensión de los razonamientos jurídicos y limitarla a aquéllos que proporcionan premisas adecuadas para un razonamiento moral correcto. Ambas estrategias aparecen de manera recurrente en las argumentaciones de numerosos teóricos y merecen algo más de detenimiento:

- a) Si observamos los presupuestos en materia ética de autores como Robert ALEXY, podemos advertir que no nos hallamos ante un vaciamiento precisamente, sino más bien ante una relativización de la moral. La moral no se concibe como algo fuera de este mundo alejado de los discursos de los participantes, sino precisamente relativo a ellos. Lo que RAWLS denomina “el hecho del pluralismo” se ha convertido en un elemento constitutivo del discurso moral que relativiza la propia noción de moral originando una cierta gradualidad entre Derecho y moral²².
- b) Pero también se ha recurrido a menudo a la segunda estrategia, es decir, a la estrategia de restringir la extensión del concepto de Derecho, tomando como central el caso del razonamiento jurídico en los Estados de Derecho constitucionales occidentales y manteniendo una teoría del

22. He estudiado esta cuestión con algo más de detenimiento en mi trabajo “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en M. Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003.

Derecho no positivista que no tolera en la extensión del concepto de sistema jurídico el Derecho injusto, lo que impide la presencia de premisas normativas injustas, contrarias a la corrección del razonamiento práctico, como he señalado anteriormente. Esta vía (la vía de cierto constitucionalismo²³) ha gozado de particular éxito entre “filósofos del Derecho con vocación de constitucionalistas y de constitucionalistas con vocación de filósofos del Derecho”²⁴ (entre los primeros se incluirían ALEXY, DWOR-KIN, HABERMAS o NINO y entre los segundos Gustavo ZAGREBELSKY²⁵).

Sin embargo, quien caracterice el razonamiento práctico materialmente, como conjunto de inferencias normativas sustantivamente correctas y/o entienda por Derecho no sólo el conjunto de sistemas jurídicos propios de los Estados de Derecho constitucionales, entonces quizá habrá de asumir que el razonamiento jurídico, vinculado a una serie de normas jurídicas que son justas sólo de manera contingente, puede entrar en conflicto con el razonamiento práctico general. Si resulta que

-
23. Vide PRIETO, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.
 24. PRIETO, L., “La doctrina del Derecho natural”, en BETEGÓN, J., GASCÓN, M., DE PÁRAMO, J.R., PRIETO, L., *Lecciones de teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 31-66, aquí p. 65.
 25. Vide ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 1995; PECES-BARBA, G., “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, epílogo a la primera edición de *El Derecho dúctil*, cit., pp. 157-173; ANSUÁTEGUL, F.J., “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: ZAGREBELSKY y SCARPELLI”, en *Derechos y Libertades*, N.º 2 (1994), pp. 113-151; GUASTINI, R., “Diritto mite, diritto incerto”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, N.º 2 (diciembre 1996), pp. 513-525. Vid. también los trabajos a propósito de la obra de ZAGREBELSKY en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1996-1997).

este conflicto es insalvable, entonces, como señala BRAUN, quizá la argumentación jurídica no podrá ser considerada un *minus*, sino más bien un *alliid* con respecto a la argumentación moral²⁶ y en este sentido TCE3 habría de ser seriamente cuestionada.

2.2.3.1.2. ¿Aplica el juez Derecho cuando imparte justicia?

Hasta el momento me he referido a los problemas que se derivan de la moralización del razonamiento jurídico en TCE3. A continuación, me ocuparé de la cuestión de la juridificación del razonamiento moral. La cuestión es: ¿aplica el juez invariablemente Derecho cuando hace justicia?

Normalmente, el principio de legalidad somete la actividad jurisdiccional al Derecho. En rigor, el juez debe aplicar el Derecho y solamente el Derecho. Sin embargo, del análisis de la fundamentación de las decisiones judiciales se desprende que en éstas no sólo figuran normas jurídicas, sino que podemos hallar consideraciones de justicia, referencias a la moral social o condicionamientos ideológicos. La cuestión es, como afirman COVAL y SMITH, que “la riqueza del *output* no puede ser explicada con tal pobreza de *input*”²⁷.

Para explicar la riqueza del *output* caben sendas interpretaciones: la interpretación positivista y la no positivista. Según el positivismo, el juez aplica el Derecho y ejerce además cierta discreción judicial. La explicación positivista consiste en que al *input* inicial se le han añadido otros elementos. Según el no po-

26. BRAUN, C., “Diskurstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft”, en *Rechtstheorie*, N.º 19 (1988), pp. 238-261, aquí p. 259.

27. COVAL, S.C. y SMITH, J.C., “Some Structural Properties of Legal Decisions”, en *Cambridge Law Journal*, N.º 32 (1) (abril, 1973), pp. 81-103, aquí p. 81.

sitivismo, en cambio, el sistema jurídico no era tan restringido como había sostenido el positivismo. La explicación es en este caso que el *input* era mayor de lo que el positivismo había pensado. Ésta es la vía seguida por el ataque más relevante de entre los emprendidos contra el positivismo jurídico en las últimas décadas. Me refiero obviamente a la teoría de Ronald DWORKIN. Según DWORKIN, el Derecho se compone de una serie de normas reconocibles por el positivismo jurídico y de otras, los principios, ignorados por éste, pero válidos por su corrección moral y que también vinculan a los jueces en su actividad jurisdiccional.

A juicio de ALEXY, la teoría de DWORKIN supone un avance, porque enriquece el esquema positivista de reglas con una serie de principios. Sin embargo, el profesor alemán no lo considera un avance suficiente. La superación del esquema dworkiniano pasa en la teoría de ALEXY por la distinción en el Derecho de un lado pasivo y un lado activo. El lado pasivo del Derecho está compuesto por una serie de normas (reglas positivistas y principios dworkinianos). El lado activo del Derecho está integrado por procedimientos²⁸. De acuerdo con ALEXY, el Derecho debe ser contemplado como un sistema de procedimientos argumentativos y no meramente como un conjunto estático de normas. El Derecho debe ser estudiado desde su lado activo y no sólo desde su lado pasivo. El resultado es que la teoría del Derecho tiende a convertirse en una teoría de la argumentación jurídica. Esto comporta una consecuencia importante: si el Derecho tiende a ser contemplado como una teoría de la argumentación jurídica y de acuerdo con TCE3 la teoría de la argumentación

28. Vid. ALEXY, R., "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", trad. de Carlos de Santiago, en Garzón Valdés, E. (comp.), *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona, 1985, pp. 43-57.

jurídica tiende a convertirse en una teoría de la argumentación moral, entonces el Derecho tiende a aproximarse a una forma de razonamiento moral. Éste es precisamente el itinerario que parece describir la argumentación antipositivista implícita en la TCE. Éste es un problema que KELSEN considera al analizar la teoría de ESSER y también la de POUND²⁹. ESSER sostuvo que ciertos principios extrasistemáticos que se hallan en la base de algunas normas también forman parte *proprio vigore* del Derecho. KELSEN opone a este planteamiento un argumento de "economía conceptual": es necesario delimitar el Derecho frente al resto de elementos que intervienen en una decisión judicial; de lo contrario, el concepto de Derecho se expandiría tanto que llegaría a perder su significado, pues cualquier norma podría llegar a formar parte del sistema jurídico.

Sin embargo, no sólo el concepto de Derecho sale perjudicado por esta confusión. La propia función judicial queda desvirtuada. Si todas las normas que figuran en la argumentación de un juez deben ser consideradas parte del Derecho, entonces la propia vinculación del juez al Derecho dejaría de existir. Se produciría una situación semejante a la célebre que relata PLATÓN en el *Eutifrón* y que vimos con anterioridad en el tema IV: si todo lo que el juez aplica es Derecho por el hecho de aplicarlo, entonces el juez no está vinculado por Derecho alguno (y ésta es una consecuencia que ALEXY difícilmente aceptaría³⁰).

29. Vid. KELSEN, H., *Teoría general de las normas*, trad. de Hugo Carlos Delory Jacobs, Trillas, México, 1994, cap. 28 y pp. 302-303, nota 80.

30. Vid. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 312, donde censura la infravaloración de la vinculación a la ley, la dogmática jurídica y el precedente por parte de la tópica.

Para comprender la cuestión adecuadamente, la teoría de BULYGIN³¹ resulta una vez más particularmente esclarecedora. El profesor argentino distingue entre pertenencia y aplicabilidad. Una norma válida es una norma que pertenece al Derecho. Una norma aplicable es aquella susceptible de aplicación por los jueces. Normalmente las normas válidas son aplicables y las normas son aplicables en cuanto válidas. Sin embargo, esto no siempre es así. En ocasiones, se aplican normas que no pertenecen al sistema jurídico y en tales casos dejan de ser aplicables normas válidas relevantes para el caso. Esta situación tiene lugar, por ejemplo, cuando se aplican normas extranjeras según prescribe alguna norma de conflicto de Derecho internacional privado o cuando se aplica Derecho histórico de acuerdo con una disposición transitoria. Esto demuestra que no toda norma aplicable es válida.

El esquema es perfectamente trasladable al problema que nos ocupa. Ciertas normas morales y otros estándares que forman parte de la justificación explícita y, en su caso, de la justificación entimemática de una decisión judicial son aplicables a pesar de que no forman parte necesariamente del Derecho. Cabría entonces preguntarse de dónde obtienen su aplicabilidad. Las normas extranjeras se aplican sobre la base de una norma válida de Derecho internacional privado y el Derecho histórico sobre la de una disposición transitoria válida. En realidad, han existido diversos medios para fundar la aplicabilidad de estándares morales extrajurídicos. La forma más manifiesta

31. Vid. BULYGIN, E., "Tiempo y validez", en ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 195-214.

consiste en el artículo 1.2 del Código civil suizo³², que autoriza al juez a portarse como si fuera un legislador, pero en otros ordenamientos se han ensayado fórmulas más sutiles que tienden a disimular el creacionismo judicial: así las referencias a las buenas costumbres, al orden público, a la diligencia del buen padre de familia, ciertos principios constitucionales, etc. Todas estas “fuentes de discreción”, por usar una expresión de RAZ³³, ofrecen una cobertura jurídica a la aplicabilidad de ciertos estándares morales y en los casos difíciles suponen una guía para que el juez desarrolle una teoría de la argumentación jurídica.

La noción de aplicabilidad permite dar una explicación satisfactoria al problema de la “riqueza del *output*” y supone una alternativa sólida a la visión no positivista del Derecho y a la concepción de la argumentación jurídica según TCE3. Sin embargo, la noción de aplicabilidad no ha concitado la atención que quizá merecería por su versatilidad. Esta versatilidad sí ha sido especialmente puesta de relieve por José Juan MORESO, quien destaca la capacidad de la noción de aplicabilidad para explicar el papel en el sistema jurídico de las normas consuetudinarias, los estándares de moralidad, las normas irregulares (por ejemplo las inconstitucionales) y las que denomina “normas receptadas” (normas preconstitucionales que obtienen aplicación en el nuevo orden jurídico)³⁴.

32. Sobre las implicaciones de la teoría de DWORKIN en relación con este precepto del ordenamiento jurídico helvético, vid. STROLZ, M.M., *Ronald Dworkin's These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB*, Schulthess, Zurich, 1991.

33. Vid. RAZ, J., “Legal Principles and the Limits of the Law”, cit., pp. 75-76.

34. MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, *Op. cit.*, pp. 151 y ss.

Ahora bien, si la explicación que nos proporciona la noción de aplicabilidad al problema de la riqueza del *output* parece bastante razonable, ¿cuál es la razón de la fortuna de la alternativa no positivista? El origen de la confusión de pertenencia y aplicabilidad es la adopción del punto de vista interno, el punto de vista del participante para estudiar el Derecho. La confusión de pertenencia y aplicabilidad se puede observar claramente en la siguiente definición de fuente, que nos ofrece AARNIO desde un punto de vista típicamente de participante:

“Toda razón que de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas por la comunidad jurídica, puede ser usada como base justificadora de la interpretación es fuente del Derecho”³⁵

Según esta definición, una fuente es una norma aplicable. Ésta es una definición que se ciñe a la idea de fuente que aparentemente sostienen los participantes, singularmente los jueces. Esta perspectiva de análisis explica también la confusión de teoría del Derecho y teoría de la argumentación jurídica, pues el Derecho se identifica con el conjunto de razones, formalmente válidas o no, que fundamentan una decisión y también explica la confusión de razonamiento jurídico y razonamiento moral, porque, desde la perspectiva del participante, las razones para la acción deben unificarse bajo una razón última de carácter moral. La teoría de la argumentación jurídica, como la teoría de las razones para la acción, conduce la argumentación jurídica al ámbito de deliberación personal, donde no es posible la fragmentación del discurso práctico y de ahí deriva la unidad del discurso práctico, pero esto tiene lugar bajo el presupuesto

35. AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 123.

de la superioridad del punto de vista interno, del punto de vista del participante para analizar el Derecho. Cuando adoptamos el punto de vista externo, que rebasa el ámbito de la deliberación personal, observamos que en la realidad la fragmentación del discurso práctico no sólo es posible, sino frecuente.

Estas últimas consideraciones determinan una importante particularidad en los estándares morales respecto de otras normas inválidas pero aplicables. Mientras que desde un punto de vista interno, las normas extranjeras, derogadas o "receptadas" son consideradas extrajurídicas, los estándares morales son contemplados como parte del sistema jurídico. El no positivismo ha creado de este modo una asimetría en el conjunto de normas inválidas pero aplicables, mediante la confusión de normas jurídicas y normas morales aplicables en los procesos argumentativos de los participantes, que se rigen por la idea de TCE3.

En suma es necesario trazar los límites del Derecho frente a órdenes normativos como la moral y es necesario distinguir la pertenencia de las normas a un sistema jurídico de su aplicabilidad. Que el Derecho presente límites no significa que no sea *abierto*, en el sentido de que permite la aplicabilidad de normas ajenas al sistema jurídico. La aplicabilidad de estándares morales constituye un caso especial de aplicabilidad general en el Derecho.

3. CONCLUSIÓN

El razonamiento jurídico parece no poder contemplarse en puridad como una actividad estratégica, pero tampoco parece una expresión de pura racionalidad. En realidad, se diría que nos hallamos más bien ante una actividad en la que ambas

dimensiones entran en juego. Un discurso puramente estratégico parece más próximo a la actividad que despliega el abogado, pero no puede dar resultado sin una mínima pretensión de corrección. Por otra parte, el discurso imparcial y puramente orientado a la consecución de una objetividad absoluta parece asociado a la posición del juez, sin embargo, ciertos cálculos consecucionalistas y estratégicos no escapan de su razonamiento.

Admitida la relevancia jurídica del razonamiento práctico, la tesis del caso especial, núcleo de la teoría de la argumentación jurídica, es ambigua y por ello puede ser interpretada de modos diversos. Aquí he tomado como central la versión de la tesis del caso especial como una tesis descriptiva que vincula el razonamiento jurídico al razonamiento moral crítico y que reproduce el punto de vista de los participantes, según el cual los jueces “hacen justicia según Derecho” cuando ejercen su labor jurisdiccional.

Moral social y moral crítica, razonamiento moral social y razonamiento moral crítico no parecen dicotomías que puedan mantenerse absolutamente a la vista de las actuales corrientes éticas, lo cual ha transformado el discurso sobre las relaciones entre Derecho y moral y entre razonamiento jurídico y razonamiento moral. La TCE3 que sostiene Robert ALEXY es una prueba de ello, en el sentido de que parece presuponer una relativización de la distinción entre moral social y moral crítica y en la actualidad todo ello ha conducido a reforzar la importancia de la argumentación moral en el Derecho.

Capítulo IX

LA PRUEBA DE LOS HECHOS

SUMARIO: 1. Dos concepciones de la prueba: cognoscitivismo y concepción persuasiva: 1.1 Concepción cognoscitivista. 1.2 concepción persuasiva. 1.3 Las relaciones verdad-prueba. 2. La prueba judicial como prueba prevalentemente inductiva: 2.1 Prueba deductiva y prueba inductiva. 2.2 La valoración de la prueba. 3 Algunas construcciones doctrinales y jurisprudenciales. Consideraciones críticas: 3.1 La distinción prueba directa/prueba indirecta. 3.2. Los requisitos de la prueba indirecta o indiciaria. 4. Carácter institucionalizado de la prueba judicial. 5. La motivación de la prueba: 5.1. La necesidad de motivación de la prueba. 5.2. En qué consiste la motivación. 5.3. El estilo de la motivación. 5.4. Resumen: reglas sobre la motivación.



La teoría de la argumentación, que tan espectacular desarrollo ha experimentado en las últimas décadas, ha dedicado una escasa atención al juicio de hecho. Prueba de lo que acaba de decirse es que al ojear las bibliotecas jurídicas se constata que la mayor parte de las preocupaciones de los juristas se han centrado en los problemas de interpretación de las normas, asumiendo —implícita o explícitamente— que el conocimiento de hechos no plantea especiales problemas o que, planteándolos, está irremediabilmente abocado a la discrecionalidad extrema cuando no a la pura y simple arbitrariedad judicial. Un análisis mínimamente reflexivo no puede dejar de

poner de relieve, sin embargo, que el juicio de hecho es tan problemático o más que el juicio de derecho; que en él la discrecionalidad del juez es a menudo mayor que en la interpretación de las normas; que es, en fin, el momento de ejercicio del Poder Judicial donde el juez es más soberano y donde, en consecuencia, puede ser más arbitrario. Por ello, si la teoría de la argumentación quiere ser mínimamente completa no puede dejar de prestar atención al juicio de hecho.

1. DOS CONCEPCIONES DE LA PRUEBA: EL COGNOSCITIVISMO Y LA CONCEPCIÓN PERSUASIVA

En la medida en que la prueba judicial se endereza a comprobar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre hechos relevantes para la causa (generalmente hechos del pasado que no han sido presenciados por el juzgador), la concepción de la prueba que se mantenga se vincula al modo en que se entiendan la naturaleza, posibilidades y límites del conocimiento empírico; es decir, a la epistemología que se adopte. Como en línea de principio cabría adoptar dos tipos de epistemología, cabe distinguir —también en línea de principio— dos concepciones de la prueba, cada una de las cuales se caracteriza por mantener una cierta relación entre los conceptos de verdad (o enunciado verdadero) y prueba (o enunciado probado). Estas dos concepciones son la cognoscitivista y la persuasiva.

1.1. Concepción cognoscitivista de la prueba

Una primera epistemología es la que podríamos denominar objetivismo crítico: *objetivismo* porque entiende que la

objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente; *crítico* porque toma en serio las tesis sobre las limitaciones del conocimiento. O sea, se trata de una epistemología que mantiene que existen hechos independientes que podemos conocer aunque el conocimiento alcanzado sea siempre imperfecto o relativo. La concepción de la prueba que deriva de esta epistemología es la *cognoscitivista*, que concibe la prueba como un *instrumento de conocimiento*, o sea, como actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento que es sólo probable. En pocas palabras, desde esta perspectiva se asume que la declaración de hechos probados puede ser falsa. Por lo demás, en esta concepción la valoración de la prueba se concibe como una actividad *racional*, consistente en comprobar la verdad de los enunciados a la luz de las pruebas disponibles, y por ello susceptible de exteriorización y control.

1.2. Concepción persuasiva de la prueba

Una segunda epistemología es la *constructivista*, que entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir, que la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto. En sentido estricto no cabe hablar de un "conocimiento objetivo"; o si se quiere, la verdad, entendida como correspondencia, carece de sentido. La adopción de una epistemología constructivista en el proceso de prueba se manifiesta en aquellas propuestas que postergan la averiguación de la verdad en favor de otras finalidades prácticas del proceso. Estas tesis se vinculan a la teoría del *adversary system* y, en general, a las posiciones ideológicas del proceso civil que conciben a éste esencialmente como

*un instrumento para la resolución de conflictos*¹. Y es que si el objetivo del proceso es dar una solución práctica al conflicto, no será necesario que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los hechos litigiosos: bastará con obtener un resultado formal que sea operativo. Es más, podría incluso pensarse que la comprobación de la verdad es un obstáculo para la rápida solución de la controversia. Estas propuestas alimentan una concepción *persuasiva* de la prueba que entiende que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable. Por ello, la prueba, en cuanto actividad consistente en comprobar la verdad de los enunciados fácticos, es un sin sentido: ni siquiera puede discutirse si el conocimiento del juez es correcto o equivocado; simplemente está persuadido. Por lo demás, una concepción de este tipo es compatible con (y, más aún, implica) una concepción *irracional* de la valoración de la prueba. De un lado, porque la persuasión de un sujeto sobre algo es un estado psicológico y nada más; de otro, porque la persuasión podrá fundarse sobre cualquier cosa que haya influido en la formación de ese estado psicológico, y no necesariamente en la producción de pruebas.

1.3. Las relaciones verdad-prueba

La distinción entre las dos concepciones de la prueba comentadas se puede analizar a la luz de las relaciones entre los conceptos de verdad y prueba.

Decir que un enunciado fáctico es *verdadero* significa que los hechos que describe han existido o existen en un mundo

1. Vid. TARUFFO, M., “Modelli di prova e di procedimento probatorio”, *Rivista di Diritto Processuale*, XLV, 2, 1990, pp. 429 y ss.

independiente; o sea, que es correcta, en el sentido de que se corresponde con la realidad, la descripción de hechos que formula. Decir que un enunciado fáctico está *probado* significa que su verdad ha sido comprobada; o sea, que el enunciado ha sido confirmado por las pruebas disponibles². Podría decirse que mientras el cognoscitivismo separa ambos conceptos, la concepción persuasiva los identifica: desde la perspectiva cognoscitivista *la declaración de hechos probados de la sentencia puede ser falsa*; desde la concepción persuasiva no tiene sentido realizar tal afirmación, pues aunque, en rigor, la verdad de los hechos no es aquí algo que deba perseguirse, es evidente que en la práctica esta posición descansa sobre un concepto de verdad en virtud del cual *verdadero es lo que resulta probado en el proceso*.

Ahora bien, nótese que el concepto de *verdad* (o enunciado verdadero) traduce, en relación con el de *prueba* (o enunciado probado), un *ideal*, y en esta medida dicha distinción tiene la virtualidad de *poner de relieve las inevitables limitaciones que el procedimiento probatorio padece* a la hora de averiguar lo que efectivamente ha sucedido: aunque sólo la declaración de hechos probados resulta jurídicamente relevante, no es infalible, y desde luego puede ser distinta (de mayor pero también de menor calidad) a la obtenida a través de otros procedimientos que no tengan las trabas y limitaciones procesales³. Por eso, la

-
2. Si bien, cuando un enunciado fáctico ha sido confirmado por las pruebas disponibles, *suele decirse* que “es verdadero”.
 3. Como afirman ALCHOURRÓN, C., y E. BULYGIN, podrá decirse que la verdad procesal “es *final*, en el sentido de que pone fin a la controversia, (¡pero poner fin a la discusión sobre la verdad no hace verdadero el enunciado!)”, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid, 1991, p. 311.

distinción entre estos dos conceptos no sólo es posible sino incluso necesaria si se quiere dar cuenta del carácter autorizado pero falible de la declaración de hechos de la sentencia. Es más, *la distinción juega también un importante papel metodológico*, pues pone de manifiesto la necesidad de adoptar cautelas y establecer garantías para hacer que la declaración de hechos obtenida en el proceso se aproxime lo más posible a la verdad.

En suma, una concepción racional de la prueba exige distinguir entre los conceptos de verdadero y probado; exige, por tanto, el cognoscitivismo, concepción según la cual el proceso se orienta a la comprobación de la verdad, pero el conocimiento alcanzado es siempre imperfecto o relativo.

Por lo demás —como indica L. FERRAJOLI— esta es la única concepción de la prueba que se acomoda a una *actitud epistemológica no dogmática*, pues, a diferencia de la concepción persuasiva, que no permite pensar que la declaración de hechos de la sentencia sea falsa, ésta sí permite pensarlo: “permite sostener la hipótesis de que un imputado podría ser inocente (o culpable) aunque tal hipótesis haya sido rechazada en todas las instancias de un proceso y esté en contraste con todas las pruebas disponibles”⁴.

2. LA PRUEBA JUDICIAL COMO PRUEBA PREVALENTE-MENTE INDUCTIVA

2.1. Prueba deductiva y prueba inductiva

El objetivo principal de un procedimiento de prueba es la averiguación de los hechos de la causa. Ahora bien, éste no es

4. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, cit., p. 67.

un asunto trivial. Primero, porque el juez no ha tenido acceso directo a los hechos, de modo que lo que inmediatamente conoce son enunciados sobre los hechos, cuya verdad hay que probar. Segundo, porque la verdad de tales enunciados ha de ser obtenida casi siempre mediante un razonamiento inductivo a partir de otros enunciados fácticos verdaderos. Tercero, porque la averiguación de la verdad ha de hacerse mediante unos cauces institucionales que muchas veces estorban (y otras claramente impiden) la consecución de ese objetivo. Nos ocuparemos ahora del segundo aspecto.

En algunos casos, la verdad de los enunciados fácticos relevantes para la causa puede conocerse mediante observación de los hechos a que hacen referencia, es decir, mediante lo que podría denominarse *prueba observacional*, cuyo grado de certeza puede considerarse absoluto. Por ejemplo, el enunciado "ardieron veinte hectáreas de bosque" admite prueba observacional mediante una medición de la superficie quemada; aunque el caso paradigmático de este tipo de prueba es el reconocimiento judicial o inspección ocular. Sin embargo, por regla general, el juez no ha estado presente cuando se produjeron los hechos, de modo que su conocimiento de ellos no es casi nunca directo o inmediato, sino *indirecto o mediato*. Es decir, las pruebas, en estos casos, no son el resultado directo de la observación, sino de una inferencia que se realiza a partir de otros enunciados.

Algunas de estas inferencias son de carácter deductivo y, por tanto, en la medida en que las premisas de las que se parta sean verdaderas producirán resultados también verdaderos; es lo que podría denominarse *prueba deductiva*.

Un razonamiento deductivo válido es aquél en que la conclusión se sigue necesariamente de las premisas; de manera que es absolutamente imposible que las premisas sean verdaderas sin que la conclusión también lo sea. Por ello, este razonamien-

to se basa en una *ley universal*, una ley que establece que siempre que se den unas circunstancias se producen necesariamente otras.

La coartada y muchas pruebas científicas y biológicas son ejemplos de prueba deductiva. Así, las aserciones "A no estaba en el lugar L en el momento T", "había huellas de A en el coche de B" y "había sangre de A en la ropa de B" podrían probarse mediante coartada en el primer caso, mediante prueba dactiloscópica en el segundo y mediante prueba biológica en el tercero. La fuerza deductiva de la coartada, que se despliega a través de la regla lógica del *modus tollens*, se muestra de manera rotunda: la universalidad de la ley en que se apoya (aquella según la cuál nadie puede encontrarse simultáneamente en dos lugares distintos) constituye un punto fijo de nuestra experiencia, salvo que estemos dispuestos a admitir el milagro, o la magia, o el "don" de la ubicuidad. Y lo mismo cabría decir de muchas pruebas científicas o biológicas, aunque por distintas razones: en estos casos, la universalidad de las reglas que constituyen la premisa mayor de la inferencia deductiva deriva del elevadísimo crédito de que gozan en la comunidad científica.

La jurisprudencia también refleja a veces el carácter deductivo o demostrativo de las pruebas científicas, que deriva de la "universalidad" que se atribuye a las leyes científicas en que tales pruebas se apoyan. Así —se afirma— "si las leyes causales naturales están aseguradas científicamente, constituyen principios de *experiencia obligatoria*" (STS 2207/1993, fundamento segundo). Por ello, con referencia a una prueba de balística, el Tribunal Supremo español afirma que "la fuerza de tal prueba científica...es tal, que...la habilidad dialéctica y la persistencia argumentativa [para combatirla]...no puede destruir la *fuerza demostrativa* de la pericia balística"; y ello porque "la prueba se basa en conocimientos científicos con apoyo en reglas indu-

dables de comprobación por reiteradas experiencias por laboratorios propios y extraños, reproducida por publicaciones de Técnica Policial y de Balística" (STS 1852/1994, fundamento segundo).

Ahora bien, aunque pueda resultar una obviedad es preciso insistir en la necesidad de separar nítidamente las cuestiones lógicas de las epistemológicas, la validez de la verdad: la *validez* de un argumento deductivo no garantiza la *verdad* de la conclusión, pues la conclusión es verdadera "a condición de que" las premisas sean verdaderas. En otras palabras, el uso de medios de prueba deductiva *no garantiza*, por sí mismo, la infalibilidad de los resultados; y no ya, obviamente, por el carácter de la inferencia, sino por la calidad epistemológica de las premisas, en particular de las constituidas por aserciones sobre hechos singulares.

En efecto, incluso en las pruebas deductivas fundadas en reglas cuya universalidad ni siquiera puede cuestionarse, como la prueba "por signos" (por ejemplo, la fundada en la regla: "el parto es signo de embarazo previo") o la ya mencionada de la coartada (fundada en la regla: "nadie puede estar simultáneamente en dos sitios distintos"), conviene mantener una actitud cautelosa, pues la premisa menor de la inferencia deductiva puede ser falsa: puede ser falso que el parto se produjera, o que alguien estuviera en un determinado lugar a una hora precisa. Y con referencia a las pruebas científicas se imponen aún cautelas mayores. De un lado, porque la fiabilidad de los resultados de una prueba científica dependerá de su validez científica y de su corrección técnica: lo primero, porque muchas de estas pruebas pueden ser realizadas por métodos diferentes y no todos ellos gozan del mismo grado de aceptación en la comunidad científica, de manera que la *validez científica del método* usado pudiera ser objeto de discusión; lo segundo, porque la aceptabi-

lidad de la prueba dependerá también de que ésta se haya realizado correctamente, de manera que su *corrección técnica* podría ser también puesta en entredicho.

De todas formas, no se requiere sólo corrección técnico-científica, sino también corrección —podríamos decir— *técnico-procesal*. Así, a efectos de valorar positivamente el resultado de una prueba dactilar, el problema no es ya la validez científica de la prueba, que pudiera considerarse absoluta, sino su correcta realización en el laboratorio (corrección técnico-científica) y saber quién tomó la huella, por orden de quién, en qué objeto estaba depositada, en qué punto concreto, etc. (corrección técnico-procesal). Y lo mismo con respecto al análisis de una mancha de sangre, orina, saliva: es importante un detalle exacto de la recogida de las muestras que después han de ser analizadas.

Pero además, de otro lado, no todas las pruebas científicas pueden entenderse, a pesar de su apariencia, como pruebas deductivas. Muchas de ellas —por ejemplo la prueba positiva de ADN— son de naturaleza estadística, aunque si se han realizado bien y se han usado métodos científicamente válidos sus resultados pueden considerarse dignos de toda confianza, razón por la cual se las suele asimilar, desde el punto de vista de su grado de certeza, a las pruebas deductivas.

La más reciente jurisprudencia española parece consciente de la naturaleza estadística de muchas pruebas científicas, pero también de su elevada fiabilidad. Así, se estima que “las pruebas biológicas en el estado actual del desarrollo de las ciencias de la investigación de la paternidad arrojan unos resultados que pueden estimarse de *alta probabilidad*” (STS 2575/1992, fundamento segundo). Más exactamente, “el grado de certeza es absoluto cuando el resultado es negativo para la paternidad; y, cuando es positivo, los laboratorios de medicina legal señalan

grados de probabilidad del 99 por 100" (STC 7/1994 FJ 2.º). Por ello —se afirma— "nos encontramos ante una prueba *abrumadoramente demostrativa*...No es necesario que las pruebas biológicas arrojen un cien por cien de la imputación de la paternidad, ya que es suficiente que arroje...un alto índice de probabilidad que acredita de una manera cierta y segura que se ha producido el hecho del yacimiento y la consecuencia biológica del embarazo" (STS 2575/1992, fundamento segundo). Y con referencia a la prueba dactiloscópica, aunque se reconoce que "la eficacia práctica de la dactiloscopia para la identificación ha dependido, exclusivamente, del sistema clasificatorio de los dactilogramas", tal prueba se ha estimado, desde siempre, como suficiente para enervar la presunción de inocencia por gozar "*de absoluta fiabilidad*" (por todas, STS 2814/1993).

Las observaciones que acaban de hacerse son importantes, pues ponen de manifiesto que, pese al aura de infalibilidad que rodea las pruebas científicas y todas las de naturaleza deductiva, hay que asumir como tesis epistemológica general que el grado de conocimiento que proporcionan es sólo el de probabilidad, por más alta que ésta pueda ser.

Pero sin duda el razonamiento probatorio más frecuente es el que suele denominarse *prueba inductiva*, pues por inducción, *en sentido amplio*, se entiende todo aquel tipo de razonamiento en que las premisas, aun siendo verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su resultado, sino que éste se sigue de aquéllas sólo con alguna probabilidad.

En la mayoría de las ocasiones, en efecto, la prueba judicial de los hechos relevantes para el proceso exige echar mano de leyes o regularidades empíricas que conectan las pruebas existentes con una hipótesis sobre esos hechos; es decir, leyes que establecen que, siendo ciertas las pruebas, también lo será

la hipótesis sobre los hechos: $p \rightarrow h$. Ahora bien, pese a la apariencia deductiva de este razonamiento, en rigor su naturaleza es inductiva, y ello porque esas leyes empíricas a las que se recurre son leyes probabilísticas; o sea, sólo establecen —de acuerdo con nuestra experiencia pasada— que si las pruebas son verdaderas es probable que también lo sea la hipótesis: *si p, entonces es probable que h*.

Por ejemplo, leyes del tipo: si alguien odiaba profundamente a otra persona que ha aparecido muerta y/o estaba en el lugar del crimen momentos antes del mismo y/o tenía motivos suficientes para desear su muerte y/o se ha encontrado en su casa el arma del crimen y/o se ha encontrado sangre de la víctima en su ropa, entonces *es probable que* la haya matado.

Si a ello se añade que en el discurso judicial la mayoría de estas regularidades son leyes sociales —por tanto leyes sobre la acción humana libre— y, sobre todo, máximas de experiencia basadas en el *id quod plerumque accidit*⁵, entonces la naturaleza probabilística de la implicación se muestra todavía más clara, pese a la apariencia deductiva del razonamiento. Tal vez debido a esa apariencia deductiva no ha sido infrecuente que los juristas atribuyesen a los resultados de esa inferencia el valor de una consecuencia necesaria. Pero esto es un error. Una inferencia de este tipo es una clase de inducción, y por ello, en sentido estricto, lo más que puede decirse es que su resultado es una *hipótesis*,

5. Las máximas de experiencia, en la célebre definición de STEIN “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. (STEIN, *El conocimiento privado del juez*, Madrid, 1990, p. 42).

es decir, un enunciado que consideramos verdadero aun cuando no sabemos si lo es o no. Ello no significa, desde luego, que no puedan tratarse las hipótesis como verdaderas; es más, hay buenas razones para esperar que el resultado de una inducción rigurosa sea fidedigno. Significa tan sólo que, dado que el conocimiento inductivo es sólo probable, el resultado de la inducción puede ser falso.

La observación que acaba de hacerse no deja de tener consecuencias para el *modelo judicial de prueba*: si se admite la naturaleza falible de los resultados probatorios se hacen necesarias algunas precauciones metodológicas con el fin de aproximar, en la mayor medida posible, esos resultados a la verdad. Estas precauciones se proyectan sobre todo, aunque no sólo, sobre la *valoración de la prueba*.

2.2. La valoración de la prueba

La valoración es el juicio de *aceptabilidad* (o de veracidad) de los resultados probatorios (es decir, de las hipótesis). Consiste, más precisamente, en evaluar la veracidad de las pruebas (o sea, de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba), así como en atribuir a las mismas un determinado valor o peso en la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan. La valoración constituye pues el núcleo mismo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, a partir de esas informaciones, a una afirmación sobre hechos controvertidos.

Es posible configurar, en principio, dos distintos modelos de valoración, dependiendo de que ésta venga o no predeterminada jurídicamente: el modelo de prueba legal o tasada, en el primer caso, y el modelo de prueba libre, en el segundo. La

prueba legal o tasada, que no es sino una prolongación de la prueba irracional o de ordalía, supone la existencia de ciertas reglas de valoración establecidas en la ley que indican al juez cuándo (y en qué medida) debe dar un hecho por probado, con independencia de su convencimiento. El sistema de *prueba libre*, por el contrario, deja la valoración de la prueba a la (libre) convicción judicial.

Si se asume que la prueba proporciona resultados sólo probables debe descartarse cualquier valoración predeterminada de los medios de prueba, pues es muy posible que en el caso concreto el grado de probabilidad proporcionado por una determinada prueba resulte aún insuficiente para fundar la decisión, por más que el legislador le haya atribuido un valor específico. El principio de la libre convicción viene a levantar acta de esta situación, proscribiendo que deba darse por probado lo que a juicio del juzgador todavía no goza de un grado de probabilidad aceptable. La *libre convicción no es, por tanto, un criterio (positivo) de valoración alternativo al de las pruebas legales sino un principio metodológico (negativo)*⁶ que consiste simplemente en el rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión y que constituye, por eso, una auténtica *garantía de verdad*.

Ahora bien, en tanto que principio metodológico negativo, la libre convicción no sólo no es, sino que tampoco impone ningún criterio (positivo) de valoración; es decir, todavía no dice cómo valorar, cómo determinar el grado de aceptabilidad de una hipótesis. Pero si la libre convicción no dice nada, la concepción cognoscitivista de la prueba sí proporciona algunas claves al

6. Vid. también FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, cit., p. 139.

respecto. Por una parte, *proscribiendo* algunos criterios de valoración: la valoración no puede entenderse como una convicción íntima, incomunicable, intransferible, y por ello incontrolable y arbitraria, pues es obvio que la *íntima* convicción, por sí misma, no puede probar nada. Por otra, *indicando* el tipo de criterios que han de usarse: si valorar es evaluar la aceptabilidad de los resultados probatorios, y teniendo en cuenta que éstos se considerarán aceptables cuando su *grado de probabilidad* se estime suficiente, los criterios (positivos) de valoración indican cuándo una hipótesis ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos. Por eso, el objetivo de los *modelos de valoración* ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis⁷.

En el intento de racionalizar la valoración de la prueba, los modelos más desarrollados son los esquemas inductivos del *grado de confirmación*. Según estos esquemas, *una hipótesis puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (o sea, la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos*. Concurren aquí tres requisitos.

1. ° Requisito de la confirmación.

Una hipótesis (*h*) viene confirmada por una prueba (*p*) si existe un nexo causal o lógico entre ambas (que es una simple ley probabilística o una máxima de experiencia) que hace que la

7. Sobre los modelos de valoración racional de la prueba, vid. TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1992; y GASCÓN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

existencia de esta última constituya una razón para aceptar la primera.

$$\begin{array}{l} p \rightarrow h \\ p \\ \hline h \end{array} \quad \text{[es probable]}$$

La confirmación es, pues, una inferencia inductiva, por lo que el *grado de confirmación* de una hipótesis es equivalente a su *probabilidad*, es decir, a la *credibilidad* de la hipótesis a la luz del conjunto de conocimientos disponibles.

Siendo expresión del grado de confirmación, la probabilidad de una hipótesis aumenta o disminuye con:

(i) *El fundamento cognoscitivo y el grado de probabilidad expresado por las reglas y máximas de experiencia usadas.* Esto parece indudable: mientras algunas de esas reglas expresan relaciones más o menos seguras o precisas, otras, en cambio, tan sólo expresan toscas e imprecisas generalizaciones de sentido común. Además, mientras algunas de ellas tienen un fundamento cognoscitivo más o menos sólido (como las que constituyen vulgarizaciones de conocimientos naturales o científicos), otras adolecen de fundamento suficiente (como las que reproducen tópicos o prejuicios difundidos). Puede decirse, por ello, que "cuanto más seguro y preciso sea el tipo de conexión entre la hipótesis y las pruebas, mayor será el grado de confirmación de la hipótesis, que, por el contrario, sólo obtendrá confirmaciones 'débiles' cuando las conexiones sean genéricas, vagas y de incierto fundamento cognoscitivo"⁸.

8. TARUFFO, M., *La prova dei fatti*, cit. p. 247.

(ii) *La calidad epistemológica de las pruebas que la confirman.* El fundamento de esta afirmación también parece claro: si una prueba es débil, el grado de confirmación que atribuye a la hipótesis no puede estimarse alto, por más fundada que esté la regla que conecta la prueba con la hipótesis. Por ejemplo, la hipótesis "A mató a B" podría venir confirmada por el resultado de una prueba de ADN que estableciera que "las muestras de piel y cabello encontradas entre las uñas de la víctima pertenecen a A"; o podría venir confirmada por el testimonio de X, un enemigo de A, que declarara que, según le había comentado la víctima, "A odiaba a B y le había amenazado de muerte". Parece que el grado de certeza de la primera prueba es mayor que el de la segunda, por lo que el grado de confirmación o probabilidad conferido a la hipótesis "A mató a B" ha de ser también mayor en el primer caso que en el segundo.

(iii) *El número de pasos inferenciales que separan la hipótesis de las pruebas que la confirman.* Si la inferencia inductiva en que consiste la confirmación atribuye a la hipótesis (sólo) un cierto grado de probabilidad, la probabilidad se debilita con cada paso inferencial, de modo que cuanto mayor sea el número de pasos intermedios entre la hipótesis y las pruebas que la confirman, menor será la probabilidad. Así la hipótesis "A comercia con droga" podría venir confirmada por el testimonio de X: "A vendió droga en repetidas ocasiones en el lugar L"; o por el testimonio de Y (la policía): "A llevaba en el coche una balanza de precisión y en su casa se encontró una importante cantidad de dinero y una cierta cantidad de droga". El número de pasos inferenciales que separan la hipótesis del testimonio de X es menor que el número de pasos que la separan del testimonio de Y.

Entre el testimonio de X y la hipótesis hay un solo paso inferencial: el representado por el juicio de credibilidad de X,

que conduce a la afirmación "A vendió drogas en repetidas ocasiones en el lugar L"; es decir, a la hipótesis "A comercia con droga".

Entre el testimonio de Y y la hipótesis hay al menos dos pasos inferenciales: primero, el propio juicio de credibilidad de Y, que conduce a la afirmación "A llevaba en el coche una balanza de precisión y en su casa se encontró una importante cantidad de dinero y una cierta cantidad de droga"; después, el que, a partir de aquí y de una generalización (del tipo: si alguien lleva en su coche una balanza de precisión y en su casa tiene una fuerte suma de dinero y una cierta cantidad de droga, probablemente sea porque comercia con droga), conduce a la hipótesis "A comercia con droga".

Por eso, en el supuesto de que los dos testigos merecieran la misma credibilidad, la probabilidad de la hipótesis sería mayor en el primer caso que en el segundo⁹.

(iv) *La "cantidad" y "variedad" de pruebas o confirmaciones.* Es evidente que si la probabilidad de una hipótesis equivale a su grado de confirmación por el conjunto de conocimientos disponibles, cuanto mayor sea el número de confirmaciones mayor será su grado de probabilidad; probabilidad que será también mayor cuanto más variadas sean las pruebas que la confirman, pues la variedad de pruebas proporciona una imagen más completa de los hechos.

Finalmente, puesto que el grado de probabilidad de una hipótesis aumenta con la *cantidad y variedad* de las pruebas que

9. Aunque con terminología distinta, esta observación está ya presente en BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, 2 Vols., comp. de E. Dumont (1823), trad. de M. Osorio, EJEA, Buenos Aires, 1971, Vol. I, p. 365.

la confirman, y puesto que el procedimiento de prueba ha de tender a formular hipótesis con el mayor grado de probabilidad posible, se impone la observancia de la siguiente regla epistemológica: *No existen pruebas suficientes. Cualquier prueba relevante es necesaria, y por tanto debería ser admitida.*

Si esta afirmación tiene sentido es porque habitualmente se distingue entre los conceptos de relevancia y necesidad de prueba. La *relevancia (o pertinencia)* de las pruebas es la relación que guardan los hechos a los que hacen referencia con el objeto del juicio y con lo que constituye el *thema decidendi* y expresa la capacidad de la prueba para formar la convicción del juez. *Prueba necesaria* es la que es realmente útil para formar la convicción¹⁰. La distinción pretende poner de relieve que no toda prueba relevante (o pertinente) es necesaria, pues es posible que el juzgador posea ya elementos probatorios suficientes para formar su convicción y, por tanto, no sea necesario ningún esfuerzo probatorio adicional. Esta doctrina, que tiene la finalidad de evitar esfuerzos probatorios inútiles, parece, sin embargo, conceptualmente equivocada y (lo que es peor) puede producir al final resultados adversos para el fin cognoscitivo del proceso de prueba. Lo primero, porque si los resultados probatorios no pasan nunca de la mera probabilidad, cualquier prueba relevante es necesaria, en la medida en que contribuye a aumentar el grado de probabilidad de la hipótesis que se pretende probar. Lo segundo, porque, escudándose en esta distinción, el juez podría rechazar la práctica de pruebas relevantes, conformándose con una débil (y tal vez falsa) declaración de hechos.

10. Hay que decir que en la jurisprudencia se alude muchas veces al binomio relevancia/necesidad con los términos pertinencia/ relevancia o necesidad.

Parecen, por ello, acertados los pronunciamientos jurisprudenciales que —como hace el TC español— entienden que “la economía del proceso, su mayor celeridad o la eficacia en la administración de justicia, con ser indudablemente valores dignos de tutela, no justifican el sacrificio del derecho de los ciudadanos a usar pruebas pertinentes para su defensa”. (STC 51/1985, FJ 9).

2.º Requisito de la no-refutación.

Para aceptar una hipótesis es necesario que, además de confirmada, no sea refutada por las pruebas disponibles; es decir, que éstas no se hallen en contradicción con aquélla. El sometimiento a refutación de las hipótesis es por ello la “prueba de fuego” para poder aceptarlas. De aquí deriva otra importante regla epistemológica (o garantía de verdad) que exige la oportunidad de un momento contradictorio en el proceso en el que poder refutar las hipótesis (*requisito de la contradictoriedad*). Precisamente por eso, el proceso inquisitorio, donde la búsqueda de la verdad se confía sólo a la confirmación de la hipótesis por parte del juez, sin dar posibilidad a las partes (mediante un contradictorio) de defender la propia hipótesis demostrando lo infundado de la contraria, es un proceso afectado de una tara epistemológica importante.

3.º Requisito de la mayor probabilidad que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos.

Al final del proceso de confirmación y sometimiento a refutación de las hipótesis puede resultar que hipótesis rivales sobre los mismos hechos estén igualmente fundadas (o tengan la misma probabilidad, por lo que resta aún por determinar cuál

de ellas es la correcta. Para ello, puede ser útil el criterio de la *coherencia narrativa*, al modo en que lo entiende MACCORMICK, que indica cuál de las hipótesis en liza resulta más improbable¹¹: es más improbable la hipótesis que exige presuponer un mayor número de eventos y recurrir a un mayor número de principios explicativos auxiliares para permitir la coherencia entre la hipótesis y las pruebas.

Considérese, por ejemplo, el caso de una prostituta que recibe a los "clientes" en su habitación mientras su marido está en casa. Si estuviera en cuestión si el marido conoce tal actividad, podría pensarse (hipótesis-1) que sí, que está perfectamente al tanto de la misma y que nunca entra a molestar. Podría pensarse también (hipótesis-2) que el marido no se hubiese percatado de nada. Sostener esta segunda hipótesis exige, sin embargo, formular toda una serie de hipótesis suplementarias: que el marido nunca ha entrado en la habitación mientras su mujer estaba con otros, que jamás haya oído un ruido extraño, etc.

Según el criterio de la coherencia narrativa, resulta menos improbable, y por tanto más racional, la primera hipótesis.

Con todo, es posible que al final ninguna de las hipótesis en liza resulte suficientemente probada en detrimento de la otra, o que, siendo la probabilidad de una de ellas superior a la de la otra, esa probabilidad siga sin ser suficiente según los estándares institucionalmente exigidos (por ejemplo, mientras que en los procesos civiles suele bastar con una probabilidad *preponderante*, en los procesos penales suele exigirse un resultado *más*

11. MACCORMICK, N., "Coherence in Legal Justification" (1984), ahora recogido en M. BESSONE y R. GUASTINI, (coords.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1994, pp. 115 y ss.

allá de toda duda razonable). La necesidad que tiene el juez de resolver a pesar de este resultado estéril queda, entonces, cubierta por el reconocimiento (implícito o explícito) de *reglas legales de decisión* que indican, en cada caso, en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El *in dubio pro reo* en el proceso penal y, en general, las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de las mismas.

3. ALGUNAS CONSTRUCCIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Entre las muchas distinciones doctrinales sobre la prueba tiene especial importancia la que distingue entre prueba directa y prueba indirecta o indiciaria, pues a ella se anudan algunas consecuencias importantes, como la distinción entre niveles de valoración y entre exigencias de motivación. Merece la pena examinar brevemente esta distinción con el fin de examinar los acrílicos postulados en que se funda, así como también el catálogo de requisitos que habitualmente se exige a la denominada prueba indirecta o indiciaria.

3.1. La distinción prueba directa/prueba indirecta

Aunque no existe unanimidad en el criterio que funda esta distinción, puede decirse que la concepción “canónica” de la misma, por ser la normalmente usada por la doctrina y, sobre todo, por la jurisprudencia, entiende por ambos tipos de prueba lo siguiente.

Prueba directa, que se identifica con la *histórica*, es aquella 1.º) en la que el hecho principal que se pretende probar y del

que depende la decisión *surge directa y espontáneamente*, sin mediación alguna ni necesidad de raciocinio, del medio o fuente de prueba; y 2.º) es capaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho, pues —hay que suponer, aunque no siempre se diga— la prueba versa directamente sobre el mismo. Por asimilarse la prueba directa a la histórica, los casos típicos de prueba directa son la testifical y la documental.

Prueba indirecta o crítica o circunstancial o indiciaria es aquella: 1.º) en la que el hecho principal que se quiere probar no surge directamente del medio o fuente de prueba sino que se precisa además del *razonamiento*; y 2.º) es incapaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho.

Tomemos, por ejemplo, la definición de estas pruebas recogida en la jurisprudencia española. “*Prueba directa* es aquella que *de forma inmediata* ofrece un contenido probatorio concreto en tanto surge de él, *espontáneamente*, la posibilidad de su valoración. Es, en fin, la prueba que aclara la investigación, permitiendo la convicción judicial sin necesidad de deducciones ni inferencias. Así, la confesión del acusado o la declaración, en muchos casos, del testigo. Mas frente a esta prueba también existe la *indiciaria o indirecta* cuando por medio de dos o más indicios acreditados... se llega *lógica y racionalmente*, y por las vías de la experiencia...al hecho consecuencia... que se quiere acreditar”, STS 572/1996, de 16-09-1996.

Son supuestos de *prueba directa* aquéllos en los que “la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado: documentos, testigos, etc. Su valoración no presenta las dificultades propias de la prueba indiciaria, porque la consecuencia o apreciación viene determinada sin necesidad de hacer uso de operaciones mentales complejas, es decir, por ser en cierto modo tarea más teñida de objetividad. El problema, la dificultad y el peligro surgen con la

prueba indirecta... Hace entrada en ella la subjetividad del juez, en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia" (STC 169/1986, FFJJ 1.º y 2.º).

Con la distinción prueba directa-prueba indirecta parece querer indicarse, pues, la ausencia o presencia de razonamientos e inferencias, según que la prueba verse o no sobre el hecho que se pretende probar. La prueba directa, por versar directamente sobre el hecho que se quiere probar, lo probaría "espontáneamente", "sin necesidad de raciocinio". La prueba indirecta o indiciaria, en cambio, por no versar directamente sobre el hecho que se pretende probar sino sólo sobre un hecho circunstancial, para acreditar aquél necesitaría del razonamiento, de la inferencia. Además, y conectado con lo anterior, parece que la espontaneidad en un caso y la necesidad de razonar en el otro conlleva, también, una *diferente calidad epistemológica* (y por tanto un diferente valor o fuerza probatoria) de sus resultados: mayor en el primer caso, "por ser, en cierto modo, tarea más teñida de objetividad y por tanto de imparcialidad"; menor en el segundo, porque "hace entrada en ella la subjetividad del juez en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia".

Esta distinción, sin embargo, no parece aceptable, pues se funda en una acrítica percepción de la llamada prueba directa. Analizada rigurosamente, la declaración del testigo T_a : "vi a A disparar a B y a éste caer muerto", ejemplo de prueba directa, no prueba por sí sola (directa y espontáneamente, sin necesidad de raciocinio) el hecho que se pretende probar (que A mató a B); lo único que esta declaración prueba *por sí sola* es que "el testigo T_a dice que vio a A disparar a B y a éste caer muerto". La declaración de T_a probará que "A mató a B" sólo si T_a dice la verdad (es decir, si no miente, ni sufrió un error de percepción, ni ahora sufre errores de la memoria); pero este dato (que T_a

dice la verdad) es el resultado de una inferencia del mismo tipo que la que define la prueba indirecta. Por tanto, desde el punto de vista del razonamiento *no hay ninguna distinción esencial entre la llamada prueba directa y la indirecta*, pues en ambos casos están presentes inferencias de la misma clase (inductivas, en concreto) y, en consecuencia, tan “teñida de subjetividad” puede estar la primera como la segunda. La idea de que la prueba directa es la que menos puede conducir a error judicial hay que ponerla en cuarentena.

En realidad, lo único que la distinción entre prueba directa e indirecta puede indicar es que una prueba es *directa* si versa directamente sobre el hecho principal que se pretende probar y del que depende la decisión judicial e *indirecta* en caso contrario, sin otras consideraciones. Imaginemos, por ejemplo, que a un sujeto B se le aprehende una pequeña cantidad de droga y se sospecha que su destino sea el comercio y no el consumo propio. Si el hecho que se quiere probar es si B comercia con droga, lo declarado por el testigo T_a : “vi a B vender droga en repetidas ocasiones en el lugar L” constituiría (una vez confirmado) una prueba directa del enunciado “B comercia con droga”. Mientras que lo declarado por el testigo T_b (por ejemplo, la policía): “B llevaba en el coche una balanza de precisión” y “en su casa se encontró una importante cantidad de dinero y una cierta cantidad de droga” serían (una vez confirmados) sólo pruebas indirectas o indiciarias de que “B comercia con droga”. Insistimos en que la distinción, así interpretada, no señala una diferencia entre las pruebas en función de la presencia o no de razonamientos e inferencias, sino en función de que versen o no directamente sobre el hecho principal del que depende la decisión. Otra cosa es si puede afirmarse —como sucede con frecuencia— que el valor probatorio de la prueba directa es muy grande y el de la indirecta siempre pequeño o en todo caso

inferior a aquél, al punto de sostener que una prueba directa, por sí sola, es apta para fundar la decisión del juez sobre el hecho principal que se pretende probar, mientras que una prueba indirecta, por sí sola, no es apta para fundar esa decisión, sino que opera como un elemento más que permite al juez inferir una hipótesis sobre aquél hecho. Podría decirse a este respecto, que, ciertamente, el valor probatorio de la prueba directa (una aserción verificada sobre el hecho principal que se pretende probar) es tendencialmente mayor que el de la indirecta (una aserción verificada sobre un hecho circunstancial), porque con la prueba directa no se requiere ninguna inferencia más para probar el hecho principal, mientras que probar este hecho con una prueba indirecta exige siempre inferencias suplementarias. Pero sólo tendencialmente, pues el valor probatorio de una prueba (sea ésta directa o indirecta) no depende sólo de este dato, sino también —como es evidente— de su calidad epistemológica, es decir, de su grado de certeza.

Por ejemplo, un joven es hallado muerto en los cuartos de baño de una discoteca. Existe la declaración de un testigo, amigo de la víctima, que dice haber presenciado cómo el guardia de seguridad de la discoteca le propinó una paliza mortal. Existe otra prueba: entre las uñas de la víctima se encontraron tejidos de piel y de sangre pertenecientes al amigo. El primer caso constituye una prueba directa; el segundo una prueba circunstancial o indiciaria. Sin embargo, la calidad epistemológica (y por tanto el valor probatorio) de la segunda es mayor que la de la primera, por ser el resultado de una prueba deductiva.

En conclusión, pese a la caracterización habitual de la prueba directa, ésta constituye en realidad, como la indirecta o indiciaria o circunstancial, un razonamiento de tipo inductivo, por lo que sus resultados han de evaluarse también en términos de simple probabilidad.

3.2. Los requisitos de la prueba indirecta o indiciaria

Aunque los términos prueba indirecta o indiciaria suele reservarse para el ámbito penal, su estructura es la misma que la denominada, en el ámbito civil, prueba presuntiva o presunciones simples.

En efecto, las llamadas presunciones simples, o presunciones *hominis*, o presunciones judiciales (para distinguirlas de las legales) aluden a un procedimiento de prueba inductiva consistente en inferir, a partir de un hecho probado o conocido (indicio) y de una regla de experiencia, la existencia de un hecho desconocido: así, del humo puede inferirse la existencia del fuego, de la posesión de la cosa robada la participación en el robo o la receptación, de la posesión de droga y de una balanza de precisión la intención de comerciar con ella, etc. En otras palabras, pese a que la terminología puede llevar a confusiones, el esquema de las presunciones simples hace referencia a los procedimientos probatorios en que no se prueba directamente el hecho que constituye el *thema probandum*. Precisamente por ello, para aludir al procedimiento de prueba indirecta o indiciaria, se habla algunas veces de prueba de presunciones: *las expresiones prueba indirecta, prueba indiciaria y prueba presuntiva aluden a un mismo tipo de razonamiento probatorio.*

Puesto que tales razonamientos se enderezan a probar (indirectamente) la existencia de ciertos hechos, estas mal llamadas presunciones constituyen el soporte de la (libre) convicción del juez en relación con esos hechos. Por eso, para considerar válida esa convicción, se vienen exigiendo una serie de requisitos que debe reunir el razonamiento que conduce a ella. Se trata, en definitiva, de requisitos de la prueba indirecta, indiciaria o presuntiva.

Dado que la convicción que proporcionan estas pruebas encuentra su fundamento en la experiencia común, que mues-

tra cómo a ciertos hechos les siguen normalmente otros, suele exigirse, por lo general, un *enlace preciso y directo* entre el hecho conocido y el desconocido. Y ciertamente, en la medida en que esta exigencia pretenda asegurar el uso de máximas de experiencia correctas, proscribiendo aquéllas que resulten arbitrarias por carecer de referente empírico, no hay nada que objetar: al contrario, la validez de la prueba indirecta o indiciaria depende muy fundamentalmente de la corrección de las máximas de experiencia usadas.

Las reglas o máximas de experiencia erróneas, al atribuir a los hechos un valor indiciario que no les corresponde, conducen a resultados que contradicen la realidad. Ejemplos extremos de esta distorsión de la realidad estaban presentes en las orda-lías: en el *judicium feretri*, construido sobre la regla de que el cadáver produce ciertos signos en presencia del homicida; y en el *judicium aquae frigidae*, construido sobre la máxima de que, siendo el agua un elemento puro rechaza al culpable, de modo que todos los culpables flotan y, por tanto, no hundirse es indicio de culpabilidad.

Tradicionalmente, sin embargo, se vienen exigiendo también otros requisitos sin los cuales —se dice— el procedimiento indiciario carecería de capacidad probatoria, requisitos que ponen de manifiesto una serie de prejuicios y malentendidos sobre la naturaleza de este tipo de prueba. Veámoslos.

(i) *Certeza del indicio.*

El indicio o hecho conocido debe estar fehacientemente probado mediante los medios de prueba procesalmente admitidos.

Con este requisito quiere evitarse que las meras sospechas o intuiciones del juez puedan fundar la prueba del indicio,

y en este sentido no hay nada que objetar, pues es evidente que una simple sospecha, intuición o presentimiento no puede ser prueba de nada.

Ahora bien, bajo el requisito de la certeza de los indicios suele excluirse también la posibilidad de usar como indicios aquellos hechos de los que sólo quepa predicar su probabilidad y no su certeza incuestionable. Precisamente esta segunda exclusión es la base del rechazo de los llamados *indicios mediatos*, es decir, aquellos que han sido probados, a su vez, mediante prueba indiciaria a partir de otros indicios y cuya certeza, por tanto, no puede considerarse absolutamente fuera de duda. Más concretamente, lo que se sostiene es que el indicio ha de estar probado por prueba directa.

Esta segunda exclusión es criticable, y ello por varias razones.

1.º) Excluir los indicios mediatos (probados por prueba indiciaria) y aceptar los inmediatos (probados por prueba directa) revela una *injustificada minusvaloración de la prueba indiciaria*, así como un *mal entendimiento y una injustificada sobrevaloración de la prueba directa*. Lo primero porque la prueba indiciaria, indirecta o presuntiva, a pesar de no ser un argumento demostrativo, si se realiza rigurosamente puede conducir a resultados fiables. Lo segundo porque la prueba directa es, desde el punto de vista de su estructura probatoria, exactamente igual que la prueba indirecta; lo único que la separa de esta última es su menor número de pasos inferenciales.

2.º) Además, la exclusión de los indicios mediatos, llevada hasta sus últimas consecuencias, conduce a resultados absurdos por inaceptables: *si se rechaza un indicio mediato por considerar que tiene un bajísimo o nulo grado de solidez epistemológica, se está poniendo en cuestión la validez misma del*

procedimiento indiciario, que es el que ha conducido a la prueba de ese indicio; por tanto habría que renunciar al uso del procedimiento indiciario en todo caso, y no sólo cuando se usa para probar un indicio. Esta conclusión, sin embargo, resulta inaceptable, porque el procedimiento característico de la prueba judicial es el de prueba indirecta o indiciaria, por lo que renunciar al mismo equivaldría a renunciar a la posibilidad de prueba.

En suma, si se asume la aptitud del procedimiento indiciario para probar hechos, no se entiende por qué no pueda servir para probar un indicio, es decir, un hecho que podrá ser utilizado, a su vez, como elemento probatorio en otra prueba indiciaria. Podrá decirse quizá que cuando el indicio ha sido probado mediante procedimiento indiciario (indicio mediato) su fuerza probatoria es menor¹², pero nada permite anularla por completo.

(ii) *Precisión o univocidad del indicio.*

Otro de los requisitos que, según una opinión clásica, debe reunir el indicio es la precisión o univocidad: el indicio es unívoco o preciso cuando conduce *necesariamente* al hecho

12. Este dato ya lo subrayaba BENTHAM, al señalar la admisibilidad del indicio mediato: “No se debe excluir ni rechazar nunca nada de aquello que pueda servir o que se pueda ofrecer con el carácter de prueba circunstancial; en particular no se puede excluir nada en razón a que se lo supone carente de fuerza probatoria. ¿Por qué se habría de excluir? Si produce un efecto, es útil; y si no lo produce, es inocuo”. Otra cosa es que “en una cadena de pruebas compuesta de un gran número de eslabones, cuantos más eslabones intermedios halla entre el primer hecho circunstancial y el hecho principal, menor será con relación a éste su fuerza probatoria”, *Tratado de las pruebas judiciales*, cit., Vol. I, pp. 363 y 365.

desconocido; es, por el contrario, equívoco o contingente cuando puede ser debido a muchas causas o ser causa de muchos efectos. Esta distinción se proyecta sobre la teoría de la prueba exigiendo eliminar la equivocidad de los segundos para poder ser usados como elementos de prueba.

Si bien se mira, sin embargo, la distinción entre indicios unívocos y equívocos es irrelevante en un doble sentido. Primero, porque los llamados indicios unívocos no hacen referencia a la prueba indiciaria, indirecta o presuntiva, sino a un razonamiento de tipo demostrativo. Y segundo, porque la gran mayoría de los indicios son equívocos o contingentes, por lo que el dato de la equivocidad, en sí mismo, no tiene mucha relevancia. Pero conecta con un tercer requisito: la pluralidad de indicios.

(iii) Pluralidad de indicios.

Este requisito expresa la exigencia de que, precisamente por el carácter contingente o equívoco de los indicios, es necesario que la prueba de un hecho se funde en más de un indicio. Además, este requisito suele acompañarse del de la *concordancia o convergencia*: los (plurales) indicios han de concluir en una reconstrucción unitaria del hecho al que se refieran.

El requisito de la pluralidad de indicios parece lógico al menos por dos razones. Primero, porque es una manera de evitar el riesgo de que con base en un único dato, que es esencialmente equívoco, se establezca una conclusión errónea. Segundo, porque si el resultado de la prueba indiciaria o presuntiva es de mera probabilidad, cuantos más indicios lo apoyen más fiable será. Ahora bien, este requisito tampoco puede ser interpretado en términos absolutos, pues puede haber supuestos en los que se disponga de un solo indicio, pero de tan alto valor probatorio que permita, por sí solo, fundar la decisión.

4. EL CARÁCTER INSTITUCIONALIZADO DE LA PRUEBA JUDICIAL

La averiguación de la verdad es la finalidad principal de la prueba. Ahora bien, averiguar la verdad no es el único valor a perseguir. La prueba judicial no es una actividad libre sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de reglas que se encaminan a proteger, junto con la averiguación de la verdad, otros dos tipos de valores. De un lado, un valor que podríamos llamar *práctico*, por cuanto expresa un rasgo básico del proceso judicial: la finalidad práctica y no teórica que lo anima. De otro, una serie de valores que podríamos llamar *ideológicos*, por cuanto no son consustanciales a la idea de acción judicial como actividad encaminada a poner fin a un conflicto, sino que forman más bien parte de una cierta ideología jurídica.

Que el proceso tiene una *finalidad práctica* significa que tiene como objetivo primario la resolución de un conflicto: el conocimiento de los hechos del pasado que originaron el conflicto no es el objetivo inmediato de la actuación del juez, sino tan sólo un paso previo a la decisión que debe adoptar. Por eso, para resolver el conflicto, el juez está obligado inexcusablemente a llegar a una certeza oficial, y de ahí deriva una exigencia: la búsqueda de la verdad sobre esos hechos no puede alargarse indefinidamente; tienen que existir reglas o expedientes procesales que permitan fijar la verdad cuando ésta no resulte fácilmente descubrible; y tiene que llegar un momento en que la verdad procesalmente declarada se acepte como verdad última. Claro está que esta "verdad última" no será infalible, pero será *final*, en el sentido de que pondrá fin al conflicto *autorizadamente*. Las reglas de *limitación temporal*, *las formas de justicia negociada* y *algunas presunciones* (las que se enderezan a proveer una respuesta judicial en caso de incertidumbre) constituyen ejemplos de estas reglas.

Por otro lado, en la persecución de la verdad, los ordenamientos jurídicos actuales tienen que preservar otros *valores* que se consideran merecedores de protección. Esto resulta particularmente cierto en el proceso penal, donde la ideología del garantismo se impone con fuerza, exigiendo que en la averiguación de la verdad se protejan en todo caso determinados valores, particularmente la libertad y la dignidad de las personas. Algunas *limitaciones y prohibiciones de prueba* y la *presunción de inocencia* constituyen ejemplos de estas reglas.

En suma, la averiguación judicial de los hechos no es una actividad libre, sino que se desarrolla en un marco institucionalizado de reglas que condicionan la obtención del conocimiento y que se encaminan, bien a asegurar una respuesta más o menos rápida que en algún momento ponga fin al conflicto, bien a garantizar otros valores que, junto con la obtención de la verdad, se consideran dignos de protección.

Muchas de las reglas procesales que gobiernan la prueba limitan o entorpecen la posibilidad de averiguar la verdad. Merece la pena hacer un repaso de algunas de las más significativas.

Las reglas de *limitación temporal* que regulan las leyes procesales enmarcan el conocimiento judicial de los hechos; es decir, establecen el *tempus* en que ha de ser averiguada (probadamente) la verdad sobre los hechos. Son reglas que instan a una más o menos rápida resolución del conflicto y que garantizan que en un periodo de tiempo predeterminado quedará fijada la "verdad procesal" sobre los hechos de la causa. Pero es evidente que, al limitar el tiempo en que debe ser pronunciada una decisión, estas reglas en nada contribuyen a alcanzar la certeza sobre los hechos que han dado origen al conflicto, sobre todo en los casos donde las diferentes tesis fácticas enfrentadas aparecen igualmente plausibles.

Otro tanto puede decirse de las *formas de justicia negociada*, especialmente las que se desarrollan en el campo penal. Estas consisten básicamente en solicitar de los imputados, declaraciones acusatorias ofreciendo a cambio reducciones de penas, o en pactar, en todo caso, el contenido de sus imputaciones. Son, por tanto, prácticas que buscan dar salidas rápidas a procesos ya instaurados una vez concluida la fase de investigación, por la vía, en particular, de la negociación sobre la pena y con el objeto de evitar la celebración del juicio oral. Pero, con independencia de que la provisión de una respuesta rápida al conflicto sea la pretendida justificación de estas prácticas, lo cierto es que constituyen formas de justicia inspiradas en la lógica mercantil del *do ut des*, donde el concepto de verdad como correspondencia se sustituye por el de verdad como *consenso*.

Las fórmulas de justicia negociada florecen cada día más en el ámbito penal. De un lado, en la esfera de la denominada *criminalidad de bagatela* se abren paso procedimientos de *mediación o conciliación* que sacrifican al acuerdo, normalmente económico, entre víctima y ofensor el tradicional objetivo de averiguación de la verdad, con la consiguiente puesta en peligro de la presunción de inocencia. De otra parte, ya en la esfera de los *delitos no tan leves*, la legislación arbitra o propicia la *conformidad* del acusado, que renuncia a su papel de defensa, o incluso su *colaboración activa* con la justicia a cambio de determinados beneficios; lo que, al margen de otras consideraciones, tiende a convertir la confesión en “prueba reina” en detrimento, una vez más, del conocimiento de los hechos verdaderamente producidos.

Otra manifestación de la institucionalización de la prueba la constituyen las *presunciones legales*, que —frente a lo que a veces se sostiene— tampoco pueden ser vistas como garantía de la entrada de la verdad en el proceso.

Las presunciones *iuris tantum* son *normas jurídicas* que, para garantizar determinados valores, obligan a reconocer una situación como verdadera en circunstancias específicas y ausencia de prueba en contrario. Más exactamente, instauran una *regla de juicio o de decisión* que indica al juez cuál debe ser el contenido de su sentencia cuando no tenga pruebas suficientes para formar su convicción sobre los hechos litigiosos. Su peculiaridad frente al resto de normas estriba en que estas presunciones garantizan esos valores *regulando de la carga de la prueba*, lo que puede concretarse en eximir a aquellos en cuyo beneficio funcionan de la carga de probar los hechos litigiosos (así sucede en las presunciones formales, por ejemplo la de inocencia¹³) o en modificar el objeto de prueba para el beneficiario de la presunción, que tendrá entonces la carga de probar ya no los hechos litigiosos sino otros hechos o estado de cosas que se conectan a aquéllos (así sucede en las presunciones materiales, por ejemplo la de paternidad¹⁴).

La constatación de que las presunciones son normas jurídicas que instauran una regla de juicio reviste una importancia crucial, pues significa que la conclusión de la presunción no puede ser tratada como una descripción de la realidad. El error de concebir estas presunciones como descripción de la realidad acaso obedezca a que el legislador, cuando establece presunciones (sobre todo, presunciones materiales de hecho), lo suele hacer muchas veces apoyándose en datos científico-técnicos y

13. Una presunción formal es una norma de comportamiento dirigida al juez que obliga a reconocer una conclusión (C) en ausencia de prueba contraria (P): $\neg P \rightarrow C$

14. Una presunción material es una norma de comportamiento dirigida al juez que obliga a reconocer una conclusión (C) en presencia de un hecho o situación (E) y ausencia de prueba contraria (P): $E, \neg P \rightarrow C$

en reglas de experiencia. Por ejemplo, en la presunción de paternidad matrimonial, la experiencia indica que lo normal es que el matrimonio cohabite y que los niños nacidos en él, sean hijos del marido. Pero éste es un conocimiento sólo probable y el legislador, cuando establece la norma de presunción, sabe que la conclusión puede ser falsa. Si no ha habido prueba en contrario, empíricamente sólo puede constatarse la duda, no que la presunción sea cierta.

Las presunciones *iuris et de iure*, por su parte, son también *normas* que, para la protección de ciertos valores y en presencia de determinadas circunstancias, establecen el particular efecto jurídico de dar por verdaderos ciertos hechos y no transigen con ninguna excepción no prevista. Por eso en este tipo de presunciones, con mayor razón que en las *iuris tantum*, pueden adquirir valor de verdad aserciones que son empíricamente falsas.

Más discutible resulta la contribución del *secreto procesal* a la averiguación de la verdad.

En favor de la *publicidad* (y por tanto *contra el secreto*) en el proceso militan varias razones. Por un lado, un *interés público*, pues la publicidad y la transparencia representan a primera vista una condición indispensable para el desarrollo del conocimiento que tiene lugar en el curso de un proceso, y constituyen también un valor político garantizador de la honestidad y limpieza en la toma de decisiones: sólo la publicidad permite el control y la crítica social sobre la decisión judicial. Por otro lado, el *interés de las partes* en su propia defensa y en la regularidad del proceso: sólo el conocimiento de las informaciones acumuladas en el proceso permite la aportación de pruebas y de alegaciones. Ahora bien, en favor del *secreto* (sobre todo cuando se erige también frente a las partes) milita también una

razón poderosa: evitar que la intempestiva revelación de las fuentes de prueba y, en particular, de los nombres de los testigos o sospechosos en un delito, favorezca la alteración o la destrucción del material probatorio, la fuga de los culpables y la intimidación de los testigos. En definitiva, la justificación del secreto pretende ser también, como la de la publicidad, la búsqueda de la verdad.

De lo anterior se desprende que el secreto procesal, frente a la publicidad, *admite dos lecturas*. Por un lado, es verdad que el secreto de la investigación se endereza a garantizar la averiguación de la verdad, evitando que cualquiera de las partes pueda manipular las pruebas. Pero por otro lado, y esta es la segunda lectura, puede proporcionar al juez una cobertura inexpugnable para la selección "subjetiva" y "prejuiciosa" de los datos relevantes para el caso. El problema es que la quiebra cotidiana del secreto sumarial comporta para el imputado todas las desventajas del secreto y de la publicidad. Los rumores en torno a la investigación —enormemente acrecentados por la ambigua relación entre los *mass media* y los jueces— transportan una información distorsionada de los actos procesales, de modo que "la fuga de noticias" durante la instrucción hace pública una gran cantidad de información (desventajas de la publicidad); pero como esa información está distorsionada no permite a las partes un conocimiento cabal de los actos procesales (desventajas del secreto). Por eso no es sorprendente que hoy las propuestas doctrinales se orienten a favor de convertir a la publicidad en el principio general de todo el proceso, de la instrucción al juicio oral, aunque concediendo al juez la posibilidad de modularla frente a terceros, o de exceptuarla incluso frente a las partes, si bien con un carácter estrictamente excepcional y limitado, justamente en aras de un mejor y más pronto conocimiento de los hechos.

Por último, también puede decirse que las *limitaciones probatorias* limitan o entorpecen la averiguación de la verdad, aunque con algún matiz.

En efecto, si la prueba está orientada a averiguar la verdad, el criterio que ha de regir la investigación de los hechos es la búsqueda de información libre y sin restricciones, criterio que se traduce en la regla epistemológica que establece que *cualquier elemento que permita aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan debe poder usarse*. Es evidente que las limitaciones probatorias (sean sobre los medios de prueba, sean sobre las fuentes de prueba) constituyen excepciones a este criterio. Ahora bien, entre ellas encontramos reglas de tres tipos, en función de su contribución a la verdad y de su orientación a la garantía de otros valores.

(i) Formarían una primera clase aquellas limitaciones probatorias que, fundadas en el interés cognoscitivo del proceso, *coadyuvan a la averiguación de la verdad*, rechazando o minusvalorando pruebas con bajo valor gnoseológico; por ejemplo, el escrito anónimo o el testimonio de referencia, aunque el caso más claro tal vez sea la prohibición de la tortura, pues, aunque se enderece directamente a garantizar la vida y dignidad humanas, qué duda cabe que contribuye también a evitar la posible obtención de una verdad “torcida”.

El testimonio de referencia alude a las afirmaciones de un testigo sobre lo que ha oído, pero que no sabe si es verdad; es decir, son informaciones de segunda mano. La justificación que se da en el *Law of Evidence* a esta *Exclusionary Rule* es que, puesto que lo más probable es que el testigo de referencia no tenga un conocimiento personal de los hechos descritos, la parte contra quien juega esa información no tendría la posibilidad de un *cross examination* (con el tercero). En el Derecho español, el testimonio de referencia se admite sólo residualmente y

siempre con cautela; en todo caso, se califica de “poco recomendable”.

La prohibición de la tortura, por su parte, aunque se justifica por la inhumanidad de la prueba, se justifica también en su debilidad epistemológica. Los alegatos ilustrados contra ella ya insistían en esto: “en el tormento no hay ni cabe más que un grado de probabilidad, y éste, tan débil, tan frágil, que siempre es inferior al menor de los indicios”¹⁵.

(ii) Formarían una segunda clase aquellas limitaciones probatorias que, *fundadas en la protección de otros valores*, claramente *entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad*; es decir, producen (o tienen la capacidad de producir) un menoscabo en la calidad del conocimiento alcanzado. Se trata de reglas que, enderezándose primariamente a la tutela de determinados valores extraprocesales que se consideran relevantes (el interés público, la privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, las libertades y derechos), los hacen prevalecer frente a las exigencias procesales de averiguación de la verdad. Encontramos entre estas reglas la prohibición, bajo “secreto de Estado”, de usar como pruebas ciertos documentos que pueden afectar a la seguridad del Estado; o las que dispensan o excluyen del deber de declarar por razones de parentesco, o para proteger el secreto de las relaciones abogado/cliente, o el de los ministros del culto, o el de los funcionarios públicos. Pero quizá el caso más significativo lo constituye la prohibición de (admitir y) valorar la prueba ilícitamente obtenida, que merece un comentario particular.

La prueba ilícita es un *caso particular de prueba nula*, porque nula puede ser también la prueba obtenida violentando

15. FORNER, J.P., *Discurso sobre la tortura*, 1792.

las reglas institucionales de adquisición de la prueba. Es prueba ilícita la que se obtiene con vulneración de garantías constitucionales (como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones: por ejemplo, el acta de entrada y registro practicada fuera de los casos permitidos por la ley o la transcripción de unas escuchas telefónicas ilegales); o infringiendo derechos constitucionales (como el derecho a la defensa: por ejemplo, la declaración del imputado sin haber sido informado de sus derechos); o a través de medios que la Constitución prohíbe (por ejemplo, la confesión arrancada mediante hipnosis o sueros de la verdad, proscrita por la protección de la integridad moral y la prohibición de tratos degradantes, o una coacción para obtener declaraciones sobre "ideología, religión o creencias", proscrita por la tutela de la libertad ideológica y religiosa). La prohibición de prueba ilícita no requiere regulación expresa, pues deriva de la *posición preferente* de los derechos constitucionales en el ordenamiento y de su condición de "inviolables".

En línea de principio hay dos posibilidades de reacción frente a esta prueba.

Cabe, en primer lugar, considerar que es nula toda prueba obtenida con violación de los derechos y libertades fundamentales. Es decir, la nulidad de la prueba es una manifestación de la teoría de los *frutos del árbol venenoso*: si se ha obtenido de un acto ilícito, la prueba es ilícita (y nula), *sin excepción posible*. Lo mismo sucede con las pruebas (lícitamente) practicadas a partir de la información obtenida en una prueba ilícita: también son nulas. Y similar consideración recibe el caso en que la prueba se haya obtenido cuando se buscaban otras pruebas, porque se considera que para la búsqueda de esa prueba no había cobertura jurídica que garantizara su licitud.

Por ejemplo, si a través de unas escuchas telefónicas ilegales se obtiene información que estimula una diligencia de

entrada y registro en la que se encuentran ciertas pruebas, esas pruebas, según esta posición, deben también considerarse nulas, pues traen causa de una prueba nula.

Pero cabe también argumentar —como suele ser frecuente— que la justificación de la nulidad es la producción de un efecto preventivo o disuasorio (*deterrent effect*): la nulidad de las pruebas ilícitamente obtenidas se justifica entonces (no por un supuesto derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada, sino) por la necesidad de disuadir de la violación de esos derechos. Ahora bien, el *deterrent* es un arma de doble filo, pues permite también formular exclusiones a la regla de exclusión. En concreto, esta tesis permite sostener en determinados casos que el acto ilícito ya recibe una sanción, por lo que la prueba debe considerarse válida. O permite sostener que hay que ponderar en cada caso los intereses en juego para dar acogida preferente a uno u otro: el interés en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales y el interés público en la obtención de la verdad procesal. Así, en relación con la prueba practicada a partir de la información obtenida mediante una prueba ilícita, o en relación con la prueba obtenida mientras se buscaba otra cosa, la tesis del *deterrent* permite a la jurisprudencia norteamericana sostener su admisibilidad en momentos de grave aumento de la criminalidad. Y algo muy parecido habría que decir de la jurisprudencia constitucional española inaugurada en 1998, que sostiene que estas pruebas son nulas sólo si existe *conexión de antijuridicidad*, lo que sucede: a) si el conocimiento obtenido en la prueba ilícita resulta indispensable y determinante para la práctica de la segunda prueba; y b) si es muy necesaria una contundente protección del derecho. Pero la doctrina de la conexión de antijuridicidad, si bien puede resultar adecuada para la búsqueda de la verdad, puede propiciar prácticas probatorias recusables, desde el punto de vista de los derechos.

(iii) Por último, formarían una tercera clase aquellas limitaciones probatorias que, *no orientándose a la protección de ningún valor extrapocesal*, son contrarias al interés cognoscitivo del proceso; es decir, no protegen nada y encima *entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad*.

Así sucede, por ejemplo, cuando una regla establece taxativamente un *numerus clausus* de medios de prueba admisibles en un determinado sistema; es decir, cuando no se reconocen con carácter general otros medios de prueba que los expresamente regulados por la ley. Es verdad que en esa regulación legal taxativa la mayoría de los sistemas probatorios contemplan *todos* los medios de prueba tradicionales, por lo que, en este sentido, no parece que se planteen particulares problemas. Si la limitación tiene importancia es, sobre todo, porque entorpece la incorporación de los nuevos avances probatorios, que no tendrían cabida en una interpretación restrictiva de la norma. De todas formas, la opción por el *numerus clausus* de medios de prueba no es un obstáculo insalvable, pues es casi siempre posible hacer una interpretación extensiva de los medios de prueba tradicionales legalmente contemplados que permita la inclusión en ellos de esos nuevos avances probatorios (así, por ejemplo, la aportación de cintas magnetofónicas puede introducirse como documento). Mayores dificultades se plantean cuando lo que se establece es que no se podrán probar ciertos hechos más que con determinados medios de prueba prefijados por la ley, pues en estos casos resulta, ciertamente, difícil hacer una interpretación expansiva de la norma legal que permita eludir la restricción en aras del interés cognoscitivo del proceso.

Por ejemplo, cuando la ley establece que el error de hecho de un tribunal de instancia sólo puede probarse en casación por medio de los documentos que obren en autos. O cuando se es-

tablece que el pago del precio estipulado, en el juicio de desahucio, sólo podrá probarse por confesión judicial o por documento que acredite el pago. O cuando en la apelación penal la única prueba admisible es la documental.

En suma, la necesidad de asegurar una respuesta más o menos rápida que en algún momento ponga fin al conflicto de manera definitiva y la necesidad de preservar ciertos valores que se consideran merecedores de protección hace que el conocimiento procesal de hechos deba desarrollarse en un marco institucionalizado de reglas que sustituyen los criterios propios de la libre adquisición del conocimiento por otros autorizados jurídicamente. Algunas de estas reglas contribuyen a averiguar la verdad, pero otras (la mayoría) entorpecen o menoscaban este objetivo. Por ello, la institucionalización no debe conducir a deificar acríticamente la verdad alcanzada. Al contrario: la verdad obtenida procesalmente (la verdad procesal) puede ser diferente (de mayor, pero también de menor calidad) que la alcanzada con otros esquemas de conocimiento que no tengan las trabas o limitaciones procesales.

Por lo demás, no todas las reglas institucionales son garantías de algún valor jurídico (práctico o ideológico) o simplemente garantías de verdad. Hay numerosas reglas procesales que no son más que un cúmulo de formalidades, ritos y liturgias que lo único que hacen es dilatar el procedimiento haciendo complicado lo sencillo, así que, al abusar de ellas, se corre el peligro de convertir la justicia en el angustioso laberinto que KAFKA denunciara. Pero no es sólo esto. La existencia de un exceso ritual, al hacer del proceso una pesada maquinaria a la que cuesta moverse, no sólo no propicia, sino que incluso obstaculiza la averiguación de la verdad. Esto ya lo denunció insistentemente BENTHAM, pero parece que sus enseñanzas han tenido escaso caudal en las legislaciones procesales. Por lo demás, la solución al

problema del ritualismo procesal excesivo sólo parece residir —a salvo, naturalmente, de las posibles reformas institucionales— en la *actitud del juez*. Se impondría, por una parte, una llamada a su *prudencia en la conducción e instrucción del proceso, para esquivar su aspecto patológico*; por otra, una llamada a su actitud vigilante, a fin de *que agote todas las posibilidades para el esclarecimiento de la verdad* y no se respalde en la cómoda y simple aplicación de los ritos procesales.

De todo lo dicho hasta aquí derivan algunas consecuencias de importancia. La primera es que la hipótesis (o sea, la reconstrucción de los hechos litigiosos de la sentencia) *debe justificarse*, mostrando que las pruebas disponibles la hacen probable; más aún, que la hacen más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas concordantes con esas mismas pruebas. La segunda es que, no obstante presentarse como justificada, el status epistémico de una hipótesis es siempre sólo la probabilidad, por lo que, salvo exigencias institucionales de mayor peso, *debe estar sujeta a revisión* si surgieran nuevas pruebas.

5. LA MOTIVACIÓN DE LA PRUEBA

5.1. La necesidad de motivación de la prueba

Pese a que no puede negarse que la necesidad de motivar las sentencias se ha convertido ya en una exigencia incontestable, la cultura de la motivación ha encontrado y aún encuentra una especial resistencia en el ámbito de la prueba. Ello es debido a que el juicio de hecho ha pertenecido durante mucho tiempo, sea al ámbito de las cuestiones jurídicas no-problemáticas, sea a una "zona de penumbra" en la que reina el arbitrio judicial. En el primer caso, la motivación aparece como *innecesaria*. En el segundo, la motivación no puede ser concebida más

que como racionalización *a posteriori* de una decisión que se ha tomado al margen de cualquier procedimiento racional; es decir, la motivación, entendida como justificación, es *imposible*.

Sin embargo, en un modelo cognoscitivista, la motivación ni es innecesaria ni es imposible. Si valorar la prueba consiste en determinar si las afirmaciones introducidas en el proceso a través de los medios de prueba pueden entenderse verdaderas (o probables en grado suficiente), o sea en estimar su correspondencia con los hechos que describen, entonces es *necesaria* la motivación, es decir, la explicitación de las razones que apoyan la verdad de esas afirmaciones. Si así no fuese, la valoración más que libre sería libérrima, subjetiva y arbitraria, con lo cual se abandonarían el cognoscitivismo (y la racionalidad) para entrar en el campo del puro decisionismo judicial. No pueden ser más desafortunadas a este respecto tanto la habitual interpretación del *principio de inmediación*, como la conocida figura jurisprudencial de la valoración o *apreciación conjunta de la prueba*.

La *inmediación*, es decir, la intervención personal y directa (inmediata) del juez en la práctica de la prueba, sigue presentándose mayoritariamente como la condición inexcusable para la libre valoración, pues sólo fundando el juez su convicción en la *impresión inmediata* recibida y no en referencias ajenas —se argumenta— puede reputarse ésta como libre¹⁶.

16. “Cuanto más libremente se valore la prueba —puede leerse en un tratado de derecho procesal— más necesaria es la percepción directa por el juez. Sólo oyendo al testigo contestar a las preguntas y repreguntas (...) podrá el juzgador valorar su testimonio”, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, I, p. 297. Es imprescindible que “toda la prueba desfile ante quien ha de juzgar”, pues en otro caso resultaría incomprensible el principio de libre apreciación, escribe RUIZ VADILLO, E., *El derecho penal sustantivo y el proceso penal*, p. 72.

Ahora bien, como es evidente que las impresiones recibidas por el juez no pueden ser comunicadas, lo que viene a sostenerse es que *en el ámbito de la inmediación el juez es dueño de su valoración*. La libre convicción se entiende entonces como valoración libre, subjetiva y esencialmente incontrolable, como una especie de momento íntimo o místico capaz de suplantar las pruebas o, cuando menos, de permitir su ponderación discrecional y *no discutible*¹⁷. En otras palabras, el principio de libre valoración, interpretado con el tamiz de la inmediación, se carga de irracionalidad y subjetivismo y anula por completo la posibilidad de motivar. Y es que si la convicción del juez es el resultado de su exposición directa al material probatorio (a través de la cuál el juez se da cuenta si el testigo tiembla o titubea, si se turba o se sorprende, si suda o está entero, y —a través de todo ello— si dice la verdad o miente¹⁸), entonces esa convicción no es susceptible de racionalización. Esta interpretación de la libre convicción en relación con la inmediación instituye así una zona opaca al control racional que contradice profundamente la cultura de la motivación, pues que las intuiciones e impresiones existan y tal vez sean inevitables no significa que puedan ser esgrimidas como excusa para la no justificación.

Precisamente esta *lectura subjetivista* de la libre convicción ha permitido al Tribunal Supremo español y a una buena parte de la doctrina procesalista mantener la existencia de dos

17. Esta interpretación de la libre convicción está muy arraigada en la ideología de los juristas y ha llegado incluso a definirse como la convicción adquirida *con* la prueba de autos, *sin* la prueba de autos y aun *contra* la prueba de autos; vid. COUTURE, E.J., “Las reglas de la sana crítica”, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1949, II, p. 221.

18. Esta es una tesis sostenida tranquilamente en la doctrina y la jurisprudencia.

niveles de valoración, uno revisable en casación y el otro no: el primero, constituido por los razonamientos que el Juez pueda realizar a partir de los datos que directamente ha percibido en el juicio oral; el segundo, *incontrolable*, constituido por aquellos aspectos de la valoración que dependan sustancialmente de la inmediación, o sea, de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del tribunal de instancia. En este sentido —aclara aún más esta doctrina— la cuestión de la credibilidad de los testigos, que cae en el ámbito de la inmediación, queda fuera de las posibilidades de revisión. Las consecuencias que derivan para la motivación de esta distinción de niveles de valoración son claras: sólo se insiste en la necesidad de motivar la llamada prueba indirecta (por hacer entrada en ésta el razonamiento del juez), mientras que se alivian (hasta casi anularse) las exigencias de motivación de la prueba directa (pues esta prueba, según otra errónea concepción, no requiere del raciocinio y queda cubierta toda ella por el “paraguas” de la inmediación).

Por su parte, también la doctrina de la “*apreciación conjunta* de los medios probatorios” produce resultados perversos para la motivación, porque —con el exceso de trabajo que pesa sobre los juzgados— permite una declaración genérica de hechos probados sin razonar los motivos ni las fuentes mediante los cuales la prueba se ha conseguido. La práctica de la valoración conjunta no es, pues, al final, sino un subterfugio “formal” que hace pasar por discurso justificatorio lo que no lo es en absoluto; un expediente, en fin, que propicia y encubre la ausencia de motivación.

En suma, fallar con arreglo a conciencia no puede significar basar la sentencia en una íntima e intransferible convicción, en una especie de *quid inefable*, de corazonada no exteriorizable ni controlable; no puede significar, como desgraciadamente

ocurre en la práctica, consagrar el subjetivismo del juez y refugiarse en una cómoda declaración de hechos probados sin razonar los motivos por los que lo han sido. Si la racionalidad de la decisión probatoria ha de ser controlada, es evidente que ese control se proyecta sobre las razones que fundamentan la libre convicción del juez. Sostener lo contrario sería dar pábulo a la idea de *justicia del cadí*, de poder jurisdiccional puramente potestativo, arbitrario e incontrolable; contrario, en fin, al espíritu de un sistema probatorio que se quiera cognoscitivista, fundado no en el poder sino en el *saber*, un saber "sólo probable, pero precisamente por ello refutable y controlable"¹⁹. Por eso, si la motivación no es directamente una garantía de verdad, sí lo es indirectamente, en la medida en que permite un control sobre ese espacio de discrecionalidad que es el ámbito de la libre valoración.

No obstante —insistamos en ello— sigue todavía muy anclada en la conciencia jurídica y en la práctica jurisprudencial una concepción *subjetivista* de la libre convicción. Se dice, por ejemplo, que sólo con alguna prueba (aunque fuese mínima) puede condenarse si se llega subjetivamente, en íntima convicción, a esa conclusión" (J.A. DE Vega, *Estudios Jurídicos*, Canarias, 1988, p. 122). O que el juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas lo hará "de un modo tan libérrimo u omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el proceder al análisis con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial" (STS de 10 de febrero de 1978). O que la facultad de apreciación en conciencia "*no exige explicación ni razonamiento alguno*" (STS de 11 de octubre de 1978).

19. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 623.

5.2. En qué consiste la motivación. Relaciones entre justificación y descubrimiento

La motivación es un género de *justificación plasmada en el documento* de la sentencia. Pero en qué haya de consistir esa motivación depende de cómo se conciban las relaciones entre descubrimiento y justificación.

En el discurso sobre la prueba, el *descubrimiento* es el *iter* intelectual que ha conducido al juez a formular como verdaderas aserciones sobre hechos controvertidos; la *justificación* hace referencia a las razones por las que esas aserciones pueden entenderse verdaderas. Pues bien, por más que el proceso de descubrimiento pueda y deba transcurrir mediante operaciones racionales (las que presiden la valoración de la prueba y que después contarán como argumentos justificatorios), en él también pueden estar (y de hecho están) presentes elementos puramente emotivos o no racionales: aquéllos que —como se vio— propician una cierta interpretación del principio de inmediación. El corolario de lo anterior resulta claro: la justificación no puede confundirse con el descubrimiento, y por ello *la motivación no puede entenderse como la reproducción de las causas reales* (que pueden ser también psicológicas, sociológicas o puramente intuitivas o irracionales) que han conducido a las afirmaciones sobre hechos, sino sólo como el conjunto de argumentos que permiten presentar tales afirmaciones como verdaderas.

Tomando el ejemplo de Hamlet: el fantasma reveló a Hamlet que su padre no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre. Hamlet tiene esta información porque se lo reveló el fantasma, pero ahora tiene que justificar que esto fue así; es decir tiene que justificar la hipótesis (*h*) ('El padre de Hamlet fue asesinado por el marido de su madre'), y para ello se habrá de apoyar en las pruebas *p1*, *p2* y *p3*:

p1: 'El marido de la madre de Hamlet tenía motivos para matar al padre de Hamlet (convertirse en rey de Dinamarca)'.

p2: 'Ese hombre y su madre se casaron apresuradamente'.

p3: 'El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud'.

A los efectos de justificar *h* es indiferente que Hamlet se formara su convicción sobre los hechos por las revelaciones del fantasma o por un proceso inductivo que lo pudo conducir desde *p1*, *p2* y *p3* hasta *h*. Lo importante es justificar que *h* es (probablemente) lo que ocurrió.

Pero, además, la separación entre descubrimiento y justificación cobra una especial importancia en un contexto de prueba institucionalizado, donde, en virtud de diversas reglas jurídicas, hay pruebas que no deben ser atendidas o conocimientos extraprocesales que no deben ser tomados en consideración. El juez debe, entonces, adoptar su decisión sobre los hechos "como si" no conociese esos datos, sin embargo es evidente que tales pruebas y conocimientos pueden influir psicológicamente en su decisión. Por ello, al final, este deber de "sentenciar... como si" sólo puede controlarse a través de la motivación: el juez debe saber motivar incluso contra su convicción, "y no debe "hacer decir" a los otros elementos de prueba lo que le hayan podido comunicar los elementos inutilizables, si aquéllos no tienen capacidad de transmitir ese conocimiento a quien conoce *solamente* éstos"²⁰. La necesidad de distinguir descubrimiento y justificación aflora otra vez; ahora por razones institucionales.

20. FASSONE, E., "Quaestio facti", *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, cit. p. 319.

En la doctrina y, sobre todo, en la praxis jurisprudencial no siempre se es consciente de esta distinción entre descubrir y justificar, lo que provoca no pocas confusiones y malentendidos. La que a veces se denomina *concepción mentalista o psicologista* de la motivación constituye un buen ejemplo de esta confusión, pues expresa la posición de quienes entienden que motivar consiste en hacer explícito el proceso mental que ha llevado a la decisión. Si a ello se añade que tradicionalmente la libre valoración se ha concebido como convicción íntima, intransferible e irreproducible, se comprenderá por qué ha podido mantenerse que el proceso de descubrimiento (guiado por es íntima convicción) no es susceptible de justificación; por qué, en suma, la motivación se ha mostrado como una operación imposible.

Seguramente es, también, esta confusión entre justificación e *iter* decisional lo que hace que algunos sigan viendo imposible (o muy difícil) una *rigurosa* motivación de los hechos, porque imposible (o muy difícil) resulta la explicitación y subsiguiente control de *todo* el proceso mental que ha llevado a la decisión. Y, del mismo modo, sostener que en un órgano colegiado no es exigible (y que en todo caso es imposible) una motivación exhaustiva, porque no se ve cómo habría de redactarse la sentencia habida cuenta que los diferentes miembros del colegio han podido llegar a la conclusión por diferente camino, obedece de nuevo a que se está identificando entre motivación y reproducción del *iter* mental. Cuando se distingue claramente entre ambos conceptos desaparece cualquier diferencia esencial entre la motivación de un juez unipersonal y la de un juez colegiado: el fuero interno de cada uno de los jueces del órgano colegiado se expresará en el debate anterior a la sentencia, y no en la sentencia misma.

En conclusión, el juez no puede descubrir una verdad que luego no esté en condiciones de justificar mediante unos patro-

nes de racionalidad, y para ello, necesariamente, habrá de hacer uso de tales patrones en el propio proceso de averiguación de la verdad. Pero, a su vez, la motivación puede no coincidir exactamente con el descubrimiento, porque en éste pueden aparecer elementos arracionales de los que no puede hacerse cargo aquélla. La motivación asume pues una tarea depuradora sobre la actividad cognoscitiva que reclama del juez una reconsideración de sus iniciales convicciones a la luz de los argumentos racionales, que son los únicos que ineludiblemente ha de emplear para fundar su decisión.

5.3. El estilo de la motivación

Existen en línea de principio dos grandes técnicas de motivación: la analítica y la globalizadora. La *técnica analítica* entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión. La *técnica globalizadora*, en cambio, consiste, *grosso modo*, en una exposición conjunta de los hechos, en un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa. La celebrada y tan en alza *coherencia narrativa* es el mejor apoyo teórico de esta manera de actuar.

En la práctica judicial domina abrumadoramente la técnica del relato. Dicha técnica, sin embargo, presenta dos importantes deficiencias que conducen a su rechazo. La primera es que, tal y como es puesta en práctica en la mayoría de los casos, la técnica del relato en vez de aclarar confunde, pues no cobra cuerpo en una exposición bien narrada de la *historia* de los hechos, sino en la declaración apodíctica de los mismos como

probados, siguiendo en la forma —como se ha dicho— “el torturado y torturador modelo de la francesa *phrase unique*, redactada en jerga impenetrable y siempre bien aderezada de gerundios”²¹. Pero además —y esta es la principal deficiencia— la técnica del relato no sólo puede provocar confusión, sino, lo que es peor, puede ser una pantalla que escude una decisión judicial insuficientemente justificada.

En efecto, si justificar los enunciados fácticos consiste en aportar razones que permitan considerarlos verdaderos (o probables en grado suficiente) a la luz de las pruebas practicadas, no se ve qué tipo de justificación puede aportar el simple relato, es decir, una sucesión de enunciados sobre hechos probados, mejor o peor narrados. El relato *presupone* la verdad de los enunciados que lo componen, pero no constituye *per se* justificación de los mismos. Por lo demás, y conectado con lo anterior, la técnica del relato está, también, reñida con una de las funciones básicas que cumple la motivación, y que se cifra en limitar la actividad irracional o arbitraria del juez a través de los recursos: difícilmente podrá controlarse la racionalidad de la decisión probatoria mediante los recursos si en la sentencia no se expresan los criterios que pretendidamente la sostienen y se opta por una simple narración fáctica.

Por todo lo anterior, si la motivación, en cuanto actividad justificadora, quiere ser asumida de una manera cabal, la técnica del relato debe ser sustituida por la analítica, consistente en la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas. Más exactamente, la motivación ha de consistir “en dejar constancia de los *actos de prueba* producidos,

21. ANDRÉS, P, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa*, 12, 1992, p. 288.

de los *criterios de valoración* utilizados y del *resultado* de esa valoración. Todo ello con la necesaria precisión analítica, previa a una evaluación del material probatorio en su conjunto”²². Este es el único estilo de motivación que permitiría: (i) controlar exhaustivamente la entrada en la sentencia de elementos probatorios inaceptables o insuficientemente justificados; y (ii) controlar todas las inferencias que componen la cadena de justificación. Y al respecto tres precisiones.

La primera tiene que ver con el *papel de la valoración conjunta* en este estilo de motivación. La valoración conjunta, tan vinculada a la técnica del relato, no constituye por sí sola justificación alguna; antes al contrario, es una práctica que eventualmente camufla decisiones injustificables o en cualquier caso injustificadas. Ahora bien, la técnica analítica no desprecia o prescinde de la valoración conjunta; tan sólo la priva de valor justificatorio si no va precedida de la exposición y valoración individualizada de las pruebas practicadas que, después, se valoran conjuntamente. Es más, la valoración conjunta no sólo no es despreciada sino que cobra pleno sentido si se tiene en cuenta que la justificación de los hechos dista, por lo general, de ser algo simple. La mayoría de las veces son muchos los elementos probatorios de tipo diverso que concurren en favor o en contra de una hipótesis, y no todos tienen el mismo valor probatorio y, por tanto, justificatorio; la justificación de la hipótesis se ha de fundar entonces en la valoración conjunta de todos estos elementos. Pero es que, además, en muchas ocasiones los mismos datos probatorios permiten justificar hipótesis o historias diferentes; en estos casos hay que confrontar esas hipótesis dando

22. ANDRÉS, P., “De nuevo sobre la motivación de los hechos”, *Jueces para la democracia*, 1994, p. 87.

razones de por qué se opta por una en detrimento de otras, y este ejercicio de confrontación requiere justamente una valoración conjunta de todos los datos probatorios. En suma, en el estilo analítico, la valoración conjunta cumple su papel cuando ya se ha justificado individualmente la valoración de cada prueba relevante practicada y traduce, en realidad, la exigencia de ponderar, de cara a la justificación final, el valor probatorio de todas esas pruebas conjuntamente consideradas.

La segunda precisión es, más bien, una insistencia. La motivación —ya se ha dicho— debe consistir en la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas. Pero —nótese—, de *todas las pruebas practicadas*. No, por tanto, sólo de aquellas que versan directamente sobre un hecho principal, sino también de las que tienen que ver con la comprobación de un hecho secundario cuando éste constituya una premisa para establecer la verdad de un hecho principal. Y (sobre todo) no sólo de aquellas que se estimen conducentes a la decisión, sino también de aquellas otras que, de ser valoradas positivamente, conducirían a una decisión distinta. Esta última insistencia no es baladí, pues resulta muy fácil a un juez excluir en la motivación aquellas pruebas relevantes cuyos resultados no coincidan o contrasten con la reconstrucción de los hechos que pretende justificar. Por ello, si no quiere escamotearse a la motivación su sentido justificatorio no debe rebajarse la exigencia de examinar y valorar *todas* las pruebas relevantes, y por consiguiente también (o sobre todo) las que no avalan la reconstrucción de los hechos que se justifica: la justificación no será completa si no se justifica también por qué no se han atendido estas pruebas.

Por último, la exigencia de motivación *exhaustiva* que deriva del estilo analítico se orienta a hacer de la sentencia un documento autosuficiente, que se explica a sí mismo; un docu-

mento que muestra cómo de la actividad probatoria realizada se llega racionalmente al relato fáctico resultante. Por tanto, no basta con una motivación sobreentendida o que remita a las actas. La motivación debe estar hecha de tal modo que permita al lector *externo* (y más si carece de cualificación técnica) una comprensión cabal de lo sucedido en el enjuiciamiento y del fundamento de la decisión.

Pero la exigencia de motivación exhaustiva no puede confundirse (ni por tanto entenderse cumplida) con una motivación simplemente profusa. No se trata de auspiciar motivaciones extensas, prolijas, interminables. Es más, algunas motivaciones extensas, pero repletas de malabarismos argumentativos y vericuetos dialécticos, no sólo resultan poco comprensibles y (al menos en este sentido) poco racionales, sino que además pueden ser una pantalla que encubra alguna arbitrariedad. De lo que se trata es, más bien, de adoptar un estilo de motivación que huya de los argumentos *ad pompam* o *ad abundantiam* y que se ciña a los elementos precisos para hacer racionalmente justificada y controlable la decisión. Como afirma TARUFFO, "la justificación que sigue rigurosos cánones de racionalidad es más completa, pero también más simple y lineal"²³.

5.4. Resumen: reglas sobre la motivación

(i) Motivar es justificar. La motivación no puede entenderse cumplida si no se aportan razones que permitan sostener como correcta la decisión judicial fáctica.

23. TARUFFO, M., *Il vertice ambiguo*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 150.

Lamentablemente esta aserción no es una obviedad. En muchas sentencias, al hablar del desarrollo de la prueba, puede leerse: “nos remitimos al Acta, en aras de la brevedad”.

(ii) Motivar exige explicitar (y justificar) las pruebas usadas y explicitar el razonamiento. El razonamiento exigible a efectos de motivación debe permitir pasar de los datos probatorios a los hechos probados, según las reglas de inferencia aceptadas y las máximas de experiencia usadas.

Desgraciadamente, lo que jurisprudencialmente se entiende por explicitar el razonamiento a efectos justificatorios produce a veces gran insatisfacción, a juzgar por pronunciamientos del siguiente tenor: la única contradicción del razonamiento probatorio relevante a efectos de su revisión en casación es “la que se puede producir cuando el Tribunal hace afirmaciones sobre los hechos que se contradigan lógicamente (*por ejemplo que X esté muerto y esté vivo*) o que según la experiencia sean imposibles (*por ejemplo que un caballo vuele*)”. Fuera de estas situaciones no existe contradicción relevante.

(iii) Todas las pruebas requieren justificación. También, por tanto, la llamada prueba directa.

El no haber reparado en que la llamada habitualmente prueba directa es también, como la indiciaria, una prueba de tipo inductivo, ha conducido a un relajamiento ostensible de las exigencias de control. Así, el Tribunal Supremo español señala que el “incumplimiento del deber de motivación en la prueba directa, aun suponiendo una irregularidad formal, no produce indefensión, ni la nulidad del correspondiente acto judicial. Al contrario de lo que sucede en la prueba indirecta o indiciaria, donde es exigible que el correspondiente razonamiento se exprese”.

(iv) La motivación exige una valoración individualizada de las pruebas. La valoración conjunta no sustituye sino que

viene después de la valoración singularizada de las pruebas, tomadas de una en una.

(v) Han de considerarse todas las pruebas practicadas. En particular, una sentencia condenatoria debe dar cuenta razonada de por qué no se han atendido las pruebas exculpatorias; o sea, debe justificar la valoración conferida a los medios de prueba exculpatorios. Y una sentencia absolutoria debe dar cuenta razonada de por qué no se han atendido las pruebas inculpatorias; o sea, debe justificar la valoración conferida a los medios de prueba inculpatorios.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. AARNIO, A., R. ALEXU, y A. PECZENIK,, "The Foundation of Legal Reasoning", en *Rechtstheorie*, N.º 12 (1980)
 - "The Foundations of Legal Reasoning", en *Rechtstheorie*, 12 (1981).
2. AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, trad. de Ernesto Gazón Valdés y revisión del mismo y de Ruth Zimmerling, C.E.C., Madrid, 1991.
3. ALCHOURRÓN, C.E. y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971), Astrea, Buenos Aires, 1987.
 - *Análisis lógico y derecho*, CEC, Madrid, 1991.
4. ALCHOURRÓN, C.E. y A. MARTINO, "Logic without Truth", en *Ratio Juris*, Vol. 3, N.º 1 (marzo 1990) 44.
5. ALEXU, R., "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen", en *ARSP*, cuaderno 14 (1980).
 - "Juristische Interpretation", en *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien für Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1995.
 - "La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica", trad. de Carlos de Santiago, en GARZÓN VALDÉS (comp.), *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona/Caracas, 1988.
 - *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.
 - *Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Joachim Jungius, Hamburgo, 1993.
 - *Recht, Moral, Diskurs*, cit.
 - *Teoría de la argumentación jurídica* (1978) , trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, C.E.C., 3.ª reimpresión, Madrid, 2002.
 - *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, C.E.C., Madrid, 1991.
 - *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1993.

6. ANDRÉS, P., "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", *Doxa*, 12, 1992.
- "De nuevo sobre la motivación de los hechos", *Jueces para la democracia*, 1994.
7. ANSUÁTEGUI, F.J., "¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: ZAGREBELSKY y SCARPELLI", en *Derechos y Libertades*, N.º 2 (1994).
8. AÑÓN, M.J., "Notas sobre discrecionalidad y legitimación", *Doxa*, 15-16, 1994, Vol. II.
9. ARANGUREN, J.L.L., *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Tecnos, Madrid, 1992.
10. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. de Julián Marías y Araujo, C.E.C., Madrid, 1988.
11. ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.
12. ATIENZA, M., *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- "El Derecho como argumentación", en *Isegoría*, N.º 21 (1999).
- "Para una razonable definición de 'razonable'", en *Doxa*, N.º 4 (1987) .
- "Para una teoría de la argumentación jurídica", en *Doxa*, N.º 8 (1990).
- Recensión a *La lógica jurídica y la nueva retórica* (cit.), *Sistema*, 34 (1980), Madrid.
13. BAYÓN, J.C., "Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico", en *Isonomía*, N.º 13 (octubre 2000).
- *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, C.E.C., Madrid, 1991.
14. BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, ed. de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1974.
15. BELAUDE, D. y F. FERNÁNDEZ SEGADO (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 1997.
16. BENGOTXEA, J., N. MACCORMICK y L. MORAL SORIANO, "Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice", en DE BÚRCA, G. y J.H.H. WEILER, *The European Court of Justice*, O.U.P., Oxford.
17. BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, 2 Vols., comp. de E. Dumont (1823), trad. de M. Osorio, EJEA, Buenos Aires, 1971.
18. BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale Univ. Press, New Haven, 1962.
19. BLANCO VALDÉS, R., *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, Alianza, Madrid, 1998;
20. BOBBIO, N., "La razón en el Derecho (observaciones preliminares)", trad. de Alfonso Ruiz Miguel, en *Doxa*, N.º 2 81985.
- "Sul positivismo giuridico", *Rivista di Filosofia*, LII, 14 (1961)
- *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milán, 1965 (3.ª ed. 1977).
21. BRANDT, R.B., *Teoría ética*, trad. de Esperanza Guisán, Alianza, Madrid, 1982.
22. BRAUN, C., "Diskursstheoretische Normenbegründung in der Rechtswissenschaft", en *Rechtstheorie*, N.º 19 (1988).
23. CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986.
24. CARACCILO, R.A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, C.E.C., Madrid, 1988.
25. CARBONELL, M., (comp.), *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003.

26. COUTURE, E.J., "Las reglas de la sana crítica", *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1949.
27. COVAL, S.C. y J.C. SMITH, "Some Structural Properties of Legal Decisions", en *Cambridge Law Journal*, N.º 32 (1) (abril, 1973).
28. DE LORA, P., "Kant y la suerte moral. La desdicha ética de la buena persona" en A. Castro, F. Contreras, F. Llano, J.M. Panea (eds.), *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos del bicentenario de su muerte*, Innovación Lagares, Sevilla, 2003.
29. DE LUCAS, J., *Blade Runner. El Derecho guardián de la diferencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
30. DE PÁRAMO, J.R., *Negociar y argumentar: entre el mercado y la política*, lección inaugural del curso académico 1998-1999 en Talavera de la Reina, 1.º de octubre de 1998, Gabinete del Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1998.
31. DENNINGER, E., "La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica", en *Revista de Estudios Políticos*, N.º 84 (abril-junio 1994).
32. DÍAZ REVORIO, F.J., *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2003.
 - *Valores superiores e interpretación constitucional*, C.E.P.C., Madrid, 1997.
33. DWORKIN, R., *El imperio de la justicia*, trad. de Claudia Ferrarí, Gedisa, Barcelona, 1992.
 - "¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?", trad. de Maribel Narváez, en MORESO, J. y P. CASANOVAS, *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1999.
 - *Los Derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
34. ELIA, L., "Constitucionalismo cooperativo, Racionalidad y Sentencias Aditivas", en *División de poderes e interpretación*, Tecnos, Madrid, 1987.
35. ELY, J.H., *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1980.
36. ESCUDERO, R., *Positivismo y moral interna del Derecho*, C.E.P.C., Madrid, 2000.
37. EVANGELISTA, S., voz "motivazione della sentenza civile", en *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXVII, Giuffrè, Varese, 1977.
38. FASSÒ, G., *Historia de la filosofía del Derecho*, trad. de José F. Lorca Navarrete, Pirámide, Madrid, 1980, Vol. I.
39. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, prólogo de N. Bobbio, Trotta, Madrid, 1995.
40. FERRERES, V., "En defensa de la rigidez constitucional", *Doxa*, 23, 2000.
 - *Justicia constitucional y Democracia*, CEC, Madrid, 1997.
41. FIEDLER, H., *Derecho, Lógica, Matemática*, trad. de Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1992 (2.ª ed.).
42. FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones* (1995), trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996, p. 73.
43. FORNER, J.P., *Discurso sobre la tortura*, 1792.
44. FULLER, L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964.
45. GARCÍA AMADO, J.A., "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", en *Anuario de Filosofía del Derecho* Madrid, 1986.

- "Tópica, Derecho y método jurídico", en *Doxa*, N.º 4 (1987).
- *Teorías de la tónica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.
- 46. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo* (1974), 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1989.
- 47. GARCÍA FIGUEROA, A., "Haciendo justicia desde el lado activo del Derecho. Teoría del Derecho y teoría de la argumentación", en *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso (Chile), N.º 45, 2001.
 - "El "Derecho como argumentación" y el Derecho para la argumentación. Consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante", en *Doxa*, N.º 24 (2001).
 - "La tesis del caso especial y el positivismo jurídico", en *Doxa*, N.º 22 (1999).
- 48. GARCÍA PELAYO, M., "Estado legal y Estado constitucional de derecho", en *Obras Completas*, III, CEC, Madrid, 1991, p. 3029.
- 49. GASCÓN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.
 - *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- 50. GOLDSTEIN, L., "Four paradoxes in legal reasoning", en *Cambridge Law Review*, N.º 38 (nov. 1979).
- 51. GUASTINI, R., "Diritto mite, diritto incerto", en *Materiali per una storia della cultura Giuridica*, N.º 2 (diciembre 1996).
 - "La interpretación. Objetos, conceptos y teorías", en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, R. VÁZQUEZ (comp.), Fontamara, México, 1998.
 - "Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico", en L. Gianformaggio y E. Lecaldano (eds.), *Etica e Diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Bari, 1986.
 - *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1992.
 - *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1992.
- 52. HABERMAS, J. *Facticidad y validez*, introducción y traducción de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.
- 53. HARE, R.M., "Podría Kant haber sido un utilitarista?", en *Ordenando la ética. Una clasificación de las teorías éticas*, trad. de Joan Vergés Gifra, Ariel, Barcelona, 1999.
- 54. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho* (1961), trad., de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
 - *El concepto de derecho*, 2.ª ed., Ed. Nacional, México, 1980, cap. VII.
- 55. HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- 56. HOLMES, O. W., *The Common Law*, Boston, 1881.
- 57. IGARTUA, J., *Teoría analítica del Derecho (la interpretación de la ley)*, Oñati, IVAP, 1994.
 - *Teoría analítica del Derecho (la interpretación de la ley)*, Oñati, IVAP, 1994.
- 58. JIMÉNEZ CAMPO, J., "Interpretación conforme a la Constitución", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995.
- 59. KANT, I., "Sobre el tópico: esto puede ser correcto en teoría pero no vale para la práctica" (1793) en *En defensa de la ilustración*, trad. de Javier Alcoriza y Antonio Lastra. Alba, Barcelona, 1999.

- "Sobre un presunto derecho a mentir por filantropía" (1797), en *En defensa de la Ilustración*, trad. de Javier Alcoriza y Antonio Castra e introducción de José Luis Villacañas, Alba, Barcelona, 1999.
 - *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785), ed. de Luis Martínez de Velasco, Austral, Madrid, 1994.
 - *La metafísica de las costumbres* (1797), trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1989, 406, p. 264.
60. KANTOROWICZ, G., *La lucha por la ciencia del derecho*, trad. de W. Goldschmidt, en AA.VV. *La ciencia del derecho*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1949.
61. Kelsen, H., *Teoría general de las normas*, trad. de Hugo Carlos Delory Jacobs y revisión de Juan Federico Arriola, Trillas, Méjico, 1994.
- *Teoría general de las normas*, trad. de Hugo Carlos Delory Jacobs, Trillas, México, 1994.
 - *Teoría pura del derecho* (1960), trad. de R. Vernengo, UNAM, México, 1986.
 - *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de Roberto Vernengo, Porrúa, México D.F., 1991.
62. KOCH, H.J. y U. NEUMANN (comps.), "Praktische Vernunft und Rechtsanwendung", *ARSP*, cuaderno 53 (1994).
63. KRAWIETZ, W., "Derecho y racionalidad en la moderna teoría del Derecho", en E. GARZÓN VALDÉS (comp.), *Derecho y filosofía*, trad. de Carlos de Santiago, Barcelona-Caracas, 1988.
64. LAX, D.A., y J.K. SEBENIUS, *The Manager as Negotiator*, The Free Press, Nueva York, 1986.
65. LIFANTE, I., "Una crítica a un crítico del 'no positivismo'", en *Doxa*, N.º 23 (2000)
66. LLEWELLYN, K., "Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso", trad. de Pompeu Casanovas, en CASANOVAS, P. y J.J. MORESO (comps.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994.
67. LOMBARDI, G., voz "motivazione en diritto costituzionale", *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. X, UTET, Turín, 1982 (reimp.),
68. MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1978.
- "Coherence in Legal Justification" (1984), ahora recogido en M. BESSONE y R. GUASTINI, (coords.), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1994.
 - "La congruenza nella giustificazione giuridica", en COMANDUCCI, P., y R. GUASTINI, *L'analisi del ragionamento giuridico*, Turín, 1989, Vol. I.
 - *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.
69. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes* (1735), trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1985.
- *Del espíritu de las leyes* (1748), trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972.
70. MOORE, G.E., *Principia Ethica* (1903), trad. de María Vázquez Guisán, Crítica, Barcelona, 2002.
71. MORAL SORIANO, L., *El precedente judicial*, prólogo de Zenon BANKOWSKY y Neil MACCORMICK, Marcial Pons, Madrid, 2002.
72. MORESO, J.J. y P.E. NAVARRO, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, C.E.C., Madrid, 1993.
73. MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

74. NEUMANN, U., *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986.
75. NINO, C.S., "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4 (1989).
 - *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994.
 - *Introducción al Análisis del derecho*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1984.
76. OLLERO, A., *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982.
77. OTTE, "Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben", en *Rechtstheorie*, cuaderno 1, T. 1 (1970).
78. DE LORA, P., "Los animales como sujetos de derechos", en E. Díaz y J.L. Colomer (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002.
79. PACE, A. y J. VARELA, *La rigidez de las Constituciones escritas*, CEC, Madrid, 1995.
80. PATTARO, E., "La razón en el Derecho. Comentario a Norberto Bobbio", trad. de Josep Aguiló Regla, en *Doxa*, N.º 2 (1985), pp. 147-152.
 - "Models of Reason, Types of Principles and Reasoning. Historical Comments and Theoretical Outlines", en *Ratio Juris*, Vol. 1, N.º 2, julio (1988).
81. PAZ, O., "Retórica", en *Libertad bajo palabra*, Cátedra, Madrid, 1990.
82. PECES-BARBA, G. y L. PRIETO SANCHÍS (colaborador), *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres, Valencia, 1984.
83. PECES-BARBA, G., "Desacuerdos y acuerdos con una obra importante", epílogo a la primera edición de *El Derecho dúctil*, Ed. Trotta, Madrid 1995.
 - *La elaboración de la Constitución de 1978*, C.E.C., Madrid, 1988
 - *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984
84. PECZENIK, A., "Dimensiones morales del Derecho", trad. de Juan A. Pérez Lledó, en *Doxa*, N.º 8 (1990)
 - *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989
85. PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica* (1976), trad. de Luis Díez-Picazo, Civitas, Madrid, 1988 (reimp.).
86. PÉREZ LLEDÓ, J.A., *El movimiento de los Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996.
87. PIZZORUSSO, A., "Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano", en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, Vol. I.
88. PLATÓN, *Eutifrón*, 10 a, cito por el texto traducido, seleccionado y comentado por GARCÍA MÁYNEZ, E., *Teorías sobre la justicia en los diálogos de Platón*, Vol. Y, UNAM, México, 1981.
89. POPPER, K., *La lógica de la investigación científica* (1934), trad. de Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, 1982.
 - *La lógica de la investigación científica* (1934-5), trad. de Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, 1982.
90. PRIETO SANCHÍS, L., "Constitución y Parlamento", en *Parlamento y Constitución*, N.º 5 (2001).
 - "Los valores superiores del Ordenamiento Jurídico y el Tribunal Constitucional", en *Poder Judicial*, N.º 11 (1984).

- *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.
- *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, C.E.C., Madrid, 1992.
- "La doctrina del Derecho natural", en BETEGÓN, J., M. GASCÓN, J.R. DE PÁRAMO, L. PRIETO, *Lecciones de teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- "Neoconstitucionalismo y Ponderación", en *Derecho y Proceso* (J.D. Moreno ed.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5 (2001).
- "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 1991.
- *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997.
- *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992.
- 91. RECASÉNS, L., *Antología 1922-1974*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1976.
 - *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional de México, México, 1971.
 - *Tratado General de Filosofía del Derecho* (1959), Porrúa, México, 1965.
- 92. REDONDO, M.C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, C.E.C., Madrid, 1996.
- 93. REICHENBACH, H. es *La filosofía científica*, trad. de Horacio Flores Sánchez, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1967.
- 94. ROUSSEAU, J. J., *Contrato Social*, en *Escritos de Combate*, ed. de S. Masó, Madrid, Alfaguara, 1979. DUGUIT, L., *Traité du droit constitutionnel*, Vol. II, Paris, Fontemoing, 1923.
- 95. RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder*, CEC, Madrid, 1997.
 - "La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22 (1988).
 - "Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional", en *REDC*, 35, 1992.
- 96. RUIZ MANERO, J., en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988.
 - *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2002.
- 97. SANTO TOMÁS, *Summa teológica*, 1.2, q. 90, a. 1
- 98. SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución* (1928), trad. de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982, p. 150.
- 99. SIEKMANN, J.R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden Baden, 1990.
- 100. SOPER, Ph., *Una teoría del Derecho*, trad. de Ricardo Caracciolo, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- 101. STEIN, *El conocimiento privado del juez*, Madrid, 1990.
- 102. STROLZ, M.M., *Ronald Dworkin's These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB*, Schulthess, Zurich, 1991.
- 103. SUMMERS, R.S., "Comments on "The Foundation of Legal Reasoning", en KRAWIETZ, W. y R. ALEX, *Metatheorie juristischer Argumentation*, Duncker & Humblot, Berlín, 1983.
- 104. TAPPER, C., "A Note on Principles", en *The Modern Law Review*, Vol. 34 (noviembre, 1971).
- 105. TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.
 - *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.

106. TARUFFO, M., "Modelli di prova e di procedimento probatorio", *Rivista di Diritto Processuale*, XLV, 2, 1990.
- *Il vertice ambiguo*, Il Mulino, Bologna, 1991.
 - *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1992.
107. TOULMIN, S., "Razones y causas", en AA.VV., *La explicación en las ciencias de la conducta*, trad. de J. Daniel Quesada, Alianza, Madrid, 1982.
- *El uso colectivo de los conceptos, Vol. I, La comprensión humana*, trad. de Néstor Míguez, Alianza, Madrid, 1977.
108. VELECKY, L.C., recensión a TAMMELO, I., *Outlines of Modern Legal Logic*, Franz STEINER, Wiesbaden, 1969.
109. VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1986.
110. VOLPE, G., *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1977.
111. VON KIRCHMANN, J.H., *La jurisprudencia no es ciencia (1847)*, trad. y estudio preliminar de Antonio Truyol, C.E.C., Madrid, 1983.
112. VON WRIGHT, G.H., *Explicación y comprensión*, trad. de Luis Vega Reñón, Alianza Universidad, Madrid, 1979.
- *The Logic of Preference*, Edimburgo, 1963.
113. WEBER, M., *Economía y Sociedad*, ed. de J. Winckelmann, trad. de J. Medina Echevarría y otros, FCE, 10.ª reimp., Madrid, 1993, p. 707.
114. WEINBERGER, O., "Überzeugen als Aufgabe", en *ARSP*, Vol. 81 (1995), cuaderno 3.
115. WELLMER, A., *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*, trad. de Fabio Morales, Anthropos, Barcelona, 1994.
116. WRÓBLEWSKI, J., "El papel de los principios del Derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica", en *Sentido y hecho en el Derecho*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.
- "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", en *Rechtstheorie*, N.º 5 (1974).
 - "Paradigms of Justifying Legal Decisions", en Peczenik, A, Lindahl, L., van Roermund, B. (eds.), *Theory of Legal Science*, Reidel, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1984.
 - *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, 1985.
 - *The Judicial Application of Law* (editado por Zenon Bankowski y Neil MacCormick), Kluwer, Dordrecht, 1992.
117. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.
- *La Giustizia Costituzionale* (1977), Bologna, Il Mulino, 2.ª ed., 1988;
118. ZIEMBIŃSKI, Z., "La notion de rationalité du législateur", *Archives de philosophie du droit*, 1978; e IGARTUA, J., *Teoría analítica del Derecho (la interpretación de la ley)*, Oñati, IVAP, 1994.
119. ZIPPELIUS, R., "Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen", en el volumen colectivo *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tubinga, Mohr, 1976, Vol. II.