

Manuel Atienza

# Ideas para una Filosofía del Derecho

Una propuesta para el mundo latino

GRILEY

CIENCIAS, HUMANIDADES E INTERDISCIPLINAS  
Serie dirigida por Lucas Lavado

---

**Primera edición:** octubre de 2018

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca  
Nacional del Perú N.º 2018-13755

ISBN: 978-9972-04-601-8

---

© 2018, **Ideas para una Filosofía del Derecho**

© 2018, **Manuel Atienza**

© 2018, **Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.**

Jr. Azángaro 868 - Lima

Tlfs.: 346-9961 - 955474204

elay\_grijley@hotmail.com

---

**Composición e impresión:**

Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Av. Tingo María 1330 - Lima

Tlf.: 337-5252

ediciongrijley@gmail.com

---

**Tiraje:** 1,000 ejemplares

---

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N.º 822

Prohibida la reproducción de este libro por  
cualquier medio, total o parcialmente sin  
permiso expreso de la editorial.

---

# Índice

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| Presentación del editor ..... | 9  |
| Presentación del autor .....  | 13 |

## Parte I

|   |    |
|---|----|
| 1. ¿Es posible una enseñanza científica del derecho? .....  | 17 |
| 2. Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación<br>de los jueces en el Estado de Derecho ..... | 27 |
| 3. Diez consejos para escribir un buen trabajo<br>de dogmática .....                                  | 71 |
| 4. ¿Es el positivismo jurídico una teoría aceptable<br>del derecho? .....                             | 77 |

## Parte II

|   |     |
|---|-----|
| 5. Derecho y argumentación .....  | 109 |
| 6. Sobre la analogía en el Derecho .....  | 193 |
| 7. Argumentación y Constitución .....   | 229 |
| 8. Los límites de la interpretación constitucional<br>de nuevo sobre los casos trágicos ..... | 285 |
| ÍNDICE ONOMÁSTICO .....   | 327 |



## Presentación del editor

Quienes ponen su actividad como intelectuales bajo la égida del pensamiento científico no se abandonan fácilmente al juego de las alternativas radicales: Al contrario, examinan indagan, ponderan, reflexionan, contrastan y verifican.

Norberto Bobbio (2017).

*El oficio de vivir, de enseñar, de escribir.  
Conversación con Pietro Polito.*

Desde los años noventa del siglo pasado iniciamos la organización y desarrollo de cursos internacionales dirigido a profesores universitarios, investigadores y público interesado. El primero en iniciar estos cursos, en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, fue el profesor Mario Bunge, en julio de 1996, con el título *Vigencia de la filosofía, ciencia y técnica, investigación y universidad*. Este curso concitó una enorme audiencia y su impronta continúa debido a la relevancia de los temas y a la polémica que suscitó.

Los cursos continuaron gracias a la colaboración de otras destacadas personalidades del mundo académico,

en distintos campos, como el politólogo y filósofo del derecho profesor Ernesto Garzón Valdés en el Colegio de Abogados de Lima, durante una semana, para impartir sus lecciones con el título de *Tolerancia, Dignidad y Democracia*, cuando ejercía el decanato el profesor Marcos Ibazeta Marino. Uno de los propósitos del evento giraba en torno al análisis conceptual y el debate como el modo más idóneo para avivar las investigaciones en la Ciencia Política y en el Derecho. Durante su permanencia en Lima pudimos disfrutar de su magisterio, de su generosidad académica al autorizarnos la edición de sus lecciones y la oportunidad de comunicarnos con Manuel Atienza, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, destacado por su rigor académico, de manera especial en Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica.

Con el profesor Atienza acordamos realizar el curso internacional denominado *El Derecho como argumentación: Una propuesta para el mundo Latino*, que se llevó a cabo del 3 al 7 de marzo del 2007, en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, donde el suscrito ejercía la docencia y tenía bajo su responsabilidad la conducción de los cursos internacionales. El curso concitó un gran interés por parte de los profesores y los estudiantes de Derecho, dado que la argumentación emergía como una necesidad de la formación académica y profesional del abogado. Se desarrolló en un momento de interés en torno a la renovación y actualización de los currículos universitarios basados en el enfoque de competencias.

Las características de estos cursos rompían las fronteras de la simple y llana exposición de temas nuevos e interesantes, que suelen ser habituales en nuestro me-

dio, para dar algunos pasos adelante acompañándolos de aquellos aportes de los propios ponentes para enriquecer el diálogo. Tan solo de este modo, creemos, es posible analizar los problemas tratados con cierto rigor, como el recurso más adecuado para apoyar el desarrollo de la investigación en la universidad peruana. Los participantes de aquel entonces, tanto profesores, investigadores y estudiantes, pensaban que las reflexiones e investigaciones sistemáticas requieren puntos de partida escritos que sirvan como fuentes y criterios metodológicos para el debate y la argumentación. Esta cuestión sigue siendo actual e indispensable para no caer, como es frecuente, en la improvisación.

Este volumen contiene los materiales organizados para aquel curso, que no solo no han perdido vigencia, sino que contienen cuestiones de gran interés para los estudiantes y profesores de Derecho que cada vez más se interesan por el mejoramiento de la formación profesional del abogado, de la promoción de la investigación y del debate sobre aquellos problemas de interés en el campo de la filosofía del Derecho, que para Manuel Atienza ya no solo se agota en la explicación razonable dando pasos decisivos hacia la transformación de la sociedad.

Gracias a su generosidad pudimos organizar este volumen, pensando en los requerimientos e intereses de los profesores de Derecho, sin perder de vista el enfoque del ponente y su competencia para ofrecer una visión renovada de la Filosofía del Derecho. Esto se podrá percibir al leer su más reciente libro *Filosofía del Derecho y transformación social* (Trotta, 2017). De esta forma, el volumen que el lector tiene en sus manos *Ideas para una filosofía del Derecho: Una propuesta para el mundo Latino*,

es un antecedente importante que los seguidores y críticos del maestro alicantino desearían saber. Este es el propósito de esta edición.

El volumen incluye temas conexos divididos en dos pares: Parte I, 1. ¿Es posible una enseñanza científica del Derecho?; 2. Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho; 3. Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática; y 4. ¿El positivismo jurídico es una teoría aceptable del Derecho? Parte II, 5. Derecho y argumentación; 6. Sobre la analogía en el Derecho; 7. Argumentación y Constitución; y 8. Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos.

Para culminar, deseo agradecer al joven y prometededor abogado, investigador y traductor de obras jurídicas, Juan Carlos Panes Solórzano, mi reconocido agradecimiento y aprecio por cuidar de las necesarias correcciones de este trabajo.

A la pujante y ascendente empresa Editora GRJLEY (cuya labor de rigurosidad en las publicaciones de obras jurídicas recae en su gerente general Esteban Alvarado Yanac), por creer y confiar en mí y por poner todo su empeño para que esta obra salga a luz, con la calidad y prestancia que caracterizan sus publicaciones.

Lucas Lavado

Setiembre del 2018

## Presentación del autor

Publico este libro por el amable ofrecimiento del profesor Lucas Lavado y con ocasión del curso sobre filosofía del Derecho que tendré el placer de impartir en Lima, en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, la primera semana de marzo del 2008. Él seleccionó buena parte de los trabajos y es también autor de la mitad del título que ahora los agrupa.

Estos textos proceden de momentos distantes entre sí (entre el primero y el último van sus buenos 20 años) y versan sobre temas también diferentes, pero quizás pueda encontrarse entre ellos alguna unidad, vale decir, fueron escritos por la misma mano (y a mano, al menos en una primera versión: el cuaderno sigue siendo para mí un objeto mucho más inspirador que la pantalla del ordenador). Yo diría que en todos ellos puede advertirse un mismo propósito de entender la filosofía del Derecho como una actividad práctica, o teórico-práctica, dirigida no solo a entender el mundo social, sino también a cambiarlo, aunque, naturalmente, los cambios solo podrían producirse a través de muchas mediaciones. Pero no hay

nada que lamentar en ello. Al fin y al cabo, el iusfilósofo también es un ser social –y no un individuo aislado–, que necesita del jurista para dar sentido a su trabajo; de ahí que, en mi opinión, una filosofía del Derecho que de manera exclusiva o preferente se dirija a los filósofos del Derecho carece de interés. Me parece que con ello aclaro lo que quiere expresar la primera mitad del título: «Ideas para una filosofía del Derecho».

Su segunda mitad, «Una propuesta para el mundo latino», me fue sugerida por el profesor Lucas Lavado (quizás después de haber leído el último de los trabajos aquí recogidos) y la he acogido con mucho entusiasmo, aunque me doy cuenta que puede resultar demasiado pretenciosa. En todo caso, la propuesta (pues no me parece que sea solo mía; en los últimos tiempos hay muchos teóricos y prácticos del Derecho del mundo latino que tienen una orientación semejante) consiste en combinar de alguna manera el método analítico, la preocupación por la práctica y un objetivismo moral mínimo (sin el cual, simplemente, no se puede operar con sentido en el contexto de los Derechos de los Estados constitucionales). Estos ingredientes, en mi caso, se traducen en lo que he llamado «El Derecho como argumentación» que, por otro lado, no debe verse como una afirmación de que el Derecho consiste exclusivamente en una argumentación, sino como una invitación a abordar (teórica y prácticamente) el Derecho de una manera que me parece particularmente fructífera.

**Manuel Atienza**

Alicante, febrero de 2008

*Parte I*





# 1. ¿Es posible una enseñanza científica del derecho? (\*)

---

(\*) La versión original fue publicada en la revista *El Basílico* N° 5, Noviembre-Diciembre 1978, pp. 17-18.



1. Es un hecho difícil de negar que la enseñanza del Derecho en nuestras Facultades reviste formas acusadamente acrílicas y dogmáticas. A pesar de ello (quizás también a causa de ello) no puede decirse que este estado de cosas constituya una gran preocupación para quienes participan en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho.

Pero además de la falta de conciencia de la necesidad de un cambio, la gravedad de la situación aparece también en que un cambio en la enseñanza del derecho (un auténtico cambio) no podría consistir, simplemente, en la introducción de nuevos métodos y técnicas de enseñanza, sino que habría que plantearse –quizás con carácter preliminar– la cuestión de qué se enseña, quién enseña, a quién y para qué. Lo que falla no es simplemente la forma de encarar la enseñanza, sino algo más. O mejor dicho, el modo de enseñar, el cómo se enseña, no es algo que pueda aislarse del qué se enseña, quién lo enseña, etc.

2. La cuestión de la que deseo ocuparme aquí fundamentalmente es la de los contenidos que se enseñan en nuestras Facultades, dado que, me parece, tienen una gran importancia. No solo porque, efectivamente, lo que se enseña está íntimamente conexas con el

cómo se enseña (¿puede la dogmática no enseñarse dogmáticamente?), sino porque pienso que una modificación en los planes de estudio es relativamente fácil de realizar; por lo tanto, es posible que sea por aquí por donde haya que empezar a cambiar nuestras Facultades.

Lo que caracteriza, desde este punto de vista, a nuestras Facultades jurídicas es, en general, lo siguiente: Lo que en ellas se enseña no merece el nombre de ciencia. Las conexiones de la «ciencia» jurídica con la teología (tantas veces señaladas) son bastante claras y, desde luego, es todo un síntoma (un mal síntoma) la existencia de unos «científicos» que no dudan en calificar de dogmática su actividad.

En realidad, yo no pienso que haya algo en el Derecho que impida un tratamiento científico del mismo. Por el contrario, la crítica que pretendo efectuar aquí es que en nuestras Facultades no se hace (salvo pocas excepciones) auténtica ciencia, cuando en principio parecería posible articular un conocimiento científico (o, en todo caso, un conocimiento riguroso) sobre el Derecho.

Aunque fueran admisibles las diversas condenaciones emitidas sobre la viabilidad de una auténtica ciencia jurídica, las mismas se refieren únicamente a la ciencia jurídica en sentido estricto, a la dogmática jurídica, pero no a otras materias que se cursan en nuestras facultades, como la historia del Derecho, la economía política o la filosofía del Derecho. En los dos primeros casos porque nadie parece tener interés en negar la científicidad de la historia o de la economía; en el segundo caso porque no tendría sentido tachar de no-científico a un saber como el filosófico que aspira a ser algo distinto (aunque en mi

opinión no independiente) de la ciencia. Lo cierto es, sin embargo, que, en su mayoría, las disciplinas que habilitan para el título de licenciado en Derecho caen dentro del campo de la *dogmática jurídica*. La existencia de esta modalidad de conocimiento suele justificarse del siguiente modo: A diferencia de otras actividades cognoscitivas (de las actividades realmente investigadoras), el jurista, el «científico» del Derecho, se encuentra con la necesidad de partir en su estudio de un dato indubitable, de un verdadero dogma, la norma jurídica, cuya aceptación es por tanto un presupuesto necesario.

Ahora bien, en primer lugar, se debe poner de manifiesto que (como se ha teorizado aprovechando las categorías de Hart), además del estudio del derecho, de la norma, desde un punto de vista interno (en el que se está pensando en el argumento anterior), también es posible un estudio del Derecho desde un punto de vista externo, desde el punto de vista del espectador, como es el caso de la historia del Derecho, de la psicología jurídica y, fundamentalmente, de la sociología del derecho. Lamentablemente no existe en nuestros planes de estudio la sociología del Derecho, ni existen tampoco oficialmente sociólogos del Derecho en nuestras Facultades. En segundo lugar, situándonos ya en el punto de vista interno a la norma (e interesa recalcar que no es el único punto de vista posible), habría mucho que decir acerca de los métodos utilizados en la construcción de esta *dogmática jurídica* y acerca del campo de estudio de la misma. Quiero decir que el análisis interno del Derecho puede realizarse (como generalmente ocurre) a partir de esquemas lógicos y metodológicos que pertenecen claramente al pasado, o bien podría efectuarse

tomando en consideración cosas tales como la lógica formal (especialmente la lógica de las normas, lógica deóntica), el estructuralismo, la lingüística contemporánea, la teoría de los juegos o la cibernética.

Ni qué decir tiene que ninguno de estos «modernismos» forma parte de los planes de estudio de nuestras Facultades ni, en general, del acervo cultural de los enseñantes de Derecho. Por el contrario, es frecuente encontrarse con una actitud de rechazo hacia todo lo que no sean las viejas formas del razonamiento jurídico: Así, se critica, por ejemplo, la tendencia «logicista» en el Derecho, crítica verdaderamente absurda por que suele hacerse a partir de una identificación de la lógica con la silogística aristotélica y a partir también de una rigurosa ignorancia de lo que es la lógica moderna. O se rechaza la posibilidad de aplicar la cibernética al Derecho; en este último caso, y teniendo en cuenta el carácter mecanicista con que se entiende y se enseña el Derecho, podría pensarse que el temor de nuestros juristas resulta comprensible ante el riesgo de que las nuevas máquinas desplacen a las antiguas.

Por otra parte, el análisis de la norma puede hacerse contando únicamente con los datos de un ordenamiento jurídico concreto, o bien podría extenderse también al Derecho comparado o a la teoría general del Derecho, lo que implicaría, en cierto modo, desbordar el punto de vista interno. Y aquí nos encontramos nuevamente con lo siguiente: En nuestros planes de estudio no existe una disciplina de Derecho comparado ni se cursa tampoco una auténtica teoría general del Derecho, aunque en ocasiones se eche mano de los datos que ofrece el De-

recho comparado (pero el estudiante se queda sin poseer una idea medianamente clara de los diversos sistemas o «familias» de Derecho existentes), y aunque algunas de las cuestiones de teoría general se estudien, por razones tradicionales pero no aceptables, dentro de la parte general del Derecho civil.

En tercer lugar, es necesario aclarar en qué sentido hay que partir de la aceptación de la norma en el estudio del Derecho. Me parece claro que el teórico del Derecho (rehuyo explícitamente hablar de «dogmático») tiene que partir en su estudio de las normas válidas, de las normas vigentes, pero ello no tiene por qué significar una sumisión política con respecto al sistema establecido como parecen entender muchos juristas. Claro está que su discurso debe ser, entre otras cosas, explicativo, sistematizador, etc. de las normas válidas, precisamente para que no se convierta en un discurso puramente especulativo, idealista, etc. Pero esta es, en realidad, la misma situación en la que se encuentra, por ejemplo, el historiador o el sociólogo, que deben ofrecernos una explicación de la realidad histórica o sociológica sin distorsionarla, pero sin que ello signifique tampoco su sacralización, su apología. Con ello no quiero decir que el jurista teórico deba adoptar una postura neutral (entre otras cosas porque esto no es posible), sino que sus posibilidades políticas, como jurista, no se agotan en el conservadurismo y ni siquiera en el reformismo.

El teórico del Derecho puede hacer no solo crítica interna, crítica desde el sistema en el que vive inmerso (es decir, sin cuestionar el sistema), sino también crítica desde otros sistemas actuales o posibles (y, por lo tanto, crítica al sistema).

3. La consecuencia de todo esto es la necesidad del jurista, y por lo tanto de nuestras Facultades de Derecho, de abrirse hacia otras ciencias sociales y, *fortiori*, hacia las ciencias jurídicas (en plural). Se trata de una necesidad teórica porque no cabe hacer ciencia del Derecho sin contar con disciplinas como la sociología, la historia, la psicología o la lógica formal (aunque esta última no sea, estrictamente, una ciencia social). Pero también de una necesidad práctica, por que la función del jurista es una función (y el Derecho una realidad) social. No estoy seguro de que en los medios jurídicos exista una opinión predominante en este sentido. Es cierto que en muchas disciplinas jurídicas se viene produciendo una apertura hacia las ciencias sociales, como ocurre en el Derecho penal en relación con la criminología o en el Derecho político en relación con la sociología política, e igualmente es cierto que entre los estudiantes puede detectarse una actitud bastante positiva de cara a la introducción de nuevas materias como la sociología del Derecho.

Sin embargo, me parece que en la pequeña medida en que en nuestras Facultades se producen reacciones frente al actual estado de cosas en la enseñanza del Derecho, la corriente predominante se dirige a rechazar lo que se considera como un estudio «teórico» del Derecho y en su lugar se propone su sustitución por un enfoque más «práctico» y útil. Pienso que en esta última postura se esconde con mucha frecuencia un pragmatismo de cortos vuelos y una falsa intelección de lo que significa la teoría. No niego la importancia que revisten las «clases prácticas» en la formación del jurista, la necesidad de excluir de los programas de estudio las instituciones desfasadas y las normas caídas en desuso, por lo menos

en cuanto que pretenden presentarse (y enseñarse con mucha frecuencia) como Derecho vigente, y en definitiva la necesidad de procurar el mayor contacto posible del estudiante con el «derecho vivo». Pero ello no debe significar, en mi opinión, que se enfoque el estudio del Derecho desde un punto de vista puramente profesional. Esto último debe constituir más bien el objetivo de las escuelas de práctica jurídica necesitadas, desde luego, de una verdadera revitalización.

El problema fundamental de la enseñanza del Derecho no estriba en que se trate de una enseñanza demasiado teórica, sino más bien en que no existe una auténtica teoría, una teoría práctica y crítica. Una teoría que rehúye la práctica o que acepta simplemente lo establecido, no pasa de ser una falsa teoría, pensamiento abstracto, ideología.



## 2. Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho<sup>(\*)</sup>

---

<sup>(\*)</sup> *Cuestiones judiciales*. México. D.F: Fontamara, pp.119-158.



## Introducción

Siento, como supongo que les ocurre a otros filósofos del Derecho, una cierta inquietud cada vez que soy invitado a participar en mesas redondas con juristas de diversas especialidades, dado que y se espera que uno aborde el tema en cuestión –en este caso, el de la selección y formación de los jueces– «desde la perspectiva de la filosofía del Derecho». Tal inquietud deriva de la imagen no muy clara –y no siempre acertada– que, me parece, suelen tener los juristas teóricos y prácticos sobre lo que cabe esperar de un iusfilósofo. Simplificando mucho las cosas, diré que, a veces, se recurre a la filosofía del Derecho como un mero ornato cultural (en el fondo, más bien inútil, aunque en ocasiones puede ser provechosamente «utilizado» en labores de legitimación) y en cambio, otras veces, como una especie de «instancia superior» que permite ver más allá y más profundamente de lo que lo harían los simples juristas. Creo que estas dos imágenes del filósofo del Derecho –desenfocadas por defecto o por exceso– se conectan, por paradójico que pueda parecer, con la misma tendencia a identificar la iusfilosofía con el Derecho natural y a este

con el tipo de ideología –una mezcla de formalismo metodológico, conservadurismo político y absolutismo moral– que, durante mucho tiempo, se transmitió en las Facultades de Derecho españolas, precisamente bajo este último rótulo.

Pues bien, como lo sugiere ya la referencia a la «virtud» presente en el título de mi exposición, aquí trataré de situarme en un término medio entre los dos extremos anteriores. Y a fin de lograrlo, voy a elegir una perspectiva no tan abstracta que nos proporcione una visión excesivamente difuminada de la realidad, pero, al mismo tiempo, suficientemente distante –y amplia– como para generar críticas y, quizás también, alternativas. En concreto, mi exposición girará en torno a cinco preguntas que guardan entre sí un cierto orden lógico, en el sentido de que la contestación a cada una de ellas conduce a plantearse una nueva pregunta, hasta llegar a la última respuesta que podría verse como una propuesta de alternativa.

## **1. Las razones de un olvido**

La primera cuestión a plantear es, lisa y llanamente, la siguiente: ¿Cómo es posible que, tratándose de un problema de semejante importancia, se haya reflexionado relativamente tan poco sobre él? Si casi todos estaríamos de acuerdo en que «el Derecho es tan bueno como lo son los jueces que lo aplican» (Van Caenegem 1991, p. 126) o, por lo menos, en que no cabría hablar de un buen Derecho con malos jueces, ¿a qué se debe el hecho de que en España nos hayamos preocupado tan poco por la formación y selección de nuestros jueces?

Obviamente habría algunas excepciones que hacer<sup>(1)</sup>, pero la realidad es que ni la doctrina jurídica ni los propios jueces ni la opinión pública en general se ha (pre)ocupado mucho de la cuestión.

En el caso de la doctrina jurídica (lo que solemos llamar también dogmática o ciencia jurídica), la explicación, me parece a mí, deriva del modelo muy formalista de dogmática jurídica que ha sido dominante –aún lo es– en nuestra tradición y que ha llevado a separar muy tajantemente a esta disciplina de la sociología y de la política del Derecho. A ello se suma la tendencia que ve en la dogmática jurídica más una «ciencia», que trata de construir un sistema, que una técnica encaminada a la resolución de problemas prácticos. Y el resultado ha sido la propensión a incurrir en verdaderas «deformaciones ideológicas», al plantearse –e intentar resolver– problemas que en realidad no lo eran, o que estaban mal enfocados (el mejor ejemplo sigue siendo el de las «naturalezas jurídicas»), y a dejar de lado –o, por lo menos, a relegar– otros de gran importancia práctica. Así, los dogmáticos del Derecho penal suelen considerar que la parte «noble», verdaderamente científica, de su disciplina lo constituye la teoría del delito (una teoría de gran abstracción y donde el formalismo jurídico llega quizás a su cénit), mientras que la teoría de la pena suele recibir mucha menor atención y el Derecho penitenciario es, simplemente, menospreciado: ¡Como si se pudiese separar el estudio del delito, de la pena y de su ejecución! Y, en forma semejante, los procesalistas parecen haber

---

(1) Véase por ejemplo, Auger (1985), Arozamena (1987), Vázquez Sotelo (1995) y, sobretodo, Aulet (1997).

otorgado su favor a la elucidación de ciertas nociones en las que se asienta la «ciencia procesalista» (la jurisdicción, proceso y acción), en detrimento de la «parte orgánica» del Derecho procesal, bajo la cual, en principio, caería el tema de la selección y formación de los jueces. En ambos casos, pues, los juristas teóricos tienden a desentenderse de aquellas cuestiones cuyo estudio requería también de consideraciones sociológicas, éticas y políticas, y a las que no parecen considerar como objetos de verdadero interés científico.

Por lo que se refiere a los jueces (quienes no parecen haber discutido mucho sobre el problema en general, aunque sí sobre concretos procesos de selección), la explicación parece tener bastante que ver con el corporativismo de la profesión y con el hecho de que los jueces españoles han constituido, hasta fecha muy reciente, un estamento sumamente homogéneo desde el punto de vista de su ideología y de su extracción social. Así [tomo los datos de una conocida obra de José Juan Toharia (1987)], en 1972, no había ni un solo juez que fuera hijo de obrero y solo había una mujer juez; en 1984, solo el 4% de los jueces tenía un origen obrero y las mujeres jueces habían llegado a suponer el 11% de la profesión; pero en ambas fechas, aproximadamente la cuarta parte de los jueces eran hijos de jueces, abogados, notarios y otros profesionales del Derecho. Y, por lo que se refiere a la ideología, es elocuente el hecho de que los cambios de régimen producidos en este siglo apenas han afectado a la composición interna de la judicatura (ni la república, ni el franquismo, ni la democracia efectuaron ninguna verdadera «purga» en la carrera), lo cual, en el caso de regímenes autoritarios

como el franquismo, sólo puede tener una explicación: No era necesario ejercer ningún control político desde el exterior, porque existía una autorregulación interna (vinculada, obviamente, con el origen social antes recordado). Nada de extraño tiene, por ello, que el juez español se haya considerado tradicionalmente a sí mismo como un funcionario (en el extremo, como un sacerdote) que se limita a aplicar las normas dictadas por el legislador (verdadera plasmación de la ley natural o de la ley eterna para quienes, en otro tiempo, gustaban de comparar al juez con el sacerdote). Y, para asegurar la pervivencia de ese tipo de juez, nada mejor tampoco que un sistema de oposiciones, controlado además por los propios jueces, y dirigido simplemente a comprobar que se poseen ciertos conocimientos técnico-jurídicos o, aún más simplemente, que se conoce cuál es el Derecho vigente que ha de ser aplicado.

Todo ello, como es obvio, ha cambiado de manera bastante radical en los últimos años. El estamento judicial es mucho más heterogéneo, no solo desde el punto de vista social, sino también geográfico y sexual (o «de género», como ahora se dice). La espectacular irrupción de las mujeres en la carrera judicial no es todavía un fenómeno muy visible en las instancias superiores de la judicatura, pero, obviamente, es solo cuestión de tiempo. El pluralismo ideológico se patentiza a través de la diversidad de asociaciones judiciales. Y los cambios sociales, ideológicos y jurídicos sobrevenidos han hecho que el anterior modelo de juez haya dejado, simplemente, de resultar funcional. En este sentido, la promulgación de la Constitución vino a significar el acta de defunción de ese modelo, como desde entonces resultó claro para

muchos. García de Enterría –y es solo un ejemplo– escribió, en el prólogo de un libro dedicado a la historia jurídica y judicial estadounidense (en Schwartz 1980), lo siguiente: «Me parece evidente que de la Constitución tendrá que derivar una pérdida del legalismo y que el juez adquirirá una responsabilidad nueva que en buena medida va a hacer de él un protagonista mucho más relevante de nuestra vida jurídica de lo que hasta ahora se le ha permitido». Y Clemente Auger, en el trabajo antes mencionado (Auger 1985), arrancaba precisamente de la «necesidad inexcusable» de solucionar el problema de la selección, la formación y el perfeccionamiento del personal al servicio de la justicia. «Ahora –señalaba– se mantiene la necesidad de ir al encuentro del juez constitucional, ahora se reconoce la función política del juez y el resultado político de la decisión judicial y su pretensión de plena eficacia. Se reconoce que la independencia del juez ha de configurarse como ámbito de libertad del mismo, donde su preparación técnica y ética, donde su vocación o inclinación profesional le permitirán llegar a ser el juez distinto previsto como tal en la Constitución».

En resumen, cabría decir que, hasta hace poco, el problema de la selección y formación no se lo habían planteado los jueces españoles, simplemente porque no era percibido por ellos como un problema. Ahora ya es percibido como tal, pero parece que aún no ha llegado el momento –o la ocasión– para una discusión a fondo del mismo.

Por lo que se refiere a la opinión pública, parece claro que, hasta hace también muy poco tiempo, la figura del juez se les aparecía a los españoles como algo lejano e impersonal, como la encarnación de un poder que

podía infundir temor, pero que resultaba estrictamente ajeno, cuando no incomprensible: La idea de discutir cómo seleccionar a los jueces y qué tipos de cualidades deberían estos poseer, no podía estar –consideraciones políticas aparte– en la lista de los intereses de la opinión pública. No hace falta recordar que el fenómeno de los «jueces estrella» es muy reciente y que, con anterioridad, los jueces españoles no gozaban de mucha popularidad, ni siquiera dentro del mundo del Derecho. Si en los años setenta y primeros de los ochenta se hubiera hecho una encuesta (cosa que ignoro) entre los estudiantes de las Facultades de Derecho, se habría llegado, creo yo, a la conclusión de que prácticamente nadie conocía el nombre de algún juez español, notable por su labor en cuanto juez (dejando, pues, de lado posibles conexiones familiares o de amistad). En nuestra cultura jurídica, el Derecho ha sido encarnado por la figura –generalmente anónima– del legislador y, quizás también, de algún teórico del Derecho especialmente destacado. Pero la figura del juez ha sido relegado a un papel secundario –y bastante «invisible»–, lo que, en cierto modo, se corresponde con un sistema de «Derecho continental», basado en la primacía de la ley, del código, cuyo sentido –al menos originariamente– fue el de establecer un bastión frente a la arbitrariedad de los jueces. Resulta interesante recordar –como muestra de la aversión hacia los tribunales y hacia los jueces con que se inicia el Derecho del «nuevo régimen»– que la Revolución francesa abolió por ley las Facultades de Derecho (en 1793) e introdujo en las escuelas públicas lecciones elementales de Derecho para crear «ciudadanos virtuosos» que no necesiten acudir a los tribunales (Van Caenegem 1991, p. 135). Nosotros, quizás más realistas –y pesimistas– hemos aceptado que los tribunales eran

un mal necesario, cuando no una maldición («¡pleitos tengas...!»). Y, de manera bien «contrarrevolucionaria», hemos encerrado el estudio del Derecho en las Facultades universitarias (¿no es extraño que en las recientes polémicas sobre el estudio del latín, el griego, la filosofía o la historia en el bachillerato nadie haya reivindicado el del Derecho?), produciendo así una cultura jurídica con muy pocos contactos hacia el exterior. Un cierto remedio para este aislamiento podría procurarlo el jurado, cuya justificación (dejando a un lado el hecho de su consagración constitucional) debería verse, me parece a mí, más que en su contribución a producir decisiones más justas o a «legitimar» la administración de justicia, en la labor de pedagogía jurídica que supone.

## 2. ¿Quiénes y cómo son los jueces?

Parece, pues, probable que la respuesta a la anterior pregunta debe encontrarse en el carácter fuertemente formalista de nuestra cultura jurídica, junto con el tradicional corporativismo judicial y una opinión pública escasamente activa. Pero entonces, la siguiente pregunta que surge es la siguiente: ¿De qué manera se selecciona y forman los jueces en otros sistemas jurídicos y, en particular, en aquellos con las características más opuestas al nuestro, vale decir poco formalistas, no corporativistas y con una opinión pública preocupada por quiénes y cómo son sus jueces?

Van Caenegan (1991), en un interesante estudio dedicado al tema, ha señalado que, tradicionalmente, la judicatura en Europa desde el punto de vista social: Sus miembros procedían mayoritariamente de la aristocra-

cia o de la pequeña nobleza. Y esto vale también para el caso de Inglaterra (a pesar de una cierta idealización del «juez inglés»), donde la judicatura se independizó del poder político mucho antes que en el Continente, pero sus jueces no fueron en absoluto más «populares», al menos desde el punto de vista de su extracción social (cfr. Arlet 1997, pp. 29 y ss. y 335 y ss). En términos generales, Van Caenegan distingue tres sistemas de selección: 1) Nombramiento por la máxima autoridad política; 2) elección popular; y 3) formación de una casta judicial, a la que se ingresa por razones de nacimiento o por procedimientos de cooptación. En su opinión, «en la vieja Europa prevaleció, formalmente hablando, el nombramiento por parte del soberano, pero, en realidad, la elite judicial y profesional tuvo por lo general el control de la situación». Y, por lo que se refiere a momentos más recientes, lo que se encontraría, tanto en relación con los países europeos como con Estados Unidos, sería una mezcla de estos tres sistemas, aunque con notables diferencias en cuanto al peso de cada uno de ellos. Así, mientras que en Europa sigue teniendo una gran importancia el tercero de los sistemas (obviamente, con modificaciones no banales: Los requisitos para ser cooptado no pueden ser otros –en nuestros Estados constitucionales– que el mérito y la capacidad), la situación en los Estados Unidos es notablemente distinta. Por un lado, el primero de los sistemas tiene una indudable importancia, ya que los jueces federales y los miembros de la Corte Suprema son nombrados por el presidente, con la intervención del Senado; además, en muchos Estados son los gobernadores quienes nombran a la magistratura. Por otro lado, el elemento democrá-

tico tiene un mayor peso que en Europa, no solo por la importancia del jurado, sino por el hecho de que en algunos Estados los jueces son elegidos por el pueblo. Y finalmente, el elemento oligárquico –típico de la tradición europea– es allí prácticamente inexistente: El único rastro que podría encontrarse de cooptación es que las Asociaciones de Abogados presentan informalmente una lista de candidatos (que no tiene valor vinculante) al presidente o a los gobernadores.

El caso de los Estados Unidos parece ser, pues, de especial interés para nosotros: No es solo que el sistema de selección de sus jueces sea el más opuesto al nuestro, sino que la cultura jurídica presenta allí también unos rasgos opuestos a los que –como hemos visto– parecen haber determinado que no nos hayamos ocupado mucho de ese problema. Veámoslo brevemente.

Por lo que se refiere al carácter poco formalista de la cultura jurídica en los Estados Unidos, hay un simple dato que resulta elocuente. El autor allí considerado como principal representante del formalismo jurídico es nada menos que Christopher C. Langdell, esto es, el jurista que, desde Harvard, revolucionó la enseñanza del Derecho en su país (a partir, más o menos, de 1870), introduciendo el «case method» y el método socrático. Como muy acertadamente ha observado Pérez Lledó (1992 y 1996), aunque la concepción de Langdell puede efectivamente considerarse formalista en diversos sentidos (por un lado, el «case method» buscaba en realidad la sistematización del Derecho, aunque fuera a partir del estudio de casos concretos que operaban como una especie de material «en bruto»; por otro lado, el método trataba de aislar el estudio del Derecho tanto

del mundo del ejercicio profesional como de las demás disciplinas sociales), sin embargo, vista desde el prisma europeo –y más todavía desde el español– sus reformas no nos parecen nada formalistas: «Al fin y al cabo –escribe Pérez Lledó– el «case method» pone el énfasis en las sentencias concretas de los jueces más que en las reglas generales y abstractas del Derecho legislado; en el estudio de fuentes primarias en lugar de manuales doctrinales; en la discusión participativa en las aulas en lugar de la pasividad y el dogmatismo de la lección magistral; en la formación metodológica y en la capacidad de argumentación jurídica en lugar de la simple memorización de información acerca de reglas y doctrinas previamente sistematizadas» (1992, p. 75).

El no corporativismo judicial resulta también bastante patente. Como prueba de ello puede servir –además de lo antes indicado– una de las conclusiones a las que llega Bernard Schwartz (1980), cuando examina la historia del Derecho estadounidense a través de la biografía –y de la obra práctica– de los que consideraba como «los diez mejores jueces». Schwartz señala que Earl Warren (considerado hoy en día como el número dos de la lista y que –como se sabe– fue quien presidió la Corte Suprema de ese país en el período más innovador de su historia: Los años 50 y 60) había sido, antes de ser nombrado por el presidente Eisenhower, básicamente un político (gobernador de un Estado). Y que, de los diez de la lista, solo Colmes podía considerarse como un juez de carrera aunque, desde luego, un juez muy especial; de él se escribió que «era un hombre de mundo a la vez que un filósofo e, incidentalmente, un jurista» (cfr. Schwartz, 1980, p. 58): Como se ve, características que

probablemente le habrían impedido convertirse en juez en un país como España.

Y por lo que se refiere al interés que en la opinión pública despierta el nombramiento de los jueces –en particular, los de la Corte Suprema–, bastará con remitir al debate que tuvo lugar hace poco más de una década –en 1987– con ocasión de la «nominación» de Robert Bork por el presidente Reagan, y que dio lugar a una amplia literatura, dentro e incluso fuera de los Estados Unidos. «Tras dos meses de activa campaña (cuestiones callejeras, espacios en radio y televisión, búsqueda de apoyos políticos, gran actividad de los lobbies más importantes) comienzan las audiencias el 15 de septiembre de 1987. El procedimiento –explica Miguel Beltrán– consiste en que el candidato se somete a ellas ante la Comisión de Asuntos Judiciales del Senado, compuesto por 14 miembros, y esta eleva una recomendación –no vinculante– al pleno, que es quien se pronuncia en última instancia» (Beltrán, 1989, p. 30). En este caso, las audiencias –que duraron prácticamente un mes– fueron retransmitidas por numerosas cadenas de televisión y suscitaron un enorme interés y apasionamiento por parte de la opinión pública; en las mismas participaron políticos y juristas que debatieron con el candidato sobre numerosos problemas y, en particular, sobre la interpretación de los derechos fundamentales de los individuos; concluyeron el 13 de octubre, con una recomendación negativa de 19 votos contra 5, que venía a reflejar el temor de un amplio sector de la opinión pública a que el nombramiento de ese juez tuviese efectos negativos respecto al futuro de derechos constitucionales polémicos como el aborto, la eutanasia, de-

terminados aspectos de la libertad de expresión, etc. El contraste con lo que hasta ahora ha ocurrido en nuestro país explica la pregunta que, de manera retórica, formula Alonso García comentando la situación: «¿Sabe alguien en España qué pensaban acerca del Derecho, la política, la moral, la sociedad, la vida (...), alguno de los candidatos llegados después a magistrados de nuestro Tribunal Constitucional?» (en Beltrán, 1989, p. 16).

### 3. Modelos de Juez

La contestación a las dos anteriores cuestiones lleva a distinguir dos modelos de juez (en cuanto «tipos ideales») que operan en los diversos sistemas jurídicos de los Estados constitucionales y que se corresponden con dos características concepciones del Derecho: La formalista y la realista. Simplificando mucho las cosas, podría decirse que la imagen que el juez formalista tiene del Derecho y de su función se resume en las siguientes afirmaciones:<sup>(2)</sup>

- A) El Derecho es básicamente un sistema general de normas, obra del legislador, y que, por tanto, pre-existen al juez; el Derecho tiende a identificarse así con la ley, pero esta no es vista simplemente como producto del legislador histórico, sino más bien del legislador racional.
- B) El Derecho tiene un carácter cerrado y permite alcanzar una solución correcta para cada caso: Un

---

(2) Sigo de cerca la caracterización presentada por Carrió (1965 y 1971).

supuesto no regulado explícitamente –o regulado insatisfactoriamente– puede, sin embargo, resolverse dentro del sistema, merced a la labor de los científicos del Derecho –y de los propios jueces– y que consiste en «desarrollar» los conceptos creados por el legislador.

- C) En consecuencia, la función del juez es la de descubrir el Derecho y aplicarlo a los casos que ha de enjuiciar, pero no la de crear Derecho. Por el contrario, los rasgos que definirían al juez realista serían los siguientes: A') El Derecho es una realidad dinámica, infiere; obra no tanto del legislador, cuanto del juez. B') El Derecho tiene un carácter abierto, indeterminado: El juez no puede realizar su tarea de resolver los casos que se le presentan sin salirse fuera del sistema, esto es, sin recurrir a criterios de carácter económico, político o moral. C') La función del juez, al menos en un aspecto muy importante, consiste en crear nuevo Derecho y no simplemente en aplicar el ya existente.

Si ahora nos preguntáramos cuál de esos dos modelos de juez (caracterizados de manera inevitablemente tosca) se adecua mejor al Derecho de las sociedades democráticas del presente, la respuesta no sería, me parece a mí, muy clara. Por un lado, el juez formalista (más o menos, una idealización de los jueces que operan en los sistemas de Derecho continental) parecería satisfacer, en mayor medida que el segundo («típicamente», el juez de la cultura angloamericana), dos requisitos centrales del Estado de Derecho: El imperio de la ley –expresión de la voluntad popular– y la división de poderes.

Sin embargo, por otro lado, el modelo realista parece superior porque permitiría dar cuenta mejor de la complejidad de la labor judicial que los formalistas tienden a simplificar excesivamente; en relación, por ejemplo, con la fundamentación de las decisiones judiciales, la teoría clásica del silogismo judicial –una típica construcción del formalismo jurídico– no es falsa, pero sí insuficiente: La justificación de las decisiones judiciales no es solo cuestión de lógica (cfr. Atienza, 1991). De manera que, cabría concluir, si los jueces siguieran sin más el modelo formalista –que, «en abstracto», parecería preferible–, podríamos encontrarnos con decisiones que nos satisficieran nuestras expectativas de justicia.

Naturalmente, la dificultad –o imposibilidad– de optar simplemente por alguno de los anteriores modelos no es, en principio, un problema irresoluble. Así, el positivismo contemporáneo en la teoría del Derecho –representado por autores como Hart o Carrió– vendría a sostener una concepción intermedia con respecto a las dos anteriores, aunque quizás más inclinada hacia el lado del realismo. Ese «realismo moderado», tal y como lo ha presentado por ejemplo, Carrió<sup>(3)</sup>, se caracterizaría por: A) Negar el carácter cerrado del Derecho; las normas jurídicas se expresan en un lenguaje natural que posee ciertos «defectos congénitos» como la vaguedad: Los términos y conceptos jurídicos no pueden definirse de manera precisa, esto es, además de zonas claras de aplicación (y de no aplicación) existe siempre, al menos potencialmente, una «zona de la penumbra», imposible

---

(3) En una famosa polémica de los años sesenta que enfrentó a Genaro Carrió con el penalista Sebastián Soler: Cfr. Carrió (1965 y 1971).

de cerrar a priori por el legislador. B) Dividir los casos que tienen que resolver los jueces en casos fáciles (supuestos que caen en la zona de claridad de aplicación de las normas) y casos difíciles (los que caen en la zona de la penumbra): Respecto de los primeros, que son la mayoría, la labor de los jueces consiste tan solo en descubrir (en las palabras de la ley) un sentido preexistente, esto es, en aplicar reglas; pero respecto de los segundos se trata, en sentido estricto, de decidir, esto es, el caso no puede resolverse sin utilizar un criterio (económico, valorativo, etc.) que no estaba previamente en las reglas. C) Rechazar tanto el formalismo, que no ve los problemas de la penumbra, como el realismo (extremo), que no ve más que la penumbra.

También podría considerarse como más próximo a la concepción realista (pero sin dejar de incorporar elementos formalistas) el modelo de juez propuesto por un autor «postpositivista» como Dworkin. Como se sabe, la crítica fundamental de Dworkin al positivismo jurídico (al «modelo de las reglas» de Hart) es que el Derecho no consiste únicamente en reglas<sup>(4)</sup>, sino también en principios, esto es, pautas de comportamiento que establecen objetivos, metas, propósitos sociales, económicos, políticos, etc. (policies o directrices), y exigencias de justicia, equidad y moral positiva (principios en sentido estricto). De ahí se seguiría la imposibilidad de mantener la tesis –típicamente positivista– de la separación entre el Derecho y la moral, y, en relación con la función judicial, la negación de la discrecionalidad

---

(4) Prescindo aquí de que la caracterización de esa concepción por parte de Dworkin sea o no correcta. Sobre eso, Cfr. Carrió (1981).

judicial (en los casos difíciles). Dworkin afirma que los jueces no pueden decidir los casos creando nuevas normas, esto es, arrogándose el papel del legislador. El Derecho (de los Estados democráticos) provee –siempre o casi siempre– una única respuesta correcta para cada caso (como sostendrían los formalistas) y es tarea del juez «Hércules» (un juez ideal, dotado de «capacidad, cultura, paciencia e ingenio sobrehumano») el encontrarla (cfr. Dworkin 1984). Obviamente, en esta labor juegan un papel de gran importancia las argumentaciones de carácter económico, político y, especialmente, ético que, por lo demás, no podrían distinguirse netamente de las de carácter estrictamente jurídico. Un rasgo común de la teoría del Derecho pospositivista (en donde cabría incluir a autores como MacCormick, Raz, Alexy o Nino, además del propio Dworkin) consiste en sostener la tesis de la unidad del razonamiento práctico y, en consecuencia, de que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación ética.

En fin, los autores que se mueven dentro de la corriente de «crítica» del Derecho han propuesto también en ocasiones (cuando la radicalidad de su crítica no llega a extremos de escepticismo incompatible con la elaboración de cualquier teoría; de todo hay) un modelo de juez distinto tanto del formalista, como del realista. Es el caso, por ejemplo, de François Ost (1993), quien distingue tres modelos de juez que simboliza con tres personajes mitológicos: Júpiter, Hércules y Hermes; los dos primeros se corresponderían con la modernidad, y el tercero sería la alternativa posmoderna. Así, la figura de Júpiter representa el modelo «clásico» del Derecho, visto en forma de pirámide o de código; el Derecho

aparece como algo proferido «desde arriba» (desde lo alto del Olimpo), que adopta la forma de ley y traduce (a términos jurídicos) las exigencias del Estado liberal de Derecho del siglo XIX. Y el semidiós Hércules [«que se somete a los trabajos agotadores de juzgar y acaba por llevar el mundo sobre sus brazos extendidos, reproduciendo así fielmente la imagen del embudo» (p. 170)] encarnaría el modelo realista, el del Derecho jurisprudencial, que plasmaría las exigencias del Estado social o asistencial del siglo XX.

Ahora bien, estos dos modelos (o cualquier combinación que pudiera hacerse de ambos) resultan insatisfactorios para dar cuenta de la complejidad del «Derecho posmoderno», que Ost caracteriza mediante los siguientes rasgos: Multiplicidad de actores jurídicos (el protagonismo no lo tiene ya solo el juez y el legislador, sino también las asociaciones, los particulares, etc.); imbricación de funciones (entre la jurisdicción y la administración, las autoridades judiciales y administrativas y los comités de ética, etc.); existencia de numerosas instancias (supraestatales, autonómicas, del mundo de los negocios, etc.); y variedad de tipos de normas (normas de fin, principios, etc.). La alternativa, por ello, la ve este autor en un nuevo modelo de juez que él propone representar bajo los rasgos de Hermes, el mensajero de los dioses: «Siempre en movimiento, Hermes está a la vez en el cielo, sobre la tierra y en los infiernos. Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras (...). Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados». «Si –añade– la montaña

o la pirámide convenían a la majestad de Júpiter, y el embudo al pragmatismo de Hércules, en cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red (...). El Derecho posmoderno, o Derecho de Hermes, es una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos» (pp. 171-172).

Lo que resulta de todo esto es, pues, la existencia de una pluralidad de modelos en el plano teórico (naturalmente, hay muchos más que los anteriormente esbozados) que, seguramente, traduce una diversidad de formas de actuación judicial, en el plano de la práctica. Si, por ejemplo, proyectáramos el esquemático análisis anterior a la praxis de la judicatura española, seguramente no sería difícil ilustrar cada una de estas concepciones con decisiones –y actitudes– recientes de jueces y tribunales. Me parece incluso que no habría que descartar la posibilidad de que un mismo juez o tribunal adopte uno u otro modelo, según las circunstancias. Sin duda, el modelo «realista» ha ganado posiciones en los últimos tiempos, pero es posible que la mayoría –o, al menos muchos– de los jueces españoles sigan concibiendo su práctica, básicamente, de acuerdo con la concepción formalista (pero en forma menos extrema que antaño). Quizás no pocos se sientan atraídos por el –y próximos al– modelo mixto (el de Hart y Carrió), pero ¿cómo negar que hay algo de cierto en las críticas dirigidas desde concepciones como las de Dworkin o el postmodernismo? En definitiva, parecería que la situación de incerteza teórica se corresponde con una notable falta de acuerdo entre los jueces –entre los jueces españoles– con respecto a aspectos fundamentales

de su práctica, como el alcance del activismo judicial, los límites dentro de los cuales debe desarrollarse la interpretación de las leyes y de la Constitución, la posibilidad de utilizar argumentos morales, políticos, etc. La «crisis» de los modelos de juez proviene, en efecto, «no tanto de la ausencia de referencias, como de su excesiva abundancia» (Ost, 1993, p. 169).

#### **4. En busca del consenso: Valores jurídicos y virtudes judiciales**

El hecho de que no haya un modelo claro –y ampliamente compartido– de lo que debe ser –o de lo que debe hacer– un juez en el Estado de Derecho (esta sería la respuesta a la cuestión anterior), es, a su vez, un aspecto de la crisis jurídica y social existente en un plano más general. Si es difícil saber lo que significa ser un buen juez se debe, al menos en buena medida, a que tampoco tenemos una idea muy clara de cómo debería ser un buen ciudadano. O, dicho de otra manera, el que no tengamos un único modelo de juez es una consecuencia más del pluralismo que también ha penetrado en la instancia judicial: La mayor representatividad social de los jueces se traduce inevitablemente en una menor homogeneidad desde el punto de vista cultural, ideológico, etc.

Pero la pregunta ahora es lo siguiente: ¿Puede un sistema jurídico funcionar en esas condiciones? Los autores postmodernos, como hemos visto, tienden a aceptar esa «complejidad» y proponen una imagen del Derecho en términos meramente comunicativos; la función del juez, como la de Hermes, no sería otra que asegurar la circulación de los discursos. ¿Pero es eso cierto? ¿Es

ésa la única función que ha de desarrollar el Derecho –la comunicabilidad–, o se precisa también la traducción de los «mensajes jurídicos» en acciones destinadas a satisfacer objetivos sociales y valores morales? ¿Y no se necesita para ello contar con un consenso mínimo sobre algunas cuestiones básicas –que no afectan tan solo a la inteligibilidad de los mensajes– para que la complejidad, o el pluralismo, no degeneren en caos? ¿Pero cómo construir ese consenso?

Antes de sugerir una respuesta a esta última pregunta, conviene insistir en que el consenso tiene más importancia en el sistema judicial que, quizás, en cualquier otro sector de la sociedad. Por ejemplo, parece claro que algún tipo de consenso, de normas o de pautas aceptadas por todos o por la mayoría, tiene que existir para que pueda florecer el arte; pero, por lo demás, el pluralismo en materia de arte no solo no parece poner en peligro ningún valor social de importancia, sino que estimula la imaginación y la creatividad de la gente, que son valores típicamente artísticos. En el extremo opuesto estaría la judicatura: Sin una práctica constante y (relativamente) uniforme en la aplicación de las normas por parte de los jueces, ni siquiera cabría hablar de sistema jurídico. La diversidad de soluciones judiciales ante casos idénticos o semejantes crea un estado de incerteza –de inseguridad jurídica– que es considerado como disvalioso no solo por quienes suscriben una ideología de signo conservador. De ahí la importancia que se atribuye, en la teoría del Derecho, al problema de la unidad de las fuentes o del ordenamiento; o la existencia de instituciones que, como la casación, tienen como finalidad la unificación de la «doctrina legal». Todo lo cual, por

cierto, debería llevar a considerar con mayor cautela de lo que a veces se hace la posibilidad de trazar analogías entre la interpretación artística (por ejemplo, la interpretación literaria) y la interpretación jurídica. En definitiva, los fines del Derecho no podrían lograrse si los jueces no aplicasen las normas en forma (relativamente) homogénea, esto es, de manera que sus decisiones resulten, al menos hasta cierto punto, anticipables.

Y el problema es que, en nuestros Estados de Derecho contemporáneos, como consecuencia de los factores de complejidad ya señalados (además del pluralismo ideológico y cultural, el aumento constante de las materias reguladas jurídicamente y, en consecuencia, de las cuestiones sometidas a decisión judicial, la proliferación de principios y estándares normativos muy abiertos, etc.), esa uniformidad está en peligro. ¿Qué hacer entonces para asegurarla? ¿A qué podría recurrirse para alcanzar ese necesario consenso mínimo?

Una posible vía de solución la proporciona el propio Derecho objetivo, dado que impone como normativamente vinculante para los jueces –y no solo para ellos– las normas constitucionales y, en particular, las que consagran los derechos fundamentales de los individuos<sup>(5)</sup>. Sin embargo, por esa vía, el consenso que se logra es vital, pero, en diversos aspectos, insuficiente. Como todos sabemos, las constituciones

---

(5) La obligatoriedad de la Constitución, sin embargo, no puede derivarse de la propia Constitución, esto es, del Derecho positivo, sino de una norma metajurídica: la norma fundamental o regla de reconocimiento; sobre esto Cfr. Atienza y Ruiz Manero (1996).

contemporáneas –y, en particular, la nuestra– es una Constitución «de consenso» que, precisamente por ello, contiene valores y principios no siempre fácilmente armonizables entre sí. Esa intrínseca ambigüedad hace que, al menos en los casos difíciles, la solución tenga que provenir necesariamente –se sea o no consciente de ello– de alguna de las teorías éticas y políticas que resultan compatibles con la Constitución y que llevan a interpretar en una u otra forma el Derecho vigente.

La otra posible vía de solución –no alternativa, sino complementaria respecto de la anterior– se mueve, podríamos decir, en un plano subjetivo: Busca el consenso, no en ciertos valores comunes a los jueces, sino en ciertas virtudes judiciales, en ciertos rasgos de carácter que deberían poseer –y quizás posean– los jueces.

La contraposición entre una ética del deber y una ética de las virtudes, esto es, no basada en la obediencia a las normas, sino en la formación del carácter, en la educación de los sentimientos para disponer a las personas hacia el bien, es uno de los tópicos más discutidos en la teoría ética contemporánea. MacIntyre (1987) enseña que en nuestras sociedades contemporáneas ya no es posible el discurso ético –el discurso de las virtudes–, dado que para ello se necesitaría poseer una noción común y compartida del bien del ser humano, lo cual dejó de existir con la Ilustración y la «ética» del individualismo basada en el principio de la autonomía. Su proyecto consiste, por ello, en tratar de reconstruir cierto tipo de asociaciones o comunidades que otorguen unidad de fines a la vida de los seres humanos y permitan que surjan de nuevo las correspondientes virtudes.

Ahora bien, esa contraposición que tanto remarca MacIntyre, entre ética individualista o liberal y ética comunitarista, entre ética de los deberes y ética de las virtudes, quizás admita algún tipo de conciliación. Esta última es, por ejemplo, la tesis defendida por Victoria Camps (1990). Según ella, el discurso de las virtudes sigue teniendo sentido en nuestras sociedades, pero siempre que se refiera al ámbito público y no al ámbito privado. «La vida buena –escribe– tiene como fin la felicidad, la cual puede entenderse de dos maneras: Como felicidad individual, en cuyo caso no hay normas generales para alcanzarla, o como felicidad colectiva, esto es, como justicia, y ahí sí que la ética tiene mucho que decir. En el ámbito de la vida privada –añade– todo está permitido, no hay normas, salvo la de respetar y reconocer la dignidad del otro con todas sus consecuencias (p. 20). Sin embargo, en el de la vida pública, sí que existen ciertos fines comunes que ella identifica con los valores de libertad e igualdad, los cuales solo son realizables en el marco de una democracia representativa. Ahora bien, si esto es así, entonces «ha de ser posible hablar de unas prácticas, y de unas actitudes, de unas disposiciones coherentes con la búsqueda de la igualdad y la libertad para todos» (p. 22), y a esas disposiciones se denomina «virtudes públicas»: La justicia, la solidaridad, la responsabilidad, la tolerancia y la profesionalidad.

Lo que aquí se trataría de ver es si ese planteamiento puede trasladarse también al campo judicial y hablar, en consecuencia, de «virtudes judiciales» que vendrían a ser, respecto del juez, lo que las virtudes públicas son respecto del ciudadano. Es importante, por ello, insistir en que no se trata, de ninguna manera, de entrar en la vida privada

del juez en cuanto individuo, sino de fijar cómo debe ser el juez en cuanto órgano público, en cuanto titular de uno de los poderes –quizás el mayor– del Estado, y en la medida en que ejerce ese poder. Por lo demás, lo que aquí voy a decir no pasa de ser un simple bosquejo que necesitaría, sin duda, de un desarrollo mucho mayor. Los puntos que me parecen esenciales vienen a ser los siguientes.

#### 4.1. ¿Qué significa «buen juez»?

En primer lugar, conviene recordar que lo que nos había traído hasta aquí era la necesidad –y las dificultades– de contar con un modelo de juez que contuviese ciertos rasgos comunes a todas las diversas formas de ser un buen juez, esto es, quizás no podamos –o no tenga sentido– proponer un único modelo de juez, pero los diversos modelos tendrían que coincidir en algunas propiedades comunes pues, en otro caso, la administración de justicia no podría funcionar adecuadamente. Ahora bien, el concepto de «buen juez» (como el de «buen profesor») no puede definirse satisfactoriamente en términos puramente normativos, de deberes y derechos<sup>(6)</sup>. Un buen juez –me parece que en esto todos estamos de acuerdo– no es solo quien aplica el Derecho vigente sin incurrir, en el ejercicio de esa actividad, en la comisión de delitos o de faltas sancionables disciplinariamente –quien no es corrupto<sup>(7)</sup>–, sino quien es capaz de ir «más

---

(6) Sobre la independencia e imparcialidad como notas definitorias de los jueces (en el Estado de Derecho) puede verse. Aguiló (1997).

(7) Sobre el fenómeno de la corrupción judicial puede verse Andrés Ibañez (1997), Auger (1997) y Málem (1997).

allá» del cumplimiento de las normas; y ello, no porque se exija de él –al menos, normalmente– un comportamiento de carácter heroico, sino porque ciertas cualidades que ha de tener un juez –las virtudes judiciales– no podrían plasmarse normativamente; son, justamente, rasgos de carácter que se forman a través del ejercicio de la profesión si, a su vez, se tiene una cierta disposición para ello.

#### 4.2. ¿Qué son las virtudes?

MacIntyre ofrece una definición de virtud («parcial y provisional) que puede servirnos como punto de partida para descubrir cuáles pueden ser las virtudes judiciales. Según él, «una virtud es una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son interno a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de tales bienes» (MacIntyre, 1987, p. 237). Las virtudes necesitan, pues, de una práctica, de una comunidad, donde pueda haber bienes internos. Veamos lo que esto quiere decir con algún ejemplo.

Supongamos que un recién licenciado en Derecho decide abrir un bufete de abogados con el propósito de ganar, en un lapso más o menos breve, suficiente dinero como para dedicarse a la literatura, dado que constituye su verdadera vocación. Si él concibe su trabajo en cuanto abogado en términos puramente instrumentales, entonces no adquirirá las virtudes del abogado: Podrá llegar a ser un técnico habilidoso, ganar fama y dinero (bienes externos), pero no habrá contribuido a desarrollar los bienes internos de la abogacía. Ahora bien, imaginemos que, en el ejercicio de la profesión,

comienza a encontrarse, de cuando en cuando, con casos que le interesan –y en los que trabaja– no –o no solo– por obtener un beneficio económico o de cualquier otro tipo, sino por la satisfacción que le produce en sí mismos considerados, esto es, por puro «interés profesional». Nuestro abogado habría descubierto entonces lo que son los bienes internos a esa práctica, y estaría probablemente en vías de pasar de ser simplemente un buen abogado, a un abogado bueno, virtuoso. MacIntyre piensa que cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, puede ser una práctica, de manera que no habría inconveniente, por ejemplo, en hablar de la práctica de un juego como el fútbol: DiStefano o Maradona (la vida privada – conviene insistir en ello– no entra aquí en juego) serían probablemente candidatos a ser considerados como virtuosos del fútbol, modelos de futbolista excelso: Para ellos, el fútbol parece haber constituido mucho más que un simple «modus vivendi», pues habrían sido capaces de captar la belleza que en sí mismo encierra el juego y de encontrar satisfacción en el hecho mismo de jugar bien, extraordinariamente bien.

Por tanto, una práctica –en el sentido señalado– no solo supone la existencia de bienes internos a la misma, sino también de ciertos modelos de excelencia: «Los bienes externos son típicamente objeto de una competencia en la que debe haber perdedores y ganadores. Los bienes internos son resultado de competir en excelencia, pero es típico de ellos que su logro es un bien para toda la comunidad que participa en la práctica» (MacIntyre 1987, p. 237). Ahora bien, cualquiera que sea nuestro punto de vista moral privado o los códigos particulares

de nuestra sociedad, las prácticas no podrían subsistir sin las virtudes de la justicia, el valor y la honestidad<sup>(8)</sup>; estas últimas son «componentes necesarios de cualquier práctica que contenga bienes internos y modelos de excelencia» (p. 238). Por tanto, supuesto –como parece razonable hacerlo– que el ejercicio de la judicatura –no la judicatura en cuanto institución– puede ser una las prácticas sociales, las virtudes de la misma tendrían que ser un desarrollo o una especificación de las anteriores.

### 4.3. Las virtudes del Juez

Esas cualidades o rasgos de carácter que estamos buscando tendrían, pues, que referirse, no tanto al juez técnicamente competente, cuanto al juez vocacional; además, tendrían que ser independientes –por lo menos, relativamente independientes– de la ideología política y de las concepciones morales que cada juez pueda suscribir. ¿Pero existe tal cosa, se me preguntará? Me parece que sí y que, además, no es nada difícil lograr un consenso al respecto; dicho en otra forma, ese consenso ya existe.

Por ejemplo, MacCormick (1987), al exponer los criterios de racionalidad que han de guiar al juez en su tarea de justicia en las decisiones, indica una lista de las propiedades, además de la capacidad argumentativa y –obviamente– el conocimiento del Derecho vigente, que debería poseer un juez: Buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, hu-

---

<sup>(8)</sup> El gol que Maradona metió con la mano en el mundial de México sería un serio obstáculo al anterior juicio, salvo que pensemos –como el propio jugador afirmó en alguna ocasión– que se trató de la mano de Dios.

manidad, compasión y valentía. Dudo de que alguien pudiera discutir la pertinencia de todas esas virtudes, aunque seguramente –como es mi caso– se le ocurriera añadir alguna a la lista.

Me parece que si se confronta ese elenco con el tradicional de las virtudes cardinales o fundamentales (tradicción, por cierto, que no comienza con el cristianismo, sino con Platón), hay una que parece estar ausente: La de la templanza: «Es una virtud por la cual se está dispuesto para los placeres del cuerpo en la medida en que la ley manda; desenfreno es lo contrario» (1971, 1, 9, 15). Pues bien, me parece que, trasladada al ámbito judicial, la virtud de la templanza podría llamarse autorrestricción y, en mi opinión, es, junto a las otras, de importancia fundamental: Es la cualidad que debe disponer al juez a usar moderadamente el –extraordinario– poder de que está investido, a considerar que los límites de ejercicio de ese poder no son únicamente los establecidos por las normas, a esforzarse por no imponer a los otros sus propias opiniones, ideologías, etc.<sup>(9)</sup>

#### 4.4. El juez prudente

Si se reflexiona sobre la anterior lista de las virtudes judiciales (que –como decía– no hay por qué considerar tampoco como un elenco cerrado), creo que se llega con cierta facilidad a la conclusión de que hay una de ellas que ocupa un lugar de especial importancia y que, en cierto modo, viene a suponer una especie de síntesis de

---

<sup>(9)</sup> Dicha virtud se corresponde con lo que Martens (1997) llama «modestia».

todas las otras. Se trata de la virtud de la prudencia, pero entendida no tanto –o no sólo– en el sentido que hoy atribuimos a la expresión, sino en el de la frónesis aristotélica. Para Aristóteles –como explica MacIntyre– la prudencia (la frónesis) no tiene ninguna conexión particular con la cautela o con el interés propio, sino que es la virtud de la inteligencia práctica, de saber cómo aplicar principios generales a las situaciones particulares (MacIntyre 1981, p. 80; y Aristóteles, 1981: *Ética a Nicómaco* 1141b1-1142a).

En un par de artículos relativamente recientes, Anthony Kronman (1986 y 1987) ha efectuado un análisis de lo que debería entenderse por prudencia o sabiduría práctica, que me parece particularmente penetrante. Lo que dice se refiere al jurista en general, pero, obviamente, no hay ninguna dificultad en aplicarlo a los jueces.

La prudencia, según él, sería, desde luego, una virtud intelectual, pero no es solo eso, ya que para ser prudente no basta con poseer habilidad dialéctica, capacidad discursiva o argumentativa. Por otro lado, la prudencia implica algún tipo de intuición, pero no se reduce tampoco a la mera intuición, pues una característica suya es el ejercicio de la deliberación, de la reflexión: El juicio prudente es, necesariamente, un juicio reflexivo. La prudencia sería, más bien, una especie de síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo. Y lo que permite que pueda llevarse a cabo esa síntesis es la facultad de la imaginación en la que, a su vez, pueden distinguirse dos aspectos. Uno es el aspecto que podría llamarse estético; es la imaginación como capacidad de invención, de ir más allá de la realidad, de sugerir una pluralidad de alternativas para resolver

un problema. El otro aspecto de la imaginación tiene carácter moral y consta, a su vez, de dos elementos: La simpatía o compasión, esto es, el ser capaz de ponerse en el lugar del otro; y la capacidad para mantener cierta distancia en relación con los otros y con las cosas, para adoptar una actitud de cautela y de serenidad a la que los romanos llamaban gravitas. Eso no tendría nada que ver con el «desprecio olímpico», sino más bien con el adagio romano «nada humano me es ajeno», que, en opinión de Kronman, muestra expresivamente en qué ha de consistir esa combinación de simpatía y distancia. En conclusión, las cualidades que constituirían el carácter profesional del jurista (y, por tanto, del juez) serían, para Kronman: «Conocimiento del mundo, cautela, escepticismo frente a ideas y programas establecidos en un nivel muy alto de abstracción y espíritu de simpatía distante que se desprende de un amplio conocimiento de las flaquezas de los seres humanos» (Kronman 1986, p. 232).

#### 4.5. ¿Cómo evaluar las virtudes?

Me parece obvio que cuando enjuiciamos las actuaciones de un juez (insisto: Del juez en cuanto juez, en cuanto órgano público, no su vida privada), tenemos en cuenta, de alguna forma, todas las anteriores virtudes. Por ejemplo, tiene perfecto sentido decir que el juez A no incurría en ninguna causa de recusación o abstención para ocuparse del asunto W, pero que, sin embargo, un juez prudente se habría retirado del mismo. O que la ley autorizaba al juez B a dictar una orden de detención contra X, pero que no debería haberla dictado. O que el juez C ejerció, en efecto, su derecho a la libertad de expresión cuando sobre el caso Y opinó de determi-

nada forma, pero que hubiese sido mejor que guardara silencio. O que la decisión del juez D en el caso Z no iba contra el Derecho vigente, pero esa no era la mejor posible, la que hubiese debido tomar. El reproche, en todos estos casos, no proviene de que se haya infringido normas jurídicas, sino de que esos jueces no se habrían comportado como lo habría hecho un juez modélico.

Si esto es así, si existe –como yo lo creo– una exigencia de que el juez sea virtuoso, entonces una cuestión importante es la de cómo controlar –o si cabe controlar– la falta (o la existencia) de virtud. Por razones que me parecen obvias descarto que ello pueda –o deba hacerse mediante mecanismos disciplinarios–. Quedan, sin embargo, otras posibilidades de actuación, pues las «virtudes» podrían hacerse valer en la selección o en la promoción de los jueces.

A decir verdad, cuando los jueces se seleccionan entre personas que carecen de experiencia práctica en el Derecho, lo que podría controlarse no sería propiamente la existencia de virtudes, sino de ciertas cualidades, las cuales no parece probable que pueda surgir luego –en el ejercicio de la práctica– las virtudes. La utilización de test psicológicos podría jugar aquí algún papel, aunque seguramente mínimo: No parece que fuera razonable utilizarlos más que como método para excluir a candidatos con rasgos de personalidad muy marcados (que, es de suponer, pocos poseerían). De manera que las virtudes tendrían que hacerse jugar cuando se trata de promocionar a los jueces a puestos superiores o de elegir para esos puestos a profesionales del Derecho que hayan tenido la oportunidad de desarrollar los rasgos de carácter a los que antes se aludía. Por supuesto, no es

asunto precisamente sencillo establecer quiénes y cómo deberían valorar que, en efecto, se poseen tales virtudes. No es difícil imaginar, además, cuáles pueden ser los principales inconvenientes: Que se invada la vida privada de los candidatos, que se efectúe un juicio más político que propiamente profesional, que la inevitable discrecionalidad que han de tener quienes tomen la decisión se transforme en una mera arbitrariedad, amiguismo, etc. Pero quizás no haya por ello que renunciar a elaborar un posible sistema que elimine –o, al menos, minimice– esos inconvenientes.

#### 4.6. ¿Cómo se adquieren las virtudes?

Vinculada con la anterior cuestión está la de si se puede enseñar –y hasta qué punto– a ser virtuoso. Un asunto, desde luego, peliagudo, pero sobre el que quizás queda decir algo con sentido.

En primer lugar, parece claro que, de ser posible tal enseñanza, no podría tener carácter teórico; las virtudes son hábitos que solo pueden adquirirse mediante la práctica, mediante la experiencia. Aristóteles<sup>(10)</sup> enseñaba

---

<sup>(10)</sup> En la *Ética a Nicómaco* (1142 a) escribe Aristóteles: «Señal de lo dicho es que los jóvenes pueden ser geómetras y matemáticos, y sabios en cosa de esa naturaleza, y, en cambio, no parece que puedan ser prudentes. La causa de ello es que la prudencia tiene por objeto también lo particular, con lo que uno llega a familiarizarse por la experiencia, y el joven no tiene experiencia, porque es la cantidad de tiempo lo que produce la experiencia. Uno podría preguntarse también por qué un niño puede indudablemente ser matemático y no sabio, ni físico. ¿No será porque los objetos matemáticos son el resultado de una abstracción

que pueden existir «niños-prodigio» en cálculo matemático, pero no en prudencia: Sin una amplia experiencia no se puede simplemente, ser prudente.

En segundo lugar, aunque haya, probablemente, quien es capaz de volverse virtuoso en las condiciones más adversas, parece razonable pensar que la existencia de ciertas instituciones y de ciertos modelos de conducta –de jueces ejemplares– estimula en los otros el desarrollo de las virtudes. De ahí que renunciar a proponer algún modelo de juez tenga consecuencias muy graves. Como las tiene también un tipo de enseñanza del Derecho que, en España, ha pasado de ser simplemente errado a ser también (tras los nuevos planes de estudio) errático. Tiene razón, en este sentido, Kronman cuando señala que el «método socrático» contribuye a desarrollar ciertas virtudes (como, por ejemplo, la imaginación) (1986, pp. 227 y ss.), lo que, desde luego, no puede decirse ni de las clases magistrales ni del método para la preparación de oposiciones.

Finalmente, creo que en la enseñanza de las virtudes judiciales, el cine y sobre todo la literatura podrían jugar un papel de cierta importancia. Las relaciones entre el Derecho y la literatura (incluyendo tanto las obras literarias como la crítica literaria y la teoría de la literatura) son muy variadas y han dado lugar, en los últimos tiempos, a toda una corriente de teoría del Derecho (cfr. Posner 1988 y 1990). Puede ser de interés, por ejemplo,

---

mientras que los principios de los otros proceden de la experiencia, y de cosas así los jóvenes hablan sin convicción, mientras que les es patente ser de los primeros?»

mostrar las analogías existentes entre la interpretación de una obra literaria y la de un texto jurídico (aunque tampoco conviene, como antes señalaba, llevar la analogía más allá de ciertos límites). O entre los esquemas narrativos presentes en la literatura y en los antecedentes de hecho de las sentencias. O bien –éste es el punto que aquí interesa– mostrar de qué manera la literatura puede ser de utilidad en la justificación de las decisiones judiciales, esto es, en qué forma puede contribuir a la formación del carácter que se necesitaría tener para ser un buen juez.

En un libro reciente, Martha Nussbaum (1997) defiende precisamente la tesis de que la racionalidad judicial no implica únicamente el manejo del razonamiento abstracto, sino también una capacidad para comprender la singularidad del caso concreto, lo cual exige un cierto tipo de experiencia del mundo, de empatía, etc. que la literatura puede ayudar a poseer. La autora no niega la importancia de la argumentación racional (y, en particular, de la racionalidad económica) para la justificación de las decisiones judiciales, pero considera que las emociones (o cierto tipo de emociones) no solo no enturbian la razón, sino que la potencian. Su interés se dirige, de manera particular, hacia la novela realista y analiza, o como prototipo del género, tiempos difíciles, de Charles Dickens. En su opinión, en la propia estructura de ese tipo de novelas que podría decirse que los diversos personajes están a disposición de cualquier lector; habría también una apelación a la imaginación, a la fantasía, a la capacidad de «vivir otras vidas»; y, en definitiva, a la empatía, a ponerse en el lugar de otro, a ser capaz de entender otras circunstancias, aunque resulten muy ajenas a nuestras experiencias reales. Nussbaum

termina mostrando de qué manera la existencia o no de esa «empatía emocional» se refleja en las decisiones (y fundamentaciones) de algunos casos judiciales difíciles.

## 5. A modo de conclusión

La última cuestión que se plantea cómo aplicar –o si cabe aplicar– lo anterior al modelo español de selección y formación de los jueces. Desde luego, es sumamente arriesgado pretender decir algo al respecto desde fuera de la judicatura, como es mi caso. Seré, por ello, extremadamente sintético, aunque soy consciente de que uno puede equivocarse mucho diciendo muy poco. Pero en fin...

Mi impresión es que el modelo de selección de los jueces que se está aplicando en España en los últimos años es, en términos generales y consideradas todas las circunstancias, adecuado, por más que existan problemas en su aplicación que derivan, en buena medida, de ciertas deficiencias «estructurales»: Ningún modelo de selección –de jueces o de cualquier otra cosa– puede funcionar bien si no existe lo que podría llamarse una cultura de la objetividad y del reconocimiento del mérito ajeno. Pero parece razonable que, en su mayoría, los jueces españoles sean reclutados mediante un sistema de oposiciones libres al que puede presentarse cualquier licenciado en Derecho; una buena prueba de que eso promueve –seguramente en mayor medida que cualquier otro procedimiento– que los candidatos sean, de hecho, seleccionados por sus méritos y capacidades la ofrece el hecho de que el porcentaje de mujeres que ingresa en la judicatura sea muy superior al que lo hace,

por ejemplo, en la abogacía: No parece que ello pueda deberse únicamente a una cierta «propensión» femenina hacia una profesión (la judicatura) en la que –según se dice– la «agresividad» y otros rasgos de carácter «típicamente» masculinos cuentan menos que en otras (como la abogacía) (cfr. Lautmann 1986). Como también es razonable que el sistema ofrezca, limitadamente, ciertas «ventajas» a quienes ya trabajan en la administración de justicia, aunque no sea como jueces. Que se dé algún valor a la experiencia en la judicatura o al prestigio obtenido en el ejercicio de alguna otra profesión jurídica. Y que se trate de fortalecer la escuela judicial: ¿No cabría pensar incluso en la posibilidad de un sistema «mixto» en el que la escuela cumpliera también una cierta función de selección?

Los mayores déficits se producen, en mi opinión, en el aspecto propiamente de la formación (que, obviamente, está íntimamente conectado con el anterior). Es cierto que el marco general de la cultura jurídica en nuestro país no facilita la «formación» de los jueces o de cualquier otro profesional del Derecho. Pero el «modelo de juez» que de alguna forma se entrevé tanto en el temario de las oposiciones como en el plan de estudios de la escuela judicial o en los cursos de formación no es –creo yo– plenamente satisfactorio. Desde luego, debe reconocerse el esfuerzo (que se refleja en los planes de estudio de la escuela) por superar el formalismo jurídico en dirección hacia un cierto realismo<sup>(11)</sup>. Pero quizás esto no sea suficiente.

---

(11) Esta tendencia se advierte también en el reciente *Libro Blanco* sobre la justicia, cuyas referencias al problema de la selección y formación de los jueces me parecen llenas de buen sentido.

Una conclusión que podría extraerse de todos los análisis anteriores es la idea de que para ser un buen juez no basta con conocer el Derecho positivo; eso, por sí solo, no garantiza que se sea capaz de alcanzar soluciones adecuadas y de justificarlas satisfactoriamente. Esto último requiere no solo «estar al día» con respecto a los cambios legislativos, conocer la práctica jurisprudencial, algunas disciplinas «auxiliares» (como la criminología), o ciertas técnicas de gestión (como la informática). Se necesita, además de todo eso, poseer una extensa cultura general [incluida la cultura «de ciencias»: Piénsese, por ejemplo, en los problemas de prueba (cfr. Taruffo 1992)]. Y sobre todo, me parece una buena formación teórica. Puede sonar a paradójica, pero no hay nada más práctico que la buena teoría; para los jueces: Que la buena teoría jurídica. Ahora bien, las disciplinas que constituyen el núcleo de la teoría contemporánea del Derecho están prácticamente ausentes de los programas de formación; yo no he visto al menos que en los mismos se haga mucha referencia a los problemas de interpretación, de argumentación o de ética jurídica.

Lo cual, por cierto, me lleva a terminar mi exposición por donde la había empezado. Se me pedía que tratase el tema de la selección y formación de los jueces desde la perspectiva de la filosofía del Derecho, y termino proponiendo, en cierto modo, un modelo de juez filósofo. A algunos les parecerá un despropósito, pero yo podría darles el nombre de no pocos grandes jueces que han sido también eminentes filósofos del Derecho. Sin ir más lejos, podría citar a mi entrañable amigo y maestro a cuya memoria he dedicado estas páginas: Genaro Carrió.

## Bibliografía

- AGUILÓ, Joseph. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica, *en Isonomía*. N.º 6, 1997.
- ANDRÉS Ibáñez, Perfecto. La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del Estado de Derecho, *en* Francisco J. Laporta y Silvina Alvarez (eds.). *La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- , *Ética a Nicómaco*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (ed. Bilingüe y trad. de M. Araujo y J. Marías; introducción y notas de J. Marías), 1981.
- ARZAMENA, Jerónimo. Sistema español de formación judicial. La carrera judicial, *en Documentación Administrativa*. N.º 210-211, mayo-septiembre 1987.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz Manero. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.
- AUGER, Clemente. La formación y selección del personal judicial, *en Documentación española*, N.º 45-46, mayo-junio de 1985.
- , La justicia ante el fenómeno de la corrupción, *en* Francisco J. Laporta y Silvina Alvarez (eds.).

La corrupción política. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

ARLET, José Luis. *Jueces, política y justicia en Inglaterra y en España*. Tesis de doctorado (inédita).

BELTRÁN, Miguel. *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: Una polémica constitucional*. Madrid: Civitas, 1989.

CAMPS, Victoria. *Virtudes públicas*. Madrid: Espasa-Calpe (col. Austral), 1990.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965.

----- . Algunas palabras sobre las palabras de la ley. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.

----- . Dworkin y el positivismo jurídico, en Cuadernos de Crítica. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1981.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

----- . *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.

KRONMAN, Anthony T. Practical Wisdom and Professional Character, en *Social Philosophy and Policy*. N.º 4, 1986.

----- . Living in the Law, en *The University of Chicago Law Review*. N.º 54, 1987.

LAUTMANN, Rüdiger. Mujeres y hombres en la sociología del Derecho: Consecuencias para la formación de sociólogos y juristas, en R., Bergalli (editor). *El Derecho y sus realidades*. Barcelona: PPU, 1989.

Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho

- MACCORMICK, Niel. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press, 1978.
- MACINTYRE, Alasdair. *Historia de la ética*. Traducción de R. J. Walton. Barcelona: Paidós, 1981.
- . Tras la virtud. Barcelona: Crítica, 1987.
- MÁLEM, Jorge. *Función jurisdiccional e incentivos para la corrupción* (inédito).
- MARTENS, Paul. Sur les loyautés démocratiques du juge, en *La loyauté Mélanges E. Cerexhe*. Bruselas: Larcer, 1997.
- NUSSBAUM, Martha. *Justicia poética*. Barcelona: Andrés Bello, 1997.
- OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: Tres modelos de juez, en *Doxa*. N.º 14, 1993.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. La enseñanza del Derecho en Estados Unidos, en *Doxa*. N.º 12, 1992.
- . El movimiento Critical Legal Studies. Madrid: Tecnos, 1996.
- POSNER, Richard A. *Law and Literature. A Misunderstood Relation*. Harvard University Press, 1988.
- . The Problems of Jurisprudence. Harvard University Press, 1990.
- SCHWARTZ, Bernard. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Madrid: Civitas, 1980.
- TARUFFO, Michele. La prova deifatti giuridici. Nozioni generale. Milan: Giuffrè, 1992.

- TOHARIA, José Juan. «*iPleitos tengas!...*» *Introducción a la cultura legal española*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas-Siglo XXI, 1987.
- VAN CAENEGEM, Raoul. *I signori del diritto*. Milán, Giuffrè, 1991.
- VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. *Sistemas jurídicos y formación de jueces y abogados*. Barcelona: PPU, 1995.

### 3. Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática(\*)

---

(\*) *Isonomía*: Revista de teoría y Filosofía del Derecho, N° 3 (oct 1995), pp. 223 y 224.



1. Un buen trabajo de dogmática jurídica requiere casi siempre la utilización de conocimientos provenientes de otros campos, como la historia, la lógica, la economía, la sociología, la ética o la teoría del Derecho. Por tanto no limite sus fuentes de conocimiento a lo escrito por otros dogmáticos sobre el tema que vaya a abordar. Pero no olvide tampoco la especificidad del trabajo dogmático: Ordenar un sector del ordenamiento jurídico y proponer soluciones a problemas concernientes a la producción, ordenamiento jurídico y aplicación a esas normas.

2. Ante todo, sea claro: Es mejor equivocarse con claridad que acertar confusamente. Y no confunda oscuridad con profundidad: Lo más oscuro no es lo más profundo.

3. No haga citas innecesarias. No escriba para mostrar lo que sabe, sepa lo que escribe.

4. Procure acotar con precisión el problema que vaya a estudiar. Si es un problema complejo, trate de descubrir cuales son los distintos subproblemas existentes y cómo se relacionan entre sí: Eso le proporcionará también, probablemente, el esquema a seguir.

5. Antes de proseguir con su trabajo, asegúrese de que lo que se propone estudiar no es un problema irrelevante o pseudoproblema.

6. Los problemas relevantes suelen obedecer a los siguientes «indicadores»: Tienen una incidencia apreciable en la práctica; afectan a algún valor constitucional o, al menos, a valores a los que se atribuye una gran importancia; han sido ya anteriormente objeto de intentos de resolución, pero sin éxito; su solución –o aclaración– es también relevante para otros problemas.

7. Para comprobar si es o no un pseudoproblema, siga el siguiente procedimiento:

- A) Trate de ver si la existencia de varias respuestas se debe a que, en realidad, no existía un único problema, sino varios. Si fuera así, podría estar ante un pseudoproblema, dado que, en realidad, no hay ninguna cuestión cuya respuesta sea dudosa.
- B) Si no fuera este el caso entonces:
  - a) Enumere cuáles son todas las respuestas en términos;
  - b) Examine qué consecuencias tendría cada una de esas respuestas en términos dogmáticos, vale decir, de qué manera afectan a la ordenación o sistematización de un sector del ordenamiento y a la propuesta de criterios sobre la producción, interpretación o aplicación del Derecho; y
  - c) Si las consecuencias son coincidentes (o no hay diferencias significativas), entonces se trataba de un pseudoproblema.

8. No obstante, muchos pseudoproblemas –especialmente, si han sido con asiduidad objeto de reflexión dogmática– pueden esconder un problema genuino que se pone al descubierto cuando se lo enfoca desde el ángulo adecuado. Por ejemplo, cuando lo que está en cuestión sea la «naturaleza jurídica» de la institución X, no enfoque el problema como si se tratara de descubrir la «verdadera esencia» de X. Por el contrario, comience por indagar qué consecuencias tendría el siglo X se le califica de Y o de Z. Luego trate de justificar por qué es preferible un tipo de consecuencias a otro. Cuando haya hecho esto último, habrá resuelto ya el problema de la naturaleza jurídica de X.

9. Antes de proponer una respuesta al problema, trate de explicar cómo ha llegado algo a ser un problema. En particular, preste atención a la génesis histórica. Piense que cuando haya llegado a comprender bien un problema es porque ya está muy cerca de la solución.

10. Plantéese todas las posibles soluciones al problema y evalúelas desde todos los puntos de vista que le aparezcan mínimamente plausibles. La mejor solución ha de ser la que, en su articulación y en sus consecuencias:

- A) Resulte más coherente en relación con los principios jurídicos, las construcciones dogmáticas y el conocimiento fáctico disponible y relevante para la cuestión; y
- B) En consecuencia, pueda juzgarse acreedora de un mayor consenso racional por parte de la comunidad jurídica.



## 4. ¿Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del derecho?(\*)

---

(\*) Este texto es la versión española de la contribución del Dr. Manuel Atienza al debate sobre «El futuro del positivismo jurídico» que tuvo lugar en el 23º Congreso de la IVR celebrado en Cracovia en agosto del 2007.



## I

De acuerdo con el esquema acordado para el debate, dividiré esta intervención en tres partes: En la primera caracterizaré la concepción (iuspositivista) de Eugenio Bulygin y señalaré cuáles son los aspectos de la misma que me parecen insatisfactorios. Luego me referiré, en términos más generales, al positivismo jurídico y mostraré cuáles son las razones que hacen que deba considerarse como una concepción insostenible del Derecho; utilizaré para ello los argumentos contenidos en un reciente trabajo que he escrito con Juan Ruiz Manero y que hemos titulado «Dejemos atrás el positivismo jurídico». Finalmente, haré algunas breves consideraciones sobre cómo debería, en mi opinión, encararse la construcción de una teoría (o filosofía) del Derecho con la vista puesta, sobre todo, en los países latinos (de Europa y de América).

## II

1. A lo largo de un período de tiempo ya muy dilatado (unos 20 o 25 años), los filósofos del Derecho latinos (incluyo básicamente a argentinos, españoles e

italianos) de inspiración analítica hemos llevado adelante, a través de innumerables reuniones y publicaciones, una discusión que nos ha ido alineando básicamente en dos bandos, lo que quizás pudiese verse como una nueva versión de la clásica división entre los analistas más volcados hacia los lenguajes formalizados, hacia la lógica, frente a los que buscaban su inspiración más bien en los lenguajes naturales. Los primeros –a los que llamaré «formalistas» para simplificar y sin atribuir al término ninguna connotación peyorativa– han sido básicamente de inspiración bulygianiana; han defendido siempre el positivismo jurídico en términos estrictos (el positivismo «excluyente»), una actitud sumamente escéptica hacia la ética (hacia la posibilidad de una discusión racional en materia de ética) y han entendido la teoría del Derecho como una empresa de análisis conceptual en la que los aspectos prácticos ocupaban un lugar secundario. La otra línea (en la que jugó un papel fundamental la obra de Carlos Nino) se ha caracterizado por defender tesis positivistas mucho más abiertas (el positivismo «incluyente») o incluso no positivistas, por reivindicar la racionalidad de la ética (el cognoscitivismo ético en términos más o menos fuertes) y una concepción no insular del pensamiento jurídico que lleva a concebir a la filosofía del Derecho como una filosofía práctica, al lado (y en estrecha conexión con) la filosofía moral y política. Naturalmente, lo anterior es una simplificación en muchos sentidos: Algunos autores analíticos probablemente no se sitúan ni en uno ni en otro bando, sino que combinan elementos de ambos, otros han pasado de uno al otro de manera más o menos imperceptible; pero sirve para llegar a donde quería: En todos estos años,

mi posición en los debates siempre ha sido en el lado opuesto al de Eugenio Bulygin lo cual, por cierto, no ha afectado para nada a nuestra relación personal.

Pues bien, el Congreso de la IVR en Cracovia me da ocasión para hacerme, y tratar de contestar a, la pregunta de en qué sentido mi manera de entender la filosofía del Derecho se opone a la de Eugenio; o, dicho de otra manera, hasta qué punto es o no compatible la filosofía jurídica de Bulygin con una aproximación al Derecho de carácter argumentativo.

2. Recientemente he publicado un libro, *El Derecho como argumentación*, en el que trato de presentar las bases de una concepción argumentativa del Derecho. En el primero de sus cinco capítulos expongo las razones por las cuales, en mi opinión, ninguna de las grandes concepciones del Derecho del siglo XX ha favorecido ese tipo de aproximación. A propósito de una de ellas, el positivismo normativista, planteó la cuestión a la que antes me he referido en relación con la obra conjunta de Alchourrón y Bulygin y llego a esta conclusión:

Hablando en términos generales puede decirse que, desde el prisma argumentativo, la producción conjunta de estos dos autores se sitúa en un punto intermedio entre Kelsen y Hart. A diferencia de Kelsen (y de otros autores «irracionalistas», como Ross), Alchourrón y Bulygin siempre han defendido la tesis de que las decisiones jurídicas pueden (y deben) justificarse en términos lógico-deductivos, vale decir, que se pueden realizar inferencias normativas, que la lógica se aplica también a

las normas. Incluso puede decirse que su tendencia ha sido la de identificar justificación y justificación lógica (deductiva); recientemente, Bulygin ha aceptado que «el modelo deductivo de justificación» «no excluye otros», pero ni él ni Alchourrón han mostrado interés por esos otros modelos. Ello tiene que ver, en mi opinión, con su fuerte escepticismo en relación con la razón práctica y su tendencia al emotivismo en materia moral. De Hart (y de Carrió) les separa, precisamente, el mayor énfasis puesto en el análisis lógico formal del Derecho y en el escepticismo moral (Hart puede considerarse como un objetivista mínimo en materia moral) y, quizás como consecuencia de ello, el que Alchourrón y Bulygin hayan elaborado una teoría del Derecho que, en cierto modo, se centra en los casos fáciles» [Atienza 2006, p. 29].

En lo que sigue, trataré de desarrollar y aclarar esta tesis, pero solo en lo que se refiere a la obra de Eugenio Bulygin.

3. Me parece importante subrayar que Bulygin, por lo menos en sus últimos escritos, no se muestra en absoluto como un enemigo de las teorías de la argumentación jurídica, sino que su actitud es más bien la del escéptico. En la entrevista que le hizo Ricardo Caracciolo para *Doxa*, a la pregunta de qué opinión le merecían los intentos de las teorías de la argumentación jurídica de construir criterios de justificación distintos de los de la lógica deductiva, contestaba así: «En primer lugar, nunca dije que el modelo deductivo de justificación sea el

único adecuado para la reconstrucción de las decisiones judiciales. Lo que sostuve y sostengo es que es un modelo adecuado, pero esto no excluye la posibilidad de elaborar otros». «El propósito de buscar criterios para el control racional de la elección de las premisas –añadíame parece muy loable. Lamentablemente la teoría de la argumentación no ha logrado hasta ahora suministrar reglas que permitan establecer relaciones jerárquicas entre las premisas y, de esta manera, proporcionar criterios racionales para la elección de las premisas mejores». Y después de mostrar el papel que la lógica (la lógica estándar) puede jugar para elegir entre premisas alternativas, concluía: «Sigo siendo, pues, escéptico respecto de la utilidad de la teoría de la argumentación para el problema de la justificación de las sentencias judiciales» [Caracciolo 1993, pp. 508 y 509].

Otra aclaración importante a efectuar es que, si bien la de Eugenio Bulygin es una concepción que –como antes decía– se centra en los casos fáciles, eso no quiere decir que sea formalista en el sentido más o menos habitual del término: Formalistas serían aquellos autores que tratan todos los casos como si fueran fáciles. No lo es, en cuanto no desconoce la existencia de casos difíciles y no pretende tampoco –como en seguida veremos– que estos últimos sean tratados como los casos fáciles. Bulygin no piensa que la lógica deductiva sea todo lo que necesitamos –lo que necesita, por ejemplo, un juez– cuando tiene que enfrentarse con casos difíciles e incluso con casos fáciles (rutinarios). Y acepta además que existen casos a los que puede llamarse «trágicos», esto es, situaciones en las que «haga lo que haga, el juez siempre violará alguno de sus deberes»: Bien la obligación jurídica de aplicar la norma jurídica pertinente, o bien lo que el

juez considera su deber moral de no aplicarla» [Bulygin 2004, p. 25].

4. La base para entender la postura de Bulygin está constituida por la defensa de lo que, en la mencionada entrevista en *Doxa*, Caracciolo llamaba «positivismo consecuente» y que viene a ser una forma de lo que hoy se entiende por «positivismo excluyente». Exactamente, lo que sostiene Bulygin, lo que caracteriza su concepción positivista del Derecho, son estas tres tesis: La separación conceptual entre el Derecho y la moral; el escepticismo en materia de ética; y la imposibilidad de separar las dos tesis anteriores: «el abandono del escepticismo ético obliga a abandonar la tesis de la separación entre el Derecho y la moral»; «la tesis de la separación es incompatible con el objetivismo moral» [Caracciolo 1993, p. 511]. Vale decir, si se fuera objetivista en materia de moral, si se pensara que hay una moral privilegiada, que existen principios o normas morales racionalmente justificados, entonces no tendría sentido (sería contradictorio) afirmar que, conforme al Derecho, uno debe hacer p y, conforme a la moral, uno debe abstenerse de hacer p. Dicho todavía de otra forma: Lo que suele llamarse «tesis de la unidad de la razón práctica» sería, para Bulygin, un corolario necesario del objetivismo ético.

Ese tipo de positivismo jurídico no implica lógicamente (pero es coherente con) la manera de entender la teoría del Derecho que Bulygin ha propuesto explícitamente en varios de sus últimos escritos, que se puede encontrar (de manera más o menos implícita) en algunos otros, y que ha defendido oralmente en muchísimas ocasiones. En su opinión, la teoría del Derecho debe reducirse al análisis de la estructura del sistema jurídico;

vistas las cosas desde el punto de vista judicial, a encontrar una respuesta a la pregunta de cómo identificar el Derecho, pero no a la de cómo resolver el caso que se somete al juez, puesto que esta última cuestión involucra aspectos de carácter moral [*vid.* Bulygin 2004, p. 23]. De manera que el centro de interés de su teoría del Derecho es el sistema jurídico (usando un paralelismo con el lenguaje: La gramática, la lengua) y no la práctica jurídica (la parole, el habla) de la que, naturalmente, forma parte (y de manera prominente) la resolución judicial de los casos. En relación con esto último, la postura de Bulygin viene a ser la siguiente: Hay supuestos en los que el Derecho determina unívocamente la decisión a tomar, y la teoría del Derecho puede señalar –o contribuir a señalar– cuáles son esos casos, esto es, identificar el Derecho vigente; pero, sin embargo, puede haber razones morales para no tomar esa decisión, de manera que ni siquiera en estos casos la teoría (ninguna teoría, dado su escepticismo en materia moral) podría servirle al juez para tomar la decisión. Y cuando el Derecho no determina la decisión (en los casos difíciles), la función de la teoría sería efectuar una tipología de esos casos, mostrar cuáles son las causas de esa indeterminación: La existencia de lagunas, de contradicciones y de lo que –en la terminología acuñada en Normative Systems– llama «lagunas de reconocimiento»

5. Si uno se plantea ahora cuál es el espacio que una teoría del Derecho como la de Bulygin deja para la argumentación jurídica (y limitándonos a la perspectiva judicial), la respuesta es bastante clara y simple: Si un caso está unívocamente determinado y el juez lo acepta como tal (si un caso es fácil), entonces lo que procede será una justificación en términos deductivos. Si, por el contrario,

el caso no está determinado unívocamente, entonces el juez tendrá que efectuar una operación discrecional (que esencialmente cae fuera de la lógica y de la teoría del Derecho) consistente en establecer las premisas; hecho esto (en donde la lógica solo puede jugar el papel de marcar ciertos límites –y siempre que se acepte que las premisas serán entre sí consistentes–) lo que queda volvería a ser, de nuevo, una tarea de deducción. Se explica así que, en otro de sus trabajos, Bulygin haya defendido que el problema de la interpretación es un problema semántico, esto es, lo que tiene que hacer un intérprete es simplemente explicitar las reglas semánticas del término o términos en discusión, para así resolver el problema de indeterminación; aunque sea una operación de gran importancia en el Derecho no hay, en realidad, nada en la interpretación que tenga un carácter específicamente jurídico [*vid.* Bulygin 1992].

Vistas así las cosas, el enfoque de Bulygin cae dentro de lo que en el libro antes mencionado he llamado «concepción formal de la argumentación». Esto quiere decir que la argumentación (jurídica) se ve exclusivamente como un encadenamiento de proposiciones, como el paso de unas proposiciones a otras o, mejor dicho, el producto de ese paso, dado que la concepción formal se centra en la argumentación como resultado y no como actividad; lo que queda fuera es la argumentación vista como una búsqueda, clarificación y evaluación de las premisas (las razones) con las que resolver algún problema teórico o práctico, como un tipo de interacción humana dirigida a persuadir a otro, etc. Lo que aporta la concepción formal (el estudio de los esquemas –de las formas– de los argumentos) es, sin duda, muy importante, pero también es muy importante lo que deja fuera (el estudio

de los aspectos materiales y pragmáticos de la argumentación). Un jurista que se plantee, pongamos por caso, un problema de interpretación, no podría recibir mucha ayuda de una obra como la de Eugenio Bulygin: Sabría que necesita contar con una «regla semántica» cuya aplicación le va a permitir resolver el problema, pero ocurre que la dificultad está casi siempre en cómo construir esa regla: Qué criterios puede usar para ello y de qué manera. Las teorías de la argumentación jurídica tratan precisamente de contestar a este tipo de preguntas. Por ejemplo, a propósito de la justificación judicial de las decisiones, parten de que tal justificación no puede verse únicamente en términos formales, sino también en términos materiales y pragmáticos; la obligación que tienen los jueces de motivar (justificar) sus decisiones solo se satisface en la medida en que estos sean capaces de poner las buenas razones en la forma adecuada para lograr la persuasión (y aunque de hecho no lo logren); la lógica formal es un ingrediente necesario, pero no suficiente, para ello.

No pretendo, por supuesto, sugerir que Eugenio Bulygin ignore todo esto. Al contrario, precisamente porque es muy consciente de ello es por lo que rechaza expresamente que la teoría del Derecho deba tratar de ofrecer alguna respuesta a la pregunta de cómo deben tomar los jueces las decisiones o, mejor, cómo deben justificarlas. Sus diferencias con los teóricos de la argumentación jurídica radican precisamente en esto: Estos últimos han tratado de construir una teoría de la justificación de las decisiones judiciales (en general, combinando elementos formales –lógicos– con otros de carácter material y pragmático); Bulygin, tan solo de un aspecto de la justificación. El ámbito de las respectivas teorías es, pues, diferente.

6. Yo no tengo, como acabo de señalar, ninguna duda sobre la coherencia interna de la obra de Eugenio Bulygin. Me parece que todos los elementos que la componen se ensamblan de manera particularmente armoniosa y que, en cierto modo, es ese afán por ser coherente lo que le ha llevado a defender tesis que pueden parecer extremas (y que seguramente lo son) pero que, al mismo tiempo, vienen a ser consecuencias necesarias de sus puntos de partida. Por eso, la conclusión a la que llego es que lo que se debe discutir de su obra no es, en sentido estricto, su teoría del Derecho, sino más bien su metateoría jurídica. Mis discrepancias con Eugenio Bulygin se plantean –y creo que se han planteado siempre– en este último nivel de discurso. Hacia ahí es dónde debería dirigirse la discusión: ¿Hay alguna buena razón para aceptar que la teoría del Derecho deba elaborarse dentro del marco trazado por Bulygin? ¿Qué tipo de teoría del Derecho debemos esforzarnos por construir? ¿Tiene sentido plantearse preguntas como las anteriores?

Me parece que sí y que Eugenio Bulygin no se sitúa aquí en la postura extrema de quienes piensan que no hay, por así decirlo, criterios para elegir entre diversas teorías y que todo es cuestión de preferencias subjetivas, de gustos; como ocurre con los juegos, cada uno se aficiona a los que más le divierten, le producen un mayor grado de satisfacción personal, etc.; digamos que, al igual que hay un emotivismo ético, hay también un emotivismo metateórico en el que muchos iusfilósofos analíticos se refugian precisamente para no tener que discutir acerca de la pregunta que a mí me parece fundamental: Qué teoría del Derecho.

Pero, como digo, no creo que la postura de Eugenio Bulygin sea exactamente esa. Él no niega que la utilidad práctica de una teoría sea un componente a tomar en consideración pero le parece –yo diría que por razones de «prudencia»– que un teórico del Derecho procurará permanecer en terreno firme, y que la claridad y la certeza que provee esa actitud cauta son valores preferibles a la (presunta) utilidad perseguida por quienes se aventuran por terrenos en los que acechan todo tipo de peligros.

Un ejemplo de esa actitud se encuentra, me parece, en el ejemplo práctico que pone para justificar la preferibilidad de su concepción frente a la de un positivista, digamos, «ideológico» (Bergbohm o «algún otro positivista del siglo XIX») o la de un iusnaturalista (al estilo de Radbruch, de Alexy o –cabría añadir– de muchos otros partidarios de la teoría de la argumentación jurídica). Se trata de un oficial que da la orden a tres soldados, A, B y C, de torturar a un prisionero. Dejemos de lado al soldado A, al positivista ideológico. El soldado B –seguidor de Bulygin– razonaría así: «La orden del oficial es jurídicamente válida, pero moralmente repugnante. Como no hay obligación moral de obedecer las normas jurídicas, no voy a cumplir esta orden por razones morales, aun cuando corra el riesgo de ser castigado por desobediencia». Y el soldado C: «La orden dada por el oficial es moralmente repugnante, por lo tanto, no forma parte del derecho. No siendo una norma jurídica, puedo desobedecerla». La conclusión a la que llega Bulygin es la siguiente: «Ambos soldados (...) corren el riesgo de ser castigados por desobediencia, pero mientras que el soldado B puede aducir que desobedeció la orden por razones morales (la orden aunque jurídicamente válida

era moralmente inicua), el soldado C solo invoca razones semánticas. La orden no es derecho. Desde el punto de vista moral su posición es ciertamente mucho menos ventajosa que la de B. Desde el punto de vista teórico, no veo ventajas en negar que el derecho malo sea derecho, del mismo modo como no veo ventajas en sostener que un mal profesor no es profesor. La consecuencia de una decisión semántica tal es la imposibilidad de criticar a un profesor por ser malo o una norma jurídica por ser injusta» [Bulygin 2004, pp. 25 y 26].

Ahora bien, no me parece que en este punto lleve razón Bulygin. La idea de que un argumentador que siguiera la concepción de Radbruch o de Alexy solo podría esgrimir razones «semánticas», mientras que uno que se dejara guiar por un positivismo jurídico como el de Bulygin estaría en una posición «más ventajosa» «desde el punto de vista moral», me parece simplemente falsa. Ambos argumentadores, B y C, comparten una premisa («la orden es moralmente repugnante») y la conclusión («la orden no debe obedecerse») y difieren en otras dos. Vale decir, las otras premisas de B serían: B2 («las órdenes moralmente repugnantes son Derecho válido si cumplen los requisitos x e y –que esta orden cumple–»); y B3 («las órdenes jurídicamente válidas pero moralmente repugnantes no deben obedecerse»). Y las de C: C2 («las órdenes moralmente repugnantes no son Derecho válido») y C3 («las órdenes jurídicamente inválidas no deben obedecerse»). Pues bien, B3 y C3 enuncian juicios prácticos, y no parece que el optar por uno u otro dé alguna «ventaja» desde el punto de vista moral. Quedan las otros dos. Es posible que, a primera vista, C2 pueda tener el aspecto de una «regla semántica», a diferencia de lo que ocurre con B2, pero creo que

eso es pura apariencia. En realidad, B2 podría descomponerse en B2a («las órdenes moralmente repugnantes que cumplan los requisitos x e y son Derecho válido») y B2b («esta orden cumple los requisitos x e y»). Se ve entonces que B2a tiene la misma naturaleza («semántica») que C2 (en realidad, C2 podría haberse enunciado también así: «las órdenes moralmente repugnantes, aunque cumplan los requisitos x e y, no son Derecho válido»). La única diferencia estaría, pues, en B2b, pero no parece que ella pueda significar ninguna diferencia «desde el punto de vista moral» (en realidad, según lo que se acaba de indicar, B2b también podría considerarse como una premisa del argumento de C).

En definitiva, no se ve por qué la tesis de que una norma (u orden) jurídica extremadamente injusta (o moralmente repugnante) que no es Derecho válido (la llamada «fórmula de Radbruch») haya de llevar a la imposibilidad de criticar la norma en cuestión. El aspecto crítico reside básicamente en el juicio de que la norma (o la orden) es «extremadamente injusta» o «moralmente repugnante», y ese es un juicio que comparten ambos argumentadores (el que sigue a Radbruch y Alexy o a Bulygin). La diferencia está más bien en que los seguidores de Bulygin no podrán propiamente justificar el juicio en cuestión, dado que la teoría afirma explícitamente que «nada puede decir sobre nuestras obligaciones morales, ni siquiera sobre las obligaciones morales de un juez» [Bulygin 2004, p. 26].

En realidad, las cosas se ponen, en mi opinión, todavía peor para los seguidores de Bulygin si el ejemplo se trasladara al campo judicial (más o menos es lo que ocurrió con los casos de «los tiradores del muro», en los

que los jueces tuvieron que decidir si los soldados que habían seguido las órdenes de tirar a matar habían cometido o no homicidio). Y se ponen peor porque, a diferencia de lo que ocurre con los soldados –y, en general, con los simples particulares–, los jueces tienen, en nuestros Derechos, la obligación de motivar (jurídicamente) sus decisiones; de manera que un juez, en cuanto juez, no podría concluir su razonamiento con «el Derecho me obliga a hacer p pero no debo hacer p». Más bien, uno diría que lo que debe procurar un juez, si p es el contenido de una norma o de una orden moralmente repugnante, es efectuar un razonamiento que le permita concluir con «el Derecho me permite no hacer p». No estoy diciendo que siempre vaya a ser posible, sino que eso es lo que debe funcionar como la idea regulativa de su conducta; y que la teoría del Derecho –en contra de lo sostenido por Eugenio Bulygin– tiene como una de sus funciones más importantes la de ayudar a los jueces a decidir y a justificar sus decisiones.

De manera que el ejemplo nos lleva de nuevo a lo mismo: ¿Qué teoría del Derecho resulta preferible? ¿Cuáles son los criterios que deben guiar la construcción de una teoría del Derecho: El rigor y la claridad o, más bien, la utilidad práctica? ¿Son realmente incompatibles uno y otro?

### III

1. En los países latinos, hasta fechas relativamente recientes, la defensa del positivismo jurídico ha ido unida a una actitud política de carácter liberal o socialdemócrata, mientras que el iusnaturalismo ha estado

siempre vinculado con posturas de carácter conservador. Para poner un par de ejemplos. En la España franquista, la ideología jurídica oficial fue el iusnaturalismo y decantarse por el positivismo jurídico era una señal inequívoca de oposición al régimen. Y en Argentina, la filosofía analítica que se desarrolla a partir de los la sexta década del siglo XX fue unida a la defensa de un positivismo de carácter conceptual o metodológico y a posturas que, en términos generales, pueden calificarse de liberales; precisamente, cuando se produce el golpe de Estado de 1976, el poder dictatorial busca el apoyo ideológico en el iusnaturalismo católico más integrista. Ese tipo de vinculación política, por otro lado, encaja bien con el hecho de que los principales mentores del positivismo jurídico en la escena internacional –Kelsen, Ross, Hart o Bobbio– se ubicaban también ideológicamente en la zona del espectro que va del liberalismo avanzado a la socialdemocracia.

2. Ahora bien, «positivismo jurídico», como bien se sabe, es una expresión extraordinariamente ambigua. Para precisar en qué sentido los autores latinos han sido (o son) positivistas conviene recordar dos aproximaciones que tuvieron (y siguen teniendo; particularmente, la primera de ellas) una gran influencia. Una es la de Norberto Bobbio, el cual distinguió tres nociones distintas de positivismo jurídico: 1) En cuanto enfoque o modo de aproximarse al estudio del Derecho, el positivismo jurídico supone la separación entre el Derecho real y el ideal, el Derecho como hecho y como valor, el Derecho que es y el Derecho que debe ser; y la convicción de que el Derecho del que debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo; 2) en cuanto teoría del Derecho, el po-

sitivismo lo identificó con una teoría estatal del Derecho vinculada a la defensa de la teoría de la coactividad, la teoría imperativa –de la norma jurídica–, la consideración del orden jurídico como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud y de coherencia, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica: Y 3) Como ideología, el positivismo jurídico confiere al Derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, atribución que se suele llevar a cabo –escribía Bobbio– a través de una de las dos siguientes vías argumentativas: El Derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, es justo; o bien, el Derecho sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de fines deseables como la paz o la certeza.

La otra aproximación, la de González Vicén, consiste en distinguir el positivismo jurídico en cuanto «hecho histórico» o «modo general de entender la realidad jurídica» y las «teorías del positivismo jurídico»; esto es, una cosa es el positivismo jurídico en cuanto concepción del Derecho como un orden real e individualizado que conforma efectivamente las relaciones humanas en una comunidad y en un momento determinado, y otra cosa las diversas respuestas dadas a los interrogantes nacidos de la anterior concepción y no reconducibles fácilmente a una unidad: El positivismo historicista, el normativista o el realista.

Pues bien, lo que ha caracterizado al positivismo jurídico de los países latinos (mejor: De sus filósofos del Derecho) ha sido el positivismo jurídico como enfoque y la teoría normativista del Derecho en versiones que se alejaban mucho del formalismo jurídico (lo que Bobbio

entendía por positivismo jurídico en cuanto «teoría») y se identificaban notablemente con la versión hartiana del positivismo jurídico, ampliamente difundida en el mundo latino desde la década del siglo XX (la traducción española de Carrió data de 1963).

3. En los últimos años, las discusiones sobre el positivismo jurídico han estado muy vinculadas al planteamiento de la filosofía anglosajona (básicamente a Dworkin), aunque también ha tenido cierta influencia la obra de Alexy. No es de extrañar por ello que las polémicas más recientes hayan girado en torno al positivismo excluyente, el positivismo incluyente y el positivismo normativo o axiológico. Dicho de manera muy sintética (*vid.* Moreso) el positivismo se caracterizaría por la defensa de la tesis de las fuentes sociales del Derecho y de la separación entre el Derecho y la moral que, conjuntamente, llevan a defender la idea de que la identificación del Derecho no depende de criterios morales. Pero esta afirmación básica del positivismo jurídico puede entenderse de tres maneras distintas, y de ahí la existencia de tres grandes formas de positivismo jurídico: El duro o excluyente la entiende en el sentido de que la identificación del Derecho no puede depender de criterios morales; el blando o incluyente afirma que no necesita depender de criterios morales, aunque en sistemas jurídicos desarrollados sí depende de tales criterios, dado que dichos sistemas están dotados de una regla de reconocimiento compleja que introduce, junto con los criterios referidos al origen, criterios morales de identificación; y, finalmente, el positivismo jurídico axiológico o normativo sostiene que esa identificación debería no depender de criterios morales.

4. El problema del positivismo jurídico excluyente (en todas sus versiones: La de Eugenio Bulygin sería una forma de iuspositivismo excluyente) es que contrasta fuertemente con ideas ampliamente compartidas sobre la manera como el Derecho guía la adopción de las decisiones. Si tomamos, por ejemplo, el caso de Raz, para él el Derecho se identifica sin recurrir a criterios morales, dado que «la identificación de una norma como norma jurídica consiste en atribuirle a una persona o institución relevante» y «tales atribuciones pueden basarse únicamente en consideraciones de hecho» (Raz, 2001). Pero si así son las cosas a la hora de razonar para establecer el contenido del Derecho, sin embargo, a la hora de razonar de acuerdo con el Derecho para determinar la solución de un caso resulta, de acuerdo con Raz, que el propio Derecho autoriza a sus órganos de aplicación a apartarse de su contenido siempre que haya razones morales importantes para hacerlo. Ahora bien, esto parece ciertamente extraño, si lo cotejamos con las creencias compartidas entre los juristas: estos convendrían en que, en ciertas circunstancias, puede haber razones jurídicas de orden superior que justifiquen el dejar de lado para resolver en un caso una regla jurídica de entrada aplicable al mismo, pero encontrarían ciertamente incompatible con sistemas jurídicos como los nuestros la idea de que éstos conceden discreción al juez para que se aparte de lo que ellos mismos prescriben siempre que, a juicio del propio juez, ello resulte moralmente procedente.

5. Como se sabe, la idea fundamental del positivismo jurídico incluyente (y quizás no esté de más recordar que el primero que la sostuvo, para defender la posición de Hart frente al ataque de Dworkin, fue el iusfilósofo

argentino Genaro Carrió, en 1970), es que el razonamiento jurídico no solo tiene elementos morales cuando se trata del razonamiento de acuerdo con el Derecho, sino también cuando se trata del razonamiento para establecer el contenido del Derecho, si es que la regla de reconocimiento (como ocurre en los sistemas jurídicos del paradigma constitucional) incorpora criterios morales. En nuestra opinión, esa versión del positivismo jurídico es susceptible de dos tipos de críticas: En primer lugar, su tesis distintiva -que la relación entre el Derecho y la moral es contingente, dado que es conceptualmente concebible un sistema jurídico cuyos test de validez no impliquen referencias a la moral- parece de escaso interés para los juristas, pues aun concediendo que tales sistemas sean posibles, lo que es indudable es que no se trata de nuestros sistemas, de los Derechos del Estado constitucional, ni tampoco de los que cabe razonablemente prever; en segundo lugar, tampoco nos parece fructífera (sobre eso se dirá algo más adelante) su pretensión de construir una teoría descriptiva y general del Derecho (sobre lo que insiste mucho Hart en su Postscript, situando en él su principal desacuerdo con Dworkin).

6. Por lo que se refiere al positivismo jurídico axiológico o normativo (una concepción defendida por Scarpelli en la sexta y séptima década del siglo XXy que, en la filosofía del Derecho en lengua española, han sostenido recientemente autores como Laporta, Hierro o Atria), Moreso ha sintetizado muy bien la que parece ser su argumentación básica: 1) Hay un desacuerdo profundo en cuanto a los criterios de corrección moral; 2) si se quiere respetar la autonomía de las personas, hay que

regular la conducta mediante normas claras y precisas; 3) si se identificara el Derecho (vale decir, lo permitido, prohibido u obligatorio) recurriendo a criterios morales, entonces se sacrificaría el valor de certeza y, por tanto, el de autonomía de las personas; 4) por lo tanto, el Derecho debe identificarse sin recurrir a la moral. Pues bien, Moreso también tiene razón al mostrar cuáles son los dos puntos débiles de la anterior argumentación. Por un lado, es cierto que en la moral hay desacuerdos en cuestiones relevantes, pero de ahí no se sigue que se trate de un desacuerdo absoluto.

Por otro lado, lo que mejor protege el valor de la autonomía –piensa Moreso– son reglas claras y precisas, pero que incorporen «cláusulas de derrotabilidad moral»; lo cual es otra manera de decir que el Derecho –en los Estados constitucionales– no puede dejar de estar integrado por reglas y por principios y que estos últimos tienen cierta preeminencia axiológica sobre las reglas.

7. En cualquiera de sus versiones, las dos notas que parecen definitorias del positivismo jurídico serían estas dos: 1) La tesis de que el Derecho es un fenómeno social, creado y modificado por actos humanos (lo que González Vicén llamaba el positivismo jurídico como «hecho histórico» y que hoy suele denominarse como «tesis de las fuentes sociales del Derecho»); y 2) la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, que hoy tiende a entenderse –a la manera del positivismo blando o incluyente– en el sentido de que el valor moral de una norma no es condición suficiente y puede no ser condición necesaria de la validez jurídica de la misma. Pues bien, el problema, la debilidad, del positivismo jurídico no estriba en que esas dos tesis o alguna de las dos sea falsa:

Ambas son manifiestamente verdaderas y constituyen una especie de acuerdo indisputado por todos aquellos que hacen teoría del Derecho de forma no extravagante. La debilidad del positivismo jurídico estriba en que, así entendido, la teoría resulta, por un lado, irrelevante y, por otro lado, en que si se le añaden rasgos que, aun no siendo quizás definitorios, sí han estado presentes en sus principales manifestaciones en el siglo XX, el positivismo jurídico resulta ser un obstáculo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado constitucional.

8. El carácter irrelevante no es difícil de mostrar. Basta con pensar en que, entendida como se ha hecho, ninguno de los grandes autores iusnaturalistas del siglo XX (Radbruch, Fuller o Finnis) tendría nada que objetar a esa tesis. Por lo tanto, esa tesis no puede constituir actualmente una de las señas de identidad de una teoría o una concepción del Derecho, puesto que todas las que tienen algún grado de vigencia la comparten. Y, en relación con la segunda tesis (la de la separación entre el Derecho y la moral), si se limita a lo que comparten todos los que se llaman iuspositivistas, es una tesis tan mínima que tampoco constituye una posición distintiva de la teoría del Derecho.

9. Lo grave del positivismo jurídico está en algunas concepciones generales que acompañan a todas las grandes teorías adscribibles al positivismo jurídico en el siglo XX (Kelsen, Ross, Carrió, Hart o Alchourrón y Bulygin): La concepción descriptivista de la teoría del Derecho y la concepción de las normas como directivas de conducta que resultan de otros tantos actos de prescribir.

10. La pretensión de construir una teoría descriptiva y axiológicamente neutral tiene mucho que ver con que la teoría del Derecho positivista haya permanecido durante el último siglo en una situación de básica inco-municación respecto del discurso práctico general y el de la dogmática jurídica. Simplemente, una teoría del Derecho así concebida no podía participar en los discursos de justificación o crítica de nuestras arquitecturas constitucionales –los propios de la filosofía política y moral– ni tampoco en aquellos que tienen como objeto el mediar entre los materiales normativos en bruto producidos por el legislador, en sentido amplio, y los órganos que deben resolver las disputas –los discursos propios de la dogmática jurídica–. El descriptivismo supone –cabe decir– límites claros al interés que la teoría del Derecho puede suscitar fuera del círculo de sus cultivadores directos.

11. El otro rasgo que ha caracterizado, en general, al positivismo es el prescriptivismo, esto es, concebir las normas jurídicas, de forma casi exclusiva, como directivas de conducta, y a esas directivas de conducta como el resultado de otros tantos actos de prescribir. El acentuar casi exclusivamente la dimensión directiva de las normas tiene como consecuencia el que quede descuidada, o al menos comprendida como subordinada, su dimensión valorativa. Y el ver las normas, sin excepciones, como el resultado de otros tantos actos de prescribir tiene como consecuencia el que queden descuidadas aquellas normas jurídicas que no resultan de la realización de un acto de prescribir, sino de un acto de reconocimiento, por parte de las autoridades normativas, de contenidos normativos que les preexisten. Todo lo cual implica límites severos para la capacidad de las teorías positivistas del

siglo XX de dar cuenta de aspectos capitales del razonamiento jurídico y también de lo involucrado en la actitud de aceptación de un orden jurídico constitucional.

12. Además de por los déficits antes señalados, el positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional, por un último rasgo vinculado a los anteriores: Porque tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del Derecho como sistema y no (también) del Derecho como práctica social. Como sistema, el Derecho puede considerarse como un conjunto de enunciados de carácter normativo que cumplen ciertos requisitos. Pero además el Derecho puede (ha de) verse como una práctica social compleja consistente en decidir casos, en justificar decisiones, en producir normas, etc. Dicho quizás de otra manera, el Derecho no es simplemente una realidad que está ya dada de antemano (y esperando, por así decirlo, al teórico jurídico que la describa y sistematice), sino una actividad en la que se participa y que el jurista teórico contribuirá a desarrollar.

#### IV

1. Si el Derecho –como alguna vez se ha escrito– es «una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo», una práctica social, entonces la teoría del Derecho tiene, de alguna manera, que formar parte de esa práctica. Una consecuencia de ello es que el teórico del Derecho no puede ser ajeno a los valores de esa práctica, ni puede tampoco concebir su participación en la misma en términos puramente individuales. Lo que debería guiar nuestro trabajo, en definitiva, no es el afán de originali-

dad, sino de participar cooperativamente con otros en la mejora de esa práctica.

2. La elaboración de una teoría del Derecho completamente general, válida para cualquier sistema jurídico, es una empresa de valor limitado. Pero, además, no es nada obvio que la teoría jurídica al uso, el paradigma anglo-americano dominante (positivista o no), sea verdaderamente general. Por eso, ante el riesgo cierto de que la globalización en la teoría del Derecho responda más bien a lo que se ha llamado la «globalización de un localismo», podría ser de interés desarrollar teorías del Derecho –digamos– «regionales», de acuerdo con los diversos círculos de cultura hoy existentes. El multilateralismo parece una estrategia deseable, y no solo en el ámbito de la política internacional.

3. Los países latinos, de Europa y de América, constituyen uno de esos círculos culturales. Aunque con niveles de desarrollo económico, político, científico, tecnológico, etc. diferentes, esos países son sumamente afines desde el punto de vista de sus sistemas jurídicos y de sus lenguas, poseen una rica tradición de pensamiento jurídico y en todos ellos el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del Derecho y de la cultura jurídica. En muchos de esos países la filosofía del Derecho ocupa hoy un lugar académicamente destacado, lo que explica que exista un buen número de cultivadores de la disciplina con un alto nivel de competencia «técnica». ¿Cómo explicar entonces que la producción iusfilosófica se limite en buena medida a comentar o discutir ideas y teorías surgidas en otros ámbitos culturales y destinadas también muchas veces a tratar con problemas característicos de esos otros ámbitos?

4. Lo anterior no es una invitación al localismo en la teoría del Derecho, sino a distinguir lo puro o fundamentalmente local y lo que tiene –o puede tener– un valor genuinamente general o universal (en relación, al menos, con el universo del Estado constitucional). Las teorías iusfilosóficas de ámbito regional podrían configurar una útil mediación ente lo local y lo universal y contribuir así a una globalización más equilibrada en la teoría del Derecho.

5. La filosofía del Derecho no es un género retórico, pero una forma equivocada de practicar la teoría jurídica consiste en desentenderse de quiénes son los destinatarios de los escritos iusfilosóficos y de quiénes pueden hacer uso de las ideas que se encuentran en ellos. Quizás no tenga sentido producir obras destinadas únicamente a otros filósofos del Derecho, y menos aún cuando sus destinatarios directos parecerían ser intelectuales a los que todo lo que se genera fuera de su ámbito cultural les es ajeno.

6. Otro error, que frecuentemente va de la mano del anterior, es el de olvidar que una teoría del Derecho solo merece la pena si se ocupa de problemas relevantes y que esa relevancia viene fijada por los intereses de la comunidad jurídica ampliamente entendida. Además de algún otro factor de carácter exógeno, no es absurdo pensar que la falta de atención a los problemas y a los destinatarios puede constituir la principal explicación de la insatisfactoria situación de la filosofía del Derecho en los países latinos: Un (al menos en muchos casos) alto nivel de sofisticación técnica y una (en general) escasa influencia en la cultura jurídica y en la práctica del Derecho de sus respectivos países.

7. Un modelo de teoría del Derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: Método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del Derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del Derecho: El positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del Derecho.

8. Positivismo jurídico y filosofía analítica no son, obviamente, términos sinónimos pero, dada la estrecha vinculación existente entre ambos, es razonable considerar que el método analítico es uno de los aspectos más valiosos que el positivismo jurídico puede dejar como herencia a la cultura jurídica. Este método suele cifrarse en el uso y aceptación de ciertas distinciones (por ejemplo, entre enunciados descriptivos y prescriptivos, o entre explicar y justificar) que, por lo demás, no deberían entenderse en un sentido rígido: Entre lo descriptivo y lo prescriptivo pueden existir «puentes» y explicar una decisión puede contribuir notablemente a su justificación.

9. Algo parecido puede decirse de la relación entre el iusnaturalismo y el objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, si bien la manera más adecuada de sostener estas dos últimas tesis no consiste en recurrir al Derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral. En todo caso, las dos principales razones para rechazar el no cognoscitivismo ético (y el relativismo, pero obviamente no como posición de ética descriptiva) son: 1) No permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particu-

lar, de la justificación de las decisiones judiciales); y 2) es autofrustrante. La alternativa debería ser un objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defienda la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles.

10. Los aspectos más valiosos de las teorías críticas del Derecho giran en torno a la necesidad de insertar el Derecho (y la teoría del Derecho) en el medio social y plantearse su potencial de transformación social. Esta concepción (o una cierta manera de entenderla) muestra así la necesidad de que la teoría del Derecho incorpore ciertas categorías que generalmente quedan fuera del análisis (conflicto, trabajo, poder, necesidad social), asuma el carácter histórico del Derecho y de las categorías jurídicas y preste atención a los elementos desiguales e ideológicos del Derecho (también de los Derechos del Estado constitucional).



*Parte II*





## 5. Derecho y argumentación(\*)

---

(\*) *El Derecho como Argumentación. Concepciones de la argumentación.* Barcelona. Ariel. Cap. I. 2006, pp. 11-60.



## 1. Introducción. La argumentación jurídica y su auge actual

Parece obvio que la argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica, prácticamente en todas sus facetas: Tanto si se considera la aplicación como la interpretación o la producción del Derecho; y tanto si uno se sitúa en la perspectiva del juez como en la del abogado, el teórico del Derecho, el legislador(...). Lo que quizás sea menos obvio es aclarar en qué consiste –o en qué se traduce– exactamente esa importancia y, sobre todo, mostrar de qué manera la perspectiva argumentativa permite entender a fondo muchos aspectos del Derecho y de la teoría jurídica. También provee, en fin, de instrumentos sumamente útiles para operar con sentido en el Derecho; particularmente, en los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales.

Una cierta dificultad para lograr todos esos objetivos surge de la oscuridad que rodea a la expresión «argumentación jurídica» y a muchas otras que pueden considerarse más o menos sinónimas (o parcialmente sinónimas): «Argumento», «razonamiento jurídico», «lógica jurídica», «método jurídico». A lo largo del libro se irá aclarando en qué sentido hablo de argu-

mentación jurídica (o, mejor, en qué sentidos: Una de las ideas centrales del mismo es que existen diversas concepciones o dimensiones de la argumentación con relevancia jurídica), pero ya ahora conviene hacer algunas precisiones iniciales.

La primera es que por argumentación jurídica no entiendo lo mismo que por lógica jurídica, aunque si se adoptara una concepción suficientemente amplia de la lógica (que incluyera, por ejemplo, el conjunto de temas tratados por Aristóteles en el *Organon*), no habría prácticamente nada –ningún tema de los que aquí se abordarán– que no pudiera ser considerado como perteneciente a la lógica, a la lógica jurídica. De hecho, la expresión «lógica» se ha usado –y se usa– con una enorme cantidad de significados, uno de los cuales (en cuanto adjetivo) equivaldría a «racional», «aceptable», «fundado». De todas formas, hoy es frecuente contraponer el enfoque lógico de la argumentación a otros de carácter retórico, tópico, comunicativo, etc., y aquí seguiré básicamente ese uso, bastante sólidamente establecido, por lo demás. Dicho en forma aproximativa, la lógica –la lógica formal– entiende los argumentos como encadenamientos de enunciados, en los que, a partir de algunos de ellos (las premisas) se llega a otro (la conclusión). Otros enfoques pueden consistir en ver la argumentación como una actividad, una técnica o un arte (el *ars inveniendi*) dirigido a establecer o descubrir las premisas; como una técnica dirigida a persuadir a otro u a otros de una determinada tesis; o como una interacción social, un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos sujetos y que debe desarrollarse conforme a ciertas reglas.

Por lo demás, la cuestión de las relaciones entre el Derecho y la lógica es compleja y resulta bastante oscurecida por la imprecisión con que suele hablarse de «lógica» en el ámbito del Derecho (y en muchos otros ámbitos). En realidad, viene a ser uno de los temas clásicos del pensamiento jurídico, que suele abordarse de manera muy distinta, según las culturas jurídicas y la época de que se trate. Hablando muy en general, podría decirse que, en la cultura occidental, ha habido momentos (y direcciones del pensamiento jurídico) en los que Derecho y lógica parecen haber tendido a aproximarse (por ejemplo, en el iusnaturalismo racionalista), y otros en los que la relación habría sido más bien de tensión (como ocurre con el movimiento antiformalista o realista). Como ejemplo de esto último, es inevitable citar la conocidísima frase del juez Holmes, al comienzo de su obra *The common law*: «La vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia» (Holmes, 1963, p. 1). Pero esas palabras se han malinterpretado con no poca frecuencia, seguramente debido a la mencionada oscuridad de la expresión «lógica». Parece bastante razonable entender que lo que pretendía Holmes al escribir esas líneas no era afirmar que en el Derecho no hubiera lógica: Holmes era plenamente consciente de la importancia del análisis lógico de los conceptos jurídicos, y sus decisiones —particularmente sus votos disidentes— son ejemplos destacados de cómo usar persuasivamente la lógica. Lo que pretendía era más bien contraponer el formalismo jurídico a una concepción instrumental o pragmatista del Derecho; vale decir, señalar que lo que guía el desarrollo del Derecho no es una idea inmutable de razón, sino la experiencia —la cultura— cambiante (vid. Menand,

1997, p. XXI). Dicho de otra manera, el aforismo de Holmes iría contra la «lógica», pero entendida en un sentido que nada tiene que ver con cómo hoy se emplea –técnicamente– la expresión.

También merece la pena resaltar que cuando hoy se habla de «argumentación jurídica» o de «teoría de la argumentación jurídica» no se está diciendo algo muy distinto a lo que anteriormente se llamó más bien «método jurídico», «metodología jurídica», etc. Resulta así significativo que en las primeras páginas de su libro *Teoría de la argumentación jurídica* (una de las obras más influyentes en Europa y Latinoamérica en las últimas décadas), Robert Alexy muestra explícitamente que lo que él pretende es abordar, centralmente, los mismos problemas que habían ocupado a los autores de los más influyentes tratados de metodología jurídica (Larenz, Canaris, Engisch, Esser, Kriele...): vale decir, aclarar los procesos de interpretación y aplicación del Derecho y ofrecer una guía y una fundamentación al trabajo de los juristas. En mi opinión, la diferencia en el uso que hoy se da a la expresión «argumentación jurídica» frente a la de «método jurídico» radica esencialmente en que la primera tiende a centrarse en el discurso jurídico justificativo (particularmente, el de los jueces), mientras que «método jurídico» (por lo menos entendido en un sentido amplio) tendría que hacer referencia también a otra serie de operaciones llevadas a cabo por los juristas profesionales y que no tienen estrictamente (o no solo) un carácter argumentativo: Por ejemplo, encontrar el material con el que resolver un problema o adoptar una decisión en relación con un caso (en la medida en que se distingue de la justificación de esa decisión). De hecho, lo que puede

llamarse «teoría estándar de la argumentación jurídica» parte de una distinción clara (que no suele encontrarse en los cultivadores más tradicionales de la metodología jurídica), por un lado, entre la decisión (judicial) y el discurso referido o conectado con la decisión; y, por otro lado (en el plano del discurso), entre el de carácter justificativo y el descriptivo y explicativo; la teoría de la argumentación jurídica de nuestros días se ocupa, casi exclusivamente, del discurso justificativo de los jueces, esto es, de las razones que ofrecen como fundamento –motivación– de sus decisiones (el contexto de la justificación de las decisiones), y no de la descripción y explicación de los procesos de toma de decisión (el contexto del descubrimiento) que exigiría tomar en cuenta factores de tipo económico, psicológico, ideológico, etc.

Sin embargo, como el lector irá viendo, este libro se inspira en una concepción muy amplia de la argumentación jurídica, que tiende a conectar la actividad argumentativa con los procesos de toma de decisión, de resolución de problemas jurídicos, y que, en cierto modo, relativiza las anteriores distinciones; de manera que podría decirse que el enfoque argumentativo del Derecho aquí propuesto consiste esencialmente en considerar los problemas del método jurídico desde su vertiente argumentativa. Por lo demás, en el mundo anglosajón –particularmente en el de los Estados Unidos– la expresión «razonamiento jurídico» («*legal reasoning*») se ha usado tradicionalmente –y sigue usándose– en un sentido muy amplio y prácticamente equivalente al de método jurídico (vid., p. ej., Burton, 1985; Neumann, 1998). En los libros de «*Legal reasoning*» se trata de enseñar a los estudiantes a «pensar como un jurista» (algo

fundamental en un sistema educativo dirigido casi exclusivamente a formar buenos profesionales) y cumplen una función –propedéutica– semejante a la que muchas veces se ha atribuido a la lógica en relación con el resto de las ciencias.

Pues bien, en cualquiera de los sentidos en los que cabe hablar de razonamiento jurídico o de argumentación jurídica, no hay duda de que sus orígenes son muy antiguos. El estudio de las formas lógicas de los argumentos utilizados por los juristas («a pari», «a fortiori», «a contrario»...) se remonta por lo menos al Derecho romano. El *ars inveniendi*, la tópica, habría sido, según Viehweg (1986), el estilo característico de la Jurisprudencia en la época clásica del Derecho romano y habría durado en Europa por lo menos hasta la llegada del racionalismo. Y el origen mismo de la retórica (en Sicilia, en el siglo V a.C.) no es otro que el Derecho: El considerado como primer tratado de retórica -el *Corax*- surge de la necesidad de persuadir a los jueces en relación con determinadas disputas sobre la propiedad de la tierra.

Ahora bien, este interés de siempre por la argumentación jurídica -y por la argumentación en general- ha aumentado enormemente en los últimos tiempos. Aquí habría que hablar quizás de dos momentos de inflexión. Uno es el de los años cincuenta del siglo XX, cuando se produce un gran resurgimiento de la aplicación de la lógica al Derecho, en parte por la posibilidad de aplicar al mismo las herramientas de la «nueva» lógica matemática [la publicación de la *Lógica jurídica* de Ulrich Klug es de 1951, pero la elaboración del libro data de finales de los años treinta (vid. Atienza, 1991)], y en parte como consecuencia del nacimiento de la lógica

deóntica o lógica de las normas (el trabajo pionero de von Wright es de 1951); pero también de otras tradiciones en el estudio de los argumentos, representadas por la tópica de Viehweg (sumamente afín, por lo demás, a la concepción del razonamiento jurídico de un autor norteamericano, Levi, que publica por las mismas fechas un influyente libro sobre el tema), la nueva retórica de Perelman, o la lógica «operativa» o informal de Toulmin. Por eso, cuando hoy se habla de argumentación jurídica (o de teoría de la argumentación jurídica) se hace referencia a un tipo de investigación que no se limita al uso de la lógica formal (el análisis lógico-formal sería solo una parte de la misma) e incluso a veces a un tipo de investigación que se contrapone al de la lógica (al de la lógica formal).

Otro momento de inflexión se produce a finales de los años setenta, cuando se elabora el núcleo conceptual de lo que puede considerarse como la «teoría estándar de la argumentación jurídica» (vid. Atienza, 1991), que aparece expuesta en diversos trabajos de Wróblewski, Alexy, MacCormick, Peczenik y Aarnio; aunque poniendo el acento en otros aspectos de la argumentación jurídica (lo que luego llamaré su dimensión «material»), por esa época se publican también una serie de trabajos de Dworkin, Summers y Raz que han influido decisivamente en la manera de entender el discurso justificativo (de carácter judicial). El enorme interés existente por la argumentación jurídica a partir de estas fechas es muy fácil de constatar. Basta con examinar los índices de las revistas de teoría o de filosofía del Derecho, o con acudir a diversos números de esas mismas revistas en los que se promovieron encuestas para conocer cuáles eran los

temas de esas disciplinas que sus cultivadores consideraban de más interés. Pero además, no se trata tan solo de un interés teórico, de los filósofos del Derecho, sino de un interés que estos comparten con los profesionales y con los estudiantes de Derecho.

## 2. Factores que explican el fenómeno

¿A qué se debe entonces el carácter central que la argumentación jurídica ha pasado a tener en la cultura jurídica (occidental)? Hay varios factores que, tomados conjuntamente –de hecho, están estrechamente vinculados–, ofrecen una explicación que me parece satisfactoria.

El primero es de naturaleza teórica. Las concepciones del Derecho más características del siglo XX han tendido a descuidar –o, al menos, no han centrado particularmente su atención en– la dimensión argumentativa del Derecho. Se entiende por ello que exista un interés –digamos, un interés de conocimiento– en construir teorías jurídicas más completas y que llenen esa laguna. En seguida desarrollaré este aspecto con algún detalle.

El segundo factor –obviamente conectado con el anterior– es de orden práctico. La práctica del Derecho –especialmente en los Derechos del Estado constitucional– parece consistir de manera relevante en argumentar, y las imágenes más populares del Derecho (por ejemplo, el desarrollo de un juicio) tienden igualmente a que se destaque esa dimensión argumentativa. Esto resulta especialmente evidente en la cultura jurídica anglosajona –sobre todo, en la norteamericana– con sistemas procesales basados en el principio contradictorio (en los sistemas continentales, solo el proceso civil –pero no el

penal— se basa en ese principio) y en la que el Derecho es contemplado tradicionalmente no desde el punto de vista del legislador o desde la perspectiva abstracta del teórico o del dogmático del Derecho (como ocurre en las culturas del continente europeo y de Latinoamérica), sino desde la perspectiva del juez y del abogado. Ello explica que, aunque los norteamericanos no hayan sentido con gran fuerza —ni, me parece, lo sienten ahora—, la necesidad de construir una teoría de la argumentación jurídica, la práctica de la argumentación constituye el núcleo de la enseñanza del Derecho en las Facultades —mejor, escuelas profesionales— de prestigio desde la época de Langdell: Instituciones como el *case method*, el método socrático o las *Moot Courts* son la prueba de ello (vid. Pérez Lledó, 2002).

Ahora bien, lo que resulta aún más llamativo —estamos tratando del auge actual de la argumentación jurídica— es que el aspecto argumentativo de la práctica jurídica resulta también crecientemente destacado en culturas y ordenamientos jurídicos que obedecen a la otra gran familia de sistemas jurídicos occidentales: La de los Derechos romano-germánicos. El caso español puede servir muy bien de ejemplo para ilustrar ese cambio. Me limitaré a señalar dos datos. El primero —cuyo carácter evidente no necesita de prueba alguna— es que, a partir básicamente de la Constitución de 1978, las sentencias de los jueces están más y mejor motivadas de lo que era usual con anterioridad; a ello ha contribuido mucho la idea —aceptada por los tribunales tras algunos titubeos iniciales— del carácter obligatorio de la Constitución y la propia práctica (de exigente motivación) del Tribunal Constitucional. Otro dato de interés lo constituye

la introducción del jurado (cumpliendo precisamente con una exigencia constitucional), en 1995. Frente a la alternativa del jurado puro anglosajón y del sistema de escabinado vigente en diversos países europeos, se optó por el primero de ellos, pero con la peculiaridad de que el jurado español tiene que motivar sus decisiones: No puede limitarse a establecer la culpabilidad o no culpabilidad, sino que tiene que ofrecer también sus razones. Naturalmente, se trata de una forma en cierto modo peculiar de motivar, de argumentar (la motivación se contiene en el conjunto de respuestas dadas a las preguntas elaboradas –en ocasiones pueden pasar de 100– por el juez que preside el jurado; no es, por tanto, una motivación discursiva (Atienza, 2004) como la que puede encontrarse en una sentencia judicial); y muchas de las críticas que se han dirigido al funcionamiento de la institución vienen precisamente de las dificultades para llevar a cabo esta tarea. Pero lo que me interesa destacar es hasta qué punto se considera hoy que la práctica del Derecho –la toma de decisiones jurídicas– debe ser argumentativa.

El tercero de los factores se vincula con un cambio general en los sistemas jurídicos, producido con el paso del «Estado legislativo» al «Estado constitucional». Por Estado constitucional, como es obvio, no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado en el que la Constitución (que puede no serlo en sentido formal: puede no haber un texto constitucional) contiene: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales (vid. Aguiló, 2001); b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan

(también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho, y c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes. Como consecuencia, el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: La fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos.

Además –junto al del constitucionalismo–, hay otro rasgo de los sistemas jurídicos contemporáneos que apunta en el mismo sentido: Me refiero al pluralismo jurídico o, si se quiere, a la tendencia a borrar los límites entre el Derecho oficial o formal y otros procedimientos –jurídicos o parajurídicos– de resolver los conflictos. Al menos en principio, la tendencia hacia un Derecho más «informal» (a la utilización de mecanismos como la conciliación, la mediación, la negociación) supone un aumento del elemento argumentativo (o «retórico») del Derecho, frente al elemento burocrático y al coactivo (*vid.* Santos, 1980; 1998a).

El cuarto de los factores es pedagógico y, en cierto modo, es una consecuencia –o, si se quiere, forma parte– de los anteriores. Recorro otra vez a un ejemplo español. El aspecto que tanto los profesores como los estudiantes de Derecho consideran más negativo del proceso educativo podría sintetizarse en este lema: «¡La enseñanza del Derecho debe ser más práctica!» La expresión «práctica» es, por supuesto, bastante oscura (como lo es el término «teoría» al que suele acompañar) y puede entenderse en diversos sentidos. Si se interpreta como una enseñanza que prepare para ejercer con éxito alguna de las muchas profesiones jurídicas que se le ofrecen al licenciado en Derecho o para formar a juristas capaces de actuar con sentido (lo que puede querer decir algo distinto a «con éxito profesional») en el contexto de nuestros sistemas jurídicos, entonces una enseñanza más práctica significará una enseñanza menos volcada hacia los contenidos del Derecho y más hacia el manejo –un manejo esencialmente argumentativo– del material jurídico. Utilizando la terminología de los sistemas expertos, cabría decir que de lo que se trata no es de que el jurista –el estudiante de Derecho– llegue a conocer la información que se contiene en la base de datos del sistema, sino de que sepa cómo acceder a esa información, a los materiales jurídicos (es lo que los norteamericanos llaman *Legal research*), y cuál es –y cómo funciona– el motor de inferencia del sistema, o sea, el conocimiento instrumental para manejar ese material (el *Legal method* o el *Legal reasoning*: Cómo hace el jurista experto –cómo piensa– para, con ese material, resolver un problema jurídico). Al final, pues, lo que se debería propugnar no es exactamente una enseñanza más práctica (menos teórica) del

Derecho, sino una más metodológica y argumentativa. Si se quiere, al lado del lema «la enseñanza del Derecho debe ser más práctica!», habría que poner este otro: «¡No hay nada más práctico que la buena teoría y el núcleo de esa buena teoría es argumentación!».

Como antes se ha dicho, ese tipo de enseñanza «práctica» del Derecho ya existe. Pero no hay por qué considerarlo como un modelo ideal, puesto que no lo es. Y no lo es, en mi opinión, por una serie de factores que tienen que ver precisamente con la argumentación. Cuando se examinan las críticas que suelen dirigirse a las grandes escuelas de Derecho norteamericanas (*vid.* Pérez Lledó, 2002), nos encontramos, por un lado, con objeciones que apuntan a un exceso de casuismo, a la falta de una mayor sistematicidad y, por otro lado, con deficiencias que se refieren a elementos ideológicos del sistema educativo: Generar una aceptación acrítica del Derecho; olvidar los aspectos no estrictamente profesionales; generar entre los futuros juristas un escepticismo radical, una visión puramente instrumental del Derecho que, en el fondo, lleva a pensar que lo que es técnicamente posible (usando el Derecho aunque sea de manera torticera) es también éticamente aceptable. Pues bien, yo diría que todo eso es, en cierto modo, una consecuencia de haber desarrollado un modelo –una concepción– de la argumentación jurídica que potencia casi exclusivamente los elementos de tipo dialéctico y retórico, en detrimento de lo que luego llamaré elementos formales y materiales de la argumentación: El aspecto más estrictamente lógico y la justificación en sentido estricto de las decisiones.

El último (quinto) factor es de tipo político. Hablando en términos generales, las sociedades occidentales han sufrido un proceso de pérdida de legitimidad basada en la autoridad y en la tradición; en su lugar – como fuente de legitimidad– aparece el consentimiento de los afectados, vale decir la democracia. El proceso tiene lugar en todas las esferas de la vida, y explica que el interés creciente por la argumentación –un interés ligado, pues, al ascenso de la democracia– no se circunscriba ni mucho menos al campo del Derecho. En todo caso, el fenómeno de constitucionalización del Derecho al que antes me he referido supone, por un lado, un reflejo de la legitimidad de tipo democrático pero, por otro lado, incluye un elemento de idealidad –los derechos humanos– que va más allá de la democracia o, si se quiere, que apunta a otro sentido de la democracia. Dicho de otra manera, la vinculación de la argumentación con la democracia varía según cómo se entienda la democracia. Si se concibe simplemente como un sistema de gobierno –un procedimiento de toma de decisiones– en el que se considera las preferencias de todos (donde funciona la ley de la mayoría), es obvio que existe un espacio amplio para la argumentación –mucho más amplio que en un Estado no democrático– aunque no necesariamente –o no siempre– para una argumentación de tipo racional que busque no simplemente la persuasión, sino la corrección (si se quiere, la persuasión racional). Pero las cosas son distintas en el caso de lo que suele llamarse democracia deliberativa, esto es, la democracia entendida como un método en el que las preferencias y los intereses de las gentes pueden ser transformados a través del diálogo racional, de la deliberación colectiva.

Esa democracia (naturalmente, una idea regulativa, un ideal, pero no un desvarío de la razón) presupone ciudadanos capaces de argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y las decisiones de la vida en común (*vid.* Nino, 1996).

### 3. Concepciones del Derecho: Los teóricos y los prácticos

Por concepción del Derecho entiendo un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación, a una serie de cuestiones básicas en relación con el Derecho (Atienza, 2001): a) Cuáles son sus componentes básicos; b) qué se entiende por Derecho válido y cómo se trazan los límites entre el Derecho y el no Derecho; c) qué relación guarda el Derecho con la moral y con el poder; d) qué funciones cumple el Derecho, qué objetivos y valores deben –o pueden– alcanzarse con él; e) cómo puede conocerse el Derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; f) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del Derecho; y g) quizás algunas otras.

En el siglo XX, y en relación con los sistemas jurídicos occidentales, parece haber existido, básicamente, tres conjuntos de respuestas, de concepciones, que han jugado un papel central, y otras dos a las que podría considerarse periféricas. Las centrales habrían sido: El normativismo positivista, el realismo (también una forma de positivismo) y el iusnaturalismo. Mientras que en la periferia habría que situar al formalismo jurídico, y a las concepciones escépticas del Derecho (hasta la séptima década del siglo XX, esencialmente, las corrientes

de inspiración marxista, y desde entonces, las llamadas teorías «críticas» del Derecho, mezcla de marxismo y alguna otra cosa).

Muchas veces se ha caracterizado a las tres primeras concepciones señalando que cada una de ellas se fija, respectivamente, en el elemento normativo, conductista (sobre todo, la conducta de los jueces) y valorativo del Derecho. Recurriendo a una metáfora arquitectónica, es como si el edificio del Derecho se viera preferentemente desde el punto de vista de su estructura, de su funcionalidad o de su idealidad. No es una idea desacertada y, en cierto modo, contribuye a explicar la pujanza de esas tres concepciones del Derecho. De hecho, lo mismo puede decirse de la propia arquitectura que permite, típicamente, esos tres enfoques. Pero ese esquema —en sí, excesivamente vago— necesita ser enriquecido (si se quiere, «cruzado») con las respuestas que se den a la anterior batería de preguntas, para evitar así una construcción insuficiente (o peor que insuficiente: confusa) de esas concepciones. Esa confusión tiene lugar, por ejemplo, cuando, para caracterizar el iusnaturalismo, se elige solo la respuesta a alguna de las anteriores cuestiones, y se confronta con el iuspositivismo del que, por otra parte, se destacan sus respuestas a otras de las preguntas. Así, es bastante usual presentar al positivismo jurídico a partir de la llamada «tesis de las fuentes sociales del Derecho», vale decir (entendida en sentido amplio), la tesis de que el Derecho es un fenómeno convencional que se crea y se modifica por actos humanos; lo cual permite diferenciar esa postura del iusnaturalismo teológico de otras épocas, pero más difícilmente del iusnaturalismo contemporáneo (por más que el elemento teológico o religioso no haya desaparecido

de todas las actuales versiones del iusnaturalismo). Y algunos iusnaturalistas, por su lado, ponen el énfasis en la tesis de la necesaria conexión entre el Derecho y la moral, en la imposibilidad de distinguir netamente entre el ser y el deber ser, en la idea de que el Derecho no puede tener cualquier contenido, etc.; pero no es nada obvio que eso permita, por sí mismo, caracterizar una concepción del Derecho: Dicho de otra manera, se puede suscribir sin necesidad de hacer profesión de iusnaturalismo; y es una tesis que, si no se acompaña de alguna otra (como la de la no completa autonomía del Derecho con respecto a la religión), dejaría fuera a buena parte de la tradición iusnaturalista.

El criterio múltiple antes sugerido permite, me parece, un análisis comparativo que podría arrojar resultados interesantes en este sentido. Pero no voy a desarrollarlo aquí. El esquema solo lo utilizaré como una especie de marco conceptual para explicar por qué ninguna de esas concepciones incorpora una teoría satisfactoria de la dimensión argumentativa del Derecho.

Pero antes de pasar ahí, conviene hacerse la pregunta de si o hasta qué punto— esas concepciones (de los teóricos o de los filósofos) del Derecho tienen su reflejo en la práctica jurídica, cabe decir, si los jueces, abogados, etc., operan en el Derecho de acuerdo con alguna (o con alguna combinación) de esas concepciones. En principio, parecería que tendría que ser así, aunque resulta también razonable pensar que las concepciones del Derecho de los prácticos no presentan el grado de articulación interna que cabe encontrar en las obras de los filósofos del Derecho.

Lo que aquí entiendo por concepción del Derecho de los prácticos guarda una conexión estrecha con lo que Friedman (1978) ha llamado *cultura jurídica interna*, esto es, la de los que desempeñan las actividades jurídicas especializadas en una sociedad y que contraponen a la *cultura jurídica externa*, las ideas, actitudes, etc., que sobre el Derecho tiene la población en general. Precisamente, para Friedman, el razonamiento jurídico, la práctica judicial consistente en dar razones de las decisiones, es un elemento significativo de esa cultura interna, y desarrolla una tipología de los sistemas jurídicos, según la forma —el estilo— que asume en ellas el razonamiento jurídico. A tal efecto, toma en cuenta dos perspectivas. Desde la primera de ellas, un sistema jurídico puede ser *cerrado*, si las decisiones solo pueden considerarse, como premisas de las mismas, «proposiciones del Derecho» (vale decir, se parte de una distinción entre proposiciones que son jurídicas y otras que no lo son); o *abierto*, si no hay un límite para lo que puede ser considerado como una premisa o una proposición del Derecho (no opera la anterior distinción). Desde la segunda perspectiva, habría sistemas jurídicos que aceptan la innovación, esto es, la posibilidad de que pueda surgir nuevo Derecho; y otros que no. Resultan así cuatro tipos de sistemas jurídicos: 1) Cerrados y que rechazan la innovación: El Derecho judío clásico, el Derecho musulmán o el *common law* de la época clásica, 2) cerrados y que admiten la innovación: El *common law* desde el siglo XIX o los Derechos codificados de tipo continental-europeo. 3) Abiertos, pero que no aceptan la innovación: Derechos consuetudinarios. 4) Abiertos y que aceptan la innovación: Se aproximaría a lo que Weber entendía por «racionalidad

sustantiva»: Sistemas de legalidad revolucionaria, como el Derecho soviético de la primera época; o el tipo de Derecho orientado hacia *policies*, característico del Estado social (del Welfare State).

Sobre la base del anterior esquema, parece que se debería que llegar a la conclusión de que los sistemas jurídicos evolucionados de nuestros días obedecen básicamente a una combinación de elementos del tipo 2) y 4), o bien que están a caballo entre uno y otro: Son sistemas innovadores y relativamente cerrados, lo que no quiere decir que todos los sistemas y/o sectores del Derecho lo sean en el mismo grado. Esta caracterización puede muy bien servir de marco para situar la diversidad de concepciones del Derecho que cabe encontrar entre los jueces, los abogados, etc., que operan bajo un determinado sistema jurídico. Así, refiriéndose al Derecho norteamericano y a sus jueces, Summers ha identificado dos diversas concepciones operativas (*working conceptions*) que no constituyen una necesidad lógica, pero sí una necesidad pragmática (para operar en el sistema). Correspondería, según él (*vid.* Summers, 1992), distinguir entre la concepción que ve el Derecho como un conjunto de reglas preexistentes (preexistentes a la labor judicial) y la que lo contempla como un método para reconciliar, mediante razones, puntos de vista que se encuentran en conflicto. Estas dos concepciones podrían evaluarse desde tres perspectivas: Facilitar la identificación de los fenómenos normativos preexistentes; interpretar ese material; y crear nuevo Derecho (innovar el Derecho). Summers llega a la conclusión de que, desde la tercera de las perspectivas, la concepción del Derecho como razón es superior, esto es, resulta más operativa.

Un estudio a fondo (y suficientemente detallado) de la diversidad de concepciones de los prácticos (y de los teóricos, los dogmáticos) del Derecho presupone la realización de investigaciones de carácter empírico, que deben contar además con las diferencias existentes en función de las profesiones, las peculiaridades de cada sistema jurídico y el momento temporal elegido. Pero hay ciertos rasgos, más o menos generales, que pueden conjeturarse sin demasiado temor a equivocarse (a que sean refutados). Por ejemplo:

1. La cultura jurídica norteamericana (interna y externa) es mucho menos formalista que la de los países de Derecho continental y, en especial, que la española y la de los países latinoamericanos. Así, en la cultura académica de los Estados Unidos, la filosofía moral y política y/o el análisis económico del Derecho forma hoy parte del bagaje cultural de un jurista, lo que no puede decirse de nuestras Facultades de Derecho; con anterioridad, ese papel de apertura hacia el exterior parece haberlo cumplido la literatura y la retórica (Kronman, 1993). Utilizando el anterior esquema de Summers, no sería muy aventurado suponer que lo que él llama concepción del Derecho como razón es mucho más fácil de encontrar en los Estados Unidos que en Europa donde, por el contrario, tiene mucha más fuerza la visión del Derecho como un conjunto de normas preexistentes. Por otro lado, dentro de los sistemas de *common law*, el Derecho norteamericano parece ser más sustantivista (más abierto, al aceptar como «proposiciones del Derecho» –fuentes– criterios no basados en la autoridad) y

el inglés más formalista (con un sistema de fuentes más inmediatamente ligado a las autoridades) (*vid.* Atiyah y Summers, 1987).

2. Lo anterior lleva a (o explica) que la cultura jurídica norteamericana –hablando siempre en términos muy generales– propenda más bien hacia el realismo y no sienta un particular rechazo por el iusnaturalismo (o por cierta manera de entender la doctrina del Derecho natural). Mientras que el polo de atracción de los juristas europeos en el siglo XX (incluyendo aquí a los ingleses) lo ha constituido más bien el positivismo normativista. Así se explica, por ejemplo, la escasa influencia de Kelsen en la cultura jurídica norteamericana; o el surgimiento de teorías como la de Dworkin que, obviamente, obedece al modelo de considerar el Derecho como «razón».
3. Los cambios en el sistema jurídico (y en el sistema social) que han ocurrido en las últimas décadas llevan a que el «modelo norteamericano» esté, en cierto modo, ganando terreno. Por ejemplo, el desarrollo del Derecho europeo supone para los juristas la necesidad de operar dentro de ordenamientos jurídicos de gran complejidad, con sistemas de fuentes (y estilos de razonamiento) distintos, frecuentes conflictos de leyes, etc.; parece obvio el paralelismo con la complejidad jurídica norteamericana, en donde opera tanto el *common law* como el Derecho legislado, a lo que se une la existencia tanto de reglamentaciones y jurisdicciones de cada Estado como de carácter federal.
4. Por lo que se refiere a la cultura jurídica interna española –la de los prácticos y la de los profesores

de Derecho—, la situación podría describirse de la siguiente manera: a) subsiste un fondo formalista que, sin embargo, tiende progresivamente a debilitarse; b) el modelo de positivismo jurídico a la manera Kelsen suscita un rechazo bastante generalizado, En particular entre los jueces: En parte porque el modelo de juez de la teoría pura no se ve que refleje la realidad de la aplicación práctica del Derecho, y en parte quizás también porque supone una imagen poco lúcida de la función judicial. Una concepción como la de Hart o Carrió, por el contrario, resulta mucho más atractiva: Vale decir, la idea de que en algunos —pocos— casos los jueces crean en mayor o en menor medida Derecho, mientras que en otros —en la mayoría— se limitan a aplicarlo; c) del modelo de Dworkin quizás pueda decirse que resulta atractivo, pero es bastante ajeno a los parámetros de nuestra cultura jurídica; sus elementos «comunitaristas», hermenéuticos, no son fácilmente comprensibles: Los jueces —como el resto de los juristas— en España no tienen en absoluto<sup>(1)</sup> la impresión de que sean partícipes de una tarea común del tipo de la escritura de una novela en cadena, o de la construcción de una catedral (este último ejemplo es del último Nino); d) Algo de «realismo jurídico» está bien, pero demasiado lleva al escepticismo, y esta última no es una actitud ante el Derecho a la que propendan los jueces y los profesores (quizás sea más frecuente entre los abogados). Pocos aceptarían, por ejemplo, la tesis

---

(1) Aquí habría que excluir al Tribunal Constitucional y quizás a algún otro alto tribunal.

de la indeterminación radical del Derecho, según la cual, «ni las leyes ordenan la sociedad ni resuelven los conflictos, sino que, a todo lo más, son directrices, puntos de referencia que el legislador pone en manos de los funcionarios y de los jueces, a sabiendas de que solo muy parcialmente van a aplicarlas y que lo decisivo será siempre no la voluntad del legislador sino el criterio personal del operador» (Nieto, 1998, p. 15); e) del iusnaturalismo (la concepción que, al menos como ideología, habrá sido la más familiar para una buena parte de los jueces y de los profesores españoles en su período de formación) no parece quedar casi nada. Si acaso, la propensión a identificar (pero no en forma explícita) la Constitución con una especie de Derecho natural, de principios indiscutibles que corresponde encontrar en ese texto, interpretado por el Tribunal Constitucional; o, dicho de otra manera, la defensa de un positivismo ideológico (la otra cara de cierto iusnaturalismo) que identifica sin más el Derecho con la justicia y que lleva por tanto, a que el jurista piense que no tiene por qué embarcarse en ninguna aventura teórica que le lleve más allá del Derecho positivo; no es solo que la filosofía moral y política sea peligrosa para el jurista, sino que no la necesita.

#### 4. El formalismo jurídico

Antes he dicho que el formalismo jurídico ha sido una concepción del Derecho extrema o marginal en el siglo XX. Pero esta es una afirmación que necesita ser matizada, al menos en los dos siguientes sentidos. Por

un lado, una cosa es que, efectivamente, la teoría –o la filosofía– del Derecho del siglo XX no se haya visto a sí misma, en general, como formalista, y otra que el formalismo no haya sido –y no siga siendo– una actitud frecuente en la práctica del Derecho; es decir, aquí parece existir un cierto distanciamiento entre las concepciones del Derecho de los teóricos y las concepciones «operativas» del Derecho de los prácticos. Por otro lado, el término «formalismo» es oscurísimo y, aunque hoy tienda a usarse la expresión en un sentido peyorativo, la existencia de tópicos como «las formas son importantes en el Derecho» y otros por el estilo apuntan a cierta ambigüedad de la noción de formalismo que conviene aclarar. Pues existen, al menos, estas dos maneras distintas de entender el formalismo.

A) El formalismo como característica del Derecho moderno, que viene a identificarse con lo que Weber llamó «racionalidad formal»<sup>(2)</sup>. Esta misma idea, expresada en la terminología de la teoría del Derecho contemporánea, significa que el Derecho moderno consiste esencialmente en reglas, vale decir, las premisas de los razonamientos jurídicos funcionan como razones excluyentes o perentorias, de manera que en muchos o en la mayoría de los casos los decisores (los aplicadores) pueden prescindir de las circunstancias particulares de los casos, esto es, de las razones para la decisión que en principio serían de aplicación para decidir el caso, pero que, al no figurar en la regla abstracta preestablecida, el decisor no necesita tomar en consideración; lo que

---

(2) «Legalismo», tal y como se usa en ciertos contextos, sería una expresión sinónima.

significa también que la aplicación de las normas puede hacerse sin que entren en juego los criterios morales y políticos del aplicador. La práctica de la aplicación del Derecho –de la toma de decisiones jurídicas–, salvo en supuestos marginales, resulta así no sólo simplificada, sino que se vuelve relativamente previsible, ya que esos órganos –los jueces– no necesitan llevar a cabo, en sentido estricto, una tarea deliberativa.

Pues bien, hay algunas líneas de desarrollo del Derecho contemporáneo que parecen ir en contra de esa tendencia al formalismo, a la racionalización formal del Derecho: El aumento creciente de las funciones del Derecho; la tendencia a una regulación jurídica cada vez más particularizada en muchos ámbitos; la importancia de las normas de fin, esto es, normas que señalan objetivos, estados de cosas a obtener; el aumento de los factores que contribuyen a minar el carácter «sistemático» del Derecho: Lagunas, contradicciones, etc., como consecuencia de la proliferación legislativa; la importancia creciente de los principios y de los valores jurídicos sustantivos. Sin embargo, parece también razonable pensar que se trata de tendencias que no pueden poner en cuestión ese fondo de formalismo; o, dicho de otra manera, si no fuese así, el sistema jurídico perdería sus señas de identidad con respecto a los otros subsistemas sociales, y otro tanto ocurriría con el razonamiento jurídico: No habría propiamente razonamiento jurídico si éste no tuviese, de alguna manera, un carácter «cerrado» en el sentido de Friedman. Me parece que ése es también el fondo de razón que late en la reivindicación de las formas –de cierto formalismo– en el Derecho. Y también la razón más poderosa para defender hoy el positivismo

jurídico (al que suele calificarse de «ético» o «axiológico»): No tanto porque suponga adherirse a la tesis de las fuentes sociales del Derecho o de la separación entre el Derecho y la moral, sino porque, al suscribir esas tesis, se está aceptando una determinada actitud moral frente al Derecho: Una actitud que consiste en limitar el poder de los intérpretes y de los aplicadores. Es el tipo de positivismo jurídico defendido hace ya tiempo por Scarpelli (1965; *vid.* Jori, 1987) y, más recientemente, por autores como Campbell (2002), Hierro (2002) o Atria (2002). No es cuestión de entrar aquí en la profusa discusión contemporánea en torno al positivismo jurídico (y sus variantes de «neopositivismo», «positivismo crítico», «positivismo incluyente», «positivismo excluyente», etc.), pero sí que parece importante resaltar que el peso del «formalismo», en el sentido en el que estoy usando la expresión, en los diversos sectores del Derecho no es uniforme (y no debe serlo): Es explicable –y justificable– que la aplicación del Derecho por muchos órganos burocráticos (particularmente si se sitúan en los niveles bajos de la estructura del sistema jurídico) obedezca casi exclusivamente a parámetros formalistas, pero no parece que tenga que ser lo mismo cuando se trata de tribunales superiores de Justicia y, por supuesto, del Tribunal Constitucional<sup>(3)</sup>.

B) El formalismo, entendido propiamente como una concepción del Derecho, es algo distinto (aunque tenga cierta conexión con el fenómeno anterior). Quizás

---

(3) Lo que justifica que esto sea así es lo que podría llamarse «las razones del formalismo»: Básicamente, la seguridad jurídica.

podría decirse que lo que une a las grandes corrientes formalistas del siglo XIX (la escuela de la exégesis, la jurisprudencia de conceptos, la *Analytical Jurisprudence* y el «formalismo jurisprudencial» norteamericano) es una tendencia a absolutizar los elementos formales del Derecho y a construir a partir de ahí una teoría –una ideología– que, a los efectos que aquí interesan, se caracteriza por la tendencia a la simplificación de las operaciones de aplicación e interpretación del Derecho. Como lo dirían Hart o Carrió: Por no ver los casos de la penumbra, los casos difíciles, y tratar a todos ellos como si fuesen casos fáciles. De ahí que la motivación, la argumentación de las decisiones, se vea en términos puramente deductivos o mecánicos (aunque no sea lo mismo una cosa y otra). Los formalistas, propiamente hablando, no necesitan una teoría de la argumentación jurídica. Les basta con la lógica deductiva, que algunos llegan a reducir incluso a un solo tipo de argumento: El *modus ponens*, el silogismo judicial.

Hay, desde luego, algo de cierto en la famosa –y hoy denostada en general– «teoría de la subsunción»: La justificación de decisiones que implican el establecimiento de normas concretas teniendo que basarse en ciertas normas –premisas– preestablecidas, supone que al menos uno de los pasos de la justificación tiene que ser deductivo.

Pero, por un lado, que uno de los elementos de la justificación sea deductivo (o pueda reconstruirse así) no significa identificar sin más justificación y justificación deductiva. Por otro lado, es importante no confundir –muchos formalistas lo han hecho– justificación y decisión: «decidir –según el acertado dictum de MacCor-

mick (1978)– no es deducir». Finalmente, el formalismo jurídico, en cuanto concepción del Derecho, es una cosa, y la lógica –formal– jurídica, otra. El análisis lógico del Derecho, del razonamiento jurídico, no tiene por qué incurrir en formalismo, aunque a veces lo haga. Contra lo que se estará prevenido no es contra la lógica jurídica (un instrumento simplemente esencial para el estudio y la práctica del razonamiento jurídico), sino contra el logicismo jurídico, contra la tendencia a reducir el razonamiento jurídico a sus elementos lógico-formales.

## 5. El positivismo normativista

Como antes se ha dicho, el positivismo normativista ha sido probablemente la concepción del Derecho más extendida entre los teóricos del Derecho europeos del siglo XX. Correspondería hablar aquí de dos formas básicas: Una, la más radical, está representada por el modelo kelseniano; la otra, más moderada y sofisticada, se identifica con la obra de Hart. La incompatibilidad de la concepción kelseniana del Derecho con la visión del Derecho como argumentación es, como en seguida se verá, un hecho manifiesto e indiscutible. En relación con Hart, sin embargo, el juicio tiene que ser mucho más matizado. Podría resumirse así: La visión del Derecho presente en su obra maestra, *El concepto de Derecho*, tiene poco que ver con el enfoque argumentativo del Derecho, pero Hart mostró en otros de sus escritos (posteriores a ese libro) un notable interés por los aspectos argumentativos del Derecho y, además, no puede olvidarse que, sobre la base de los presupuestos hartianos (y desarrollando su concepción del Derecho en ciertos

aspectos), se ha construido una de las teorías de la argumentación jurídica más influyentes e importantes de los últimos tiempos: La de Neil MacCormick.

El positivismo normativista ha sido también una concepción del Derecho de gran influencia en la filosofía del Derecho del siglo XX en el mundo hispano hablante. Y también aquí pueden encontrarse dos formas básicas que pueden ejemplificarse en las obras de Genaro Carrió, la una, y en las de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, la otra. La de Genaro Carrió es esencialmente semejante a la de Hart, aunque quizás pueda decirse que el autor argentino mostró desde siempre un mayor interés por la argumentación judicial y de los abogados. Probablemente, ello se deba a estos dos factores: Uno es la influencia que el realismo siempre tuvo en su obra (tanto el realismo americano como el escandinavo, el de Alf Ross); y el otro tiene que ver con el hecho de que Carrió ejerció durante mucho tiempo como abogado y luego llegó a ser presidente de la Corte Suprema de Argentina. En todo caso, merece la pena recordar aquí algunos datos significativos de su producción teórica. Carrió no solo tradujo el famoso librito de Levi sobre el razonamiento jurídico (Levi, 1964), sino que escribió una sugerente y atinada introducción a esa obra en la que señalaba las afinidades que presentaba con la tópicca jurídica de Viehweg; es el autor de un libro de gran éxito en el foro argentino sobre el recurso de amparo (la primera edición es de la última década del siglo XX [Carrió, 1967]) que constituye un magnífico ejemplo de cómo construir la dogmática jurídica desde un enfoque argumentativo del Derecho; y en los últimos años de su producción escribió dos pequeños manuales (dirigidos a

los abogados noveles) sobre cómo argumentar un caso y cómo fundamentar un recurso, a la manera de los libros estadounidenses de introducción al razonamiento jurídico (Carrió, 1987 y 1996). Sin embargo, las insuficiencias básicas que se encuentran en el enfoque de Hart (a las que luego me referiré) pueden también aplicarse, en lo esencial, a la obra de Carrió.

Como decía, la otra concepción de positivismo normativista que ha tenido -y tiene- una gran influencia en la filosofía del Derecho en lengua castellana está representada por la obra de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Hablando en términos generales, puede decirse que, desde el prisma argumentativo, la producción conjunta de estos dos autores se sitúa en un punto intermedio entre Kelsen y Hart. A diferencia de Kelsen (y de otros autores «irracionalistas», como Ross), Alchourrón y Bulygin siempre han defendido la tesis de que las decisiones jurídicas pueden (y deben) justificarse en términos lógico-deductivos; vale decir, que se pueden realizar inferencias normativas, que la lógica se aplica también a las normas. Incluso puede decirse que su tendencia ha sido la de identificar justificación y justificación lógica (deductiva); recientemente, Bulygin ha aceptado que «el modelo deductivo de justificación» «no excluye otros» (Bulygin, 1993), pero ni él ni Alchourrón han mostrado interés por esos otros modelos. Ello tiene que ver, en mi opinión, con su fuerte escepticismo en relación con la razón práctica y su tendencia al emotivismo en materia moral. De Hart (y de Carrió) les separa, precisamente, el mayor énfasis puesto en el análisis lógico formal del Derecho y en el escepticismo moral (Hart puede consi-

derarse como un objetivista mínimo en materia moral) y, quizás como consecuencia de ello, el que Alchourrón y Bulygin hayan elaborado una teoría del Derecho que, en cierto modo, se centra en los casos fáciles.

Lo que hace que la visión kelseniana del Derecho sea básicamente antagónica con respecto a una de tipo argumentativo son Los siguientes rasgos:

- A) El énfasis en el análisis estructural del Derecho, o sea, el Derecho visto como conjunto de normas, frente al enfoque funcional (sociológico) o el enfoque valorativo. Como es bien sabido, Kelsen defendió que el Derecho es una técnica de control social y dió considerable importancia a esa faceta, pero un presupuesto inamovible de su construcción teórica (probablemente traicionado en la elaboración de algunos de sus escritos) es la separación tajante entre la ciencia del Derecho (normativa y estructural) y la sociología del Derecho.
- B) Una teoría de la validez del Derecho –de las normas jurídicas– que lleva, en realidad, a considerar las cadenas de validez como cadenas de autoridades: En definitiva, la validez, para Kelsen, es una cuestión de fiar, no de argumentación racional.
- C) La consideración del Derecho como un objeto para ser conocido, más bien que como una actividad, una práctica, en la que se participa (por ejemplo, argumentando).
- D) El emotivismo ético, la consideración de la justicia como un ideal irracional y, en consecuencia, la negación de la posibilidad de la razón práctica.

- E) La tesis del último Kelsen (pero que no puede verse en absoluto como un radical cambio en su obra) de que no hay relaciones lógicas entre las normas, vale decir, la imposibilidad de justificar racionalmente las decisiones jurídicas o, dicho de otra manera, la negación radical del discurso justificativo. Bulygin (1988, p. 25) ha sugerido que esa actitud de Kelsen puede haberse debido a su escaso conocimiento de la lógica moderna;<sup>(4)</sup> pero, naturalmente, se trata de una tesis explicativa, no justificativa.
- F) Su forma de enfocar la interpretación y la aplicación del Derecho. Como es bien sabido, Kelsen relativizó la distinción tradicional entre la creación y la aplicación del Derecho y consideró que los órganos aplicadores (jueces o no) también crean Derecho; pero en esa producción del Derecho, las reglas del método jurídico –el razonamiento jurídico– no juegan prácticamente ningún papel. Más en concreto, a partir de la distinción entre el análisis estático y dinámico del Derecho, el lugar «natural» para dar cabida a la argumentación jurídica en la obra de Kelsen tendría que ser la dinámica del Derecho y, en particular, la teoría de la interpretación. Pero este es, quizás, el capítulo más insatisfactorio

---

(4) También Vernengo (1987) es de la opinión de que, pese a sus atisbos geniales, Kelsen nunca alcanzó una clara concepción de la lógica, en el sentido contemporáneo. Sobre esto, vid. Schmill (1993), el cual señala (en un trabajo publicado originariamente en 1978) el error de Kelsen (al sostener que la lógica no se aplica a las normas y el proceso de individualización de una norma, el cual no consiste en una inferencia lógica» (p. 46).

de la teoría pura (*vid.* Lifante, 1999). Kelsen distinguió entre la interpretación auténtica, la que llevan a cabo los órganos aplicadores, y la interpretación del científico del Derecho. La primera consiste en un acto de voluntad en el que la argumentación racional no juega ningún papel. Por el contrario, la interpretación del científico del Derecho es una actividad puramente cognoscitiva, pero bastante inútil: las normas jurídicas son marcos abiertos a diversas posibilidades, y lo único que correspondería es poner de manifiesto los diversos sentidos posibles, sin decantarse por ninguno de ellos<sup>(5)</sup>.

Como antes he anticipado, en relación con la concepción hartiana del Derecho, no se puede emitir un juicio semejante. Es más, varios de sus trabajos (*vid.* Hart, 1983) pueden verse como contribuciones de interés a la teoría de la argumentación jurídica. Así, a propósito de Bentham, Hart desarrolló la idea de considerar a las normas jurídicas como razones perentorias, lo que constituye un aspecto central de lo que llamaré «concepción material» de la argumentación y de la que más adelante se hablará. También es relevante su artículo sobre la teoría del Derecho norteamericana en el que fija su posición, a propósito de la interpretación y aplicación del Derecho, entre la pesadilla de los realistas extremos que exacerban los elementos de indeterminación del Derecho y el noble sueño de quienes, como sobre todo Dworkin,

---

(5) Una aguda y, en mi opinión, radicalmente acertada crítica de este tipo de positivismo puede encontrarse en un libro de Lon Fuller del año cuarenta del pasado siglo: *The Law in quest of itself*.

sobreestiman el papel de la razón práctica y la capacidad del Derecho para proveer de una solución correcta para todos los casos difíciles. Es significativo su interés por la obra de Perelman que se plasma en el hecho de que hiciera una presentación para la primera traducción de escritos de Perelman en inglés (Perelman, 1963). Y, quizás sobre todo, la voz *Problems of Legal Philosophy* redactada para la Enciclopedia MacMillan a finales de los sesenta (Hart, 1983). En este último trabajo, Hart considera que hay esencialmente tres clases de problemas (que guardan entre sí cierta relación) de los que se ocupa la filosofía del Derecho: Problemas de carácter conceptual; problemas de razonamiento jurídico, y problemas de crítica del Derecho. Aclara que los concernientes al razonamiento jurídico (de los jueces y tribunales) han preocupado sobre todo a los autores estadounidenses. Y presenta un cuadro teórico de esos problemas sumamente lúcido (y que prefigura los posteriores desarrollos de MacCormick): Muestra el alcance y los límites de la lógica deductiva, debido al carácter indeterminado de las normas; denuncia la oscuridad con que suele tratarse el tema del razonamiento inductivo; distingue entre el contexto de descubrimiento y el de justificación (métodos de descubrimiento y estándares de evaluación –*appraisal*–); distingue también entre el carácter final e infalible de los tribunales de última instancia; e incluso señala la importancia de los principios (*principles, policies and standards*) para resolver los casos difíciles, aquellos en los que no basta la deducción.

De todas formas, el texto que mejor permite entender la concepción de fondo de Hart sobre el razonamiento jurídico (sobre el Derecho, en general) es el famoso *Postscriptum* a *El concepto de Derecho*. En ese

trabajo (Hart, 1997; la fecha de redacción es 1983), que esencialmente es una toma de postura en relación con la concepción dworkiniana, Hart reconoce que en *El concepto de Derecho* se había ocupado muy poco del problema de la aplicación judicial del Derecho (la adjudication) y del razonamiento jurídico y, muy en especial, de la argumentación en relación con los principios (p. 118). Pero Hart insiste (en mi opinión, con toda razón) en que en su concepción no hay nada que impida reconocer que los principios también pueden formar parte del Derecho; una idea, por lo demás, que ya había sido defendida por Carrió (1971) inmediatamente después de que aparecieran las primeras críticas de Dworkin a Hart. En particular, Hart insiste en que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterio último de validez jurídica principios de justicia o valores morales sustantivos (p. 102). De manera que las diferencias con Dworkin se reducirían, en realidad, a las dos siguientes: La primera se refiere a la defensa por Hart de la tesis de la discrecionalidad judicial. Esto es, el carácter indeterminado del Derecho hace que, en algunos casos, el juez tenga que crear Derecho, ya que su decisión no puede verse como predeterminada por el Derecho. Por supuesto, Hart no piensa que el juez deba crear Derecho arbitrariamente: Tiene que basarse en «razones generales» y debe actuar «como un legislador escrupuloso lo haría al decidir según sus propias creencias y valores» (p. 137). Vale decir, existen razones, aunque no se trate de razones jurídicas y aunque esas razones sean limitadas. Y la segunda diferencia (subrayada también por Hart en la entrevista que Páramo le hizo en la revista *Doxa* [1990] algo después de la publicación del *Postscriptum*) es que él pretende haber construido una teoría descrip-

tiva y general del Derecho, mientras que la de Dworkin sería «parcialmente valorativa y justificativa» y «dirigida a una cultura en particular» (el Derecho angloamericano) (p. 93).

Pues bien, esos dos aspectos que le separan de Dworkin vienen a ser también los presupuestos de fondo que hacen que una concepción del Derecho como la hartiana (o la de Carrió) deba considerarse insuficiente para dar plena cuenta del elemento argumentativo del Derecho. La tesis de la discrecionalidad presupone la de la separación entre el Derecho y la moral, y con ella la de la negación de la unidad de la razón práctica: La argumentación jurídica no puede por ello verse como formando una unidad con la argumentación moral y la política. Y el enfoque descriptivista (obviamente vinculado con la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral) lleva (como en el caso de Kelsen, pero de manera mucho menos radical) a ver el Derecho esencialmente como un objeto de conocimiento; vale decir, Hart no está interesado en el carácter específicamente práctico del Derecho, que es sustancial a la idea del Derecho como argumentación: Su teoría se centra en el Derecho considerado como sistema, más bien que como práctica social<sup>(6)</sup>.

En términos generales, correspondería decir que lo que separa al positivismo normativista del enfoque del Derecho como argumentación consiste en lo siguiente:<sup>(7)</sup>

---

(6) Esto, a pesar de que Hart vea las normas como prácticas sociales.

(7) La distinción es semejante a la que Summers (2001) traza entre lo que él llama *rule-approach* y *form-approach*.

- A) Desde la perspectiva del concepto de Derecho, los normativistas ven el Derecho como una realidad ya dada; el Derecho es un conjunto de normas, un libro, un edificio, o una ciudad que está ahí fuera para ser contemplada y descrita<sup>(8)</sup>. Para el enfoque del Derecho como argumentación, el Derecho consiste más bien en una actividad, una práctica compleja; la imagen sería más bien la de una empresa, una tarea, en la que se participa: La escritura de una novela en cadena, más bien que el libro ya escrito; la construcción de una catedral, más bien que la catedral construida; o, aún mejor, la actividad consistente en construir y mejorar una ciudad en la que uno tiene que vivir;
- B) Desde la perspectiva de cuáles son los elementos integrantes del Derecho, tanto Kelsen como Hart, Alchourrón y Bulygin, etc., analizan el Derecho en términos de normas y de tipos de normas (o, si se quiere, de enunciados, algunos de los cuales pueden no ser normativos). El enfoque del Derecho como argumentación ve en el Derecho un proceso (o, al menos, otorga una gran importancia al aspecto procesal) integrado por fases, momentos o aspectos de la actividad, de la práctica social en que consiste el Derecho. Dicho quizás de otra manera, los positivistas tienden a ver el Derecho como sistema (por analogía con el sistema de la lengua o el sistema de la lógica) y a descuidar el Derecho en cuanto práctica social

---

<sup>(8)</sup> Como ejemplo de esa aproximación puede servir uno de los últimos trabajos de Alchurrón (2000) en el que compara el Derecho con un libro maestro.

(en cuanto práctica que va más allá del sistema, de la misma manera que la práctica del lenguaje –la parole– no se puede reducir a la lengua; ni la argumentación a la lógica deductiva);

- C) Desde la perspectiva de la forma de estudiar el Derecho, el normativismo positivista se interesa sobre todo por un análisis estructural, anatómico, mientras que el enfoque del Derecho como argumentación lleva a un estudio de carácter más bien funcional y fisiológico; y
- D) Finalmente, desde el punto de vista de la metodología o de los objetivos teóricos, los positivistas normativistas persiguen describir neutralmente una realidad (o, quizás mejor, el esqueleto, la parte conceptual de la misma), como un objeto previamente dado; mientras que el enfoque del Derecho como argumentación supone contribuir a la realización de una empresa: El objetivo de la teoría del Derecho no puede ser exclusivamente cognoscitivo, sino que la teoría (como ocurre en la concepción «interpretativa» del Derecho de Dworkin) se funde con la práctica.

## 6. El realismo jurídico

La anterior contraposición se refiere exclusivamente a una de las grandes formas del positivismo jurídico del siglo XX; deja fuera la otra: La representada por el realismo jurídico. Precisamente, esta última es una concepción que, en particular en la versión «americana», pone el énfasis en el Derecho considerado como

una práctica social, como un fenómeno esencialmente fluido: Digamos, el Derecho *in fieri*, más bien que el Derecho formalmente establecido; y subraya por tanto el carácter instrumental del Derecho: En esa tradición, el Derecho es, sobre todo, un medio de construcción social, «ingeniería social». Todo ello aproxima, sin duda, esa concepción a lo que he llamado el enfoque del Derecho como argumentación. Si, a pesar de ello, el realismo jurídico no ha producido nada que pueda considerarse como una teoría de la argumentación jurídica, ello se debe a razones distintas a las que se acaban de señalar en relación con el positivismo normativista.

También en relación con el realismo jurídico americano puede distinguirse una versión extrema y otra moderada. El que suele considerarse como representante más caracterizado de la versión extrema es Jerome Frank. Dado que para él no puede hablarse en sentido estricto de justificación de las decisiones judiciales, resulta claro que su concepción es incompatible con el enfoque argumentativo del Derecho. No obstante, al haber propuesto estudiar el Derecho no tanto desde la perspectiva de los tribunales de apelación, cuanto desde la de los tribunales de primera instancia (*vid.* Frank, 1930 y 1993), a Frank se le debe, entre otras cosas, el haber llamado la atención sobre la importancia de la argumentación (o, si se quiere, el manejo –o la «manipulación»–) de los hechos, pues en la práctica cotidiana del Derecho lo más frecuente es que el jurista tenga que resolver cuestiones concernientes a los hechos, no a las normas. En todo caso, los elementos que en la obra de Frank (y en el realismo en general) se oponen al enfoque del Derecho como argumentación son los siguientes:

- A) El escepticismo axiológico. Frank, como en general los realistas, considera que los juicios de valor juegan un papel muy importante en la toma de decisiones jurídicas, pero esos juicios no pertenecen al campo de la razón. Sobre ellos no es posible construir un discurso propiamente justificativo, sino de carácter persuasivo. No se trata de justificación, sino de racionalización. No de argumentación racional sino, en todo caso, de retórica.
- B) El interés por el estudio de la retórica queda, por otro lado, limitado por el hecho de que el enfoque realista del Derecho es un enfoque conductista. Se trata de predecir o, al menos, de explicar *a posteriori* las conductas de los jueces, y para ello la retórica es de escasa o nula utilidad, ya que las razones explícitas (las que aparecen en la motivación) no son las «verdaderas razones» que produjeron la decisión. En esto se basa su conocida crítica a la teoría del silogismo judicial: Los jueces no operan de acuerdo con el modelo silogístico; no comienzan afirmando el principio o la regla que sirve como premisa mayor de su razonamiento, para emplear luego los hechos del caso como premisa menor, y llegar finalmente a la resolución mediante procesos de puro razonamiento. Vale decir, a Frank no le interesa en realidad el plano de la justificación, sino el de la explicación. O, mejor dicho, Frank tiende a confundir el contexto del descubrimiento y el de la justificación, y a partir de una tesis explicativa de cómo los jueces llegan realmente a formular sus decisiones, infiere que tales decisiones no son susceptibles de ser justificadas (en sentido estricto) (*vid. infra*, cap. 2, ap. 7.1).

- C) Finalmente, la indeterminación radical del Derecho (respecto de las normas y respecto de los hechos) que defiende Frank hace que no pueda hablarse propiamente de argumentación jurídica, y ni siquiera de método jurídico. Las decisiones judiciales, según él, no están determinadas por normas previamente establecidas, sino que solo pueden explicarse a partir de consideraciones biográficas, idiosincrásicas, sobre los jueces. Lo que se necesita no es, pues, lógica (argumentación), sino psicología. Para Frank, la tarea fundamental de la teoría del Derecho no tiene carácter constructivo, sino más bien crítico; no consiste propiamente en construir un método, sino en desvelar los mitos –el de la seguridad jurídica, el de la justificación de las decisiones judiciales, el de la existencia de respuestas correctas, etc.– que la cultura jurídica ha ido edificando como una especie de ideología que proporciona una visión confortable (pero falsa) de la realidad del Derecho.

En el caso del realismo moderado, el de un Karl Llewellyn, las cosas se plantean de forma notablemente distinta. Mejor dicho, en el primer Llewellyn pueden encontrarse esos tres motivos (el escepticismo axiológico, el conductismo, la indeterminación del Derecho) aunque formulados de otra manera, con menor radicalidad. Pero su concepción del Derecho cambia significativamente en sus últimas obras; en particular, en *The common law tradition* (1960), en donde podría decirse que, de los tres motivos anteriores, solo queda en realidad uno: La visión conductista del Derecho (*vid.* Twining, 1985; Kronman, 1993).

Como ya lo había hecho Holmes, Llewellyn contrapone la lógica a la sabiduría (wisdom) o prudencia en el sentido clásico (la frónesis aristotélica). El objetivo de su libro es combatir el escepticismo jurídico, esto es, la pérdida de confianza en los tribunales de apelación estadounidenses que, para él, constituyen el símbolo central y vital del Derecho. Según Llewellyn, los factores de estabilización que hacen que las decisiones de esos tribunales sean razonablemente previsibles no tienen que ver con la lógica; señala incluso que los lógicos han dado razones a los «iconoclastas», al mostrar que la deducción presupone la elección de las premisas y que esta operación tiene un carácter puramente arbitrario (Llewellyn, 1960, pp. 4 y 11). Esta estabilización depende de una serie de factores (algunos de los cuales se vinculan con lo que luego llamaré «concepción material» y «concepción pragmática» de la argumentación) como, por ejemplo: La «doctrina jurídica», entendiendo por tal un conjunto de reglas, principios, tradiciones, etc.; la existencia de «técnicas» de trabajo que los jueces utilizan en forma más o menos consciente; la tradición de la «única respuesta correcta», que Llewellyn entiende aproximadamente en el sentido de Alexy, esto es, como una idea regulativa; la práctica de la motivación de las decisiones; la existencia de mecanismos de limitación de los problemas al reducir, por ejemplo, las decisiones a términos binarios: Revocación o no revocación, condena o absolución; la argumentación de los abogados en el contexto de un procedimiento contradictorio; el sentido de responsabilidad hacia la justicia; etc.

Por otro lado, la concepción de Llewellyn, desde un punto de vista axiológico, no puede ya calificarse en

sentido estricto de emotivista; y ni siquiera podría decirse que la suya sea una concepción claramente positivista del Derecho pues, entre otras cosas, Llewellyn pone en cuestión la distinción entre ser y deber ser. Sin embargo, su análisis, desde el punto de vista del enfoque del Derecho como argumentación, sigue teniendo el límite de que el centro de su interés no es el discurso justificativo, sino el de carácter predictivo. Lo que importa no es propiamente lo que dicen los jueces, sino su conducta. Llewellyn defiende en esa obra lo que llama el *Grand Style* o el *Style of Reason* (el de los jueces estadounidenses en la época de formación de su sistema jurídico, a comienzos del siglo XIX, perdido luego y recuperado a partir de la segunda década del siglo XX) que contraponen al *Formal Style*. Característico del estilo formal es la idea de que los casos los deciden las reglas del Derecho y de que la motivación tiene una forma deductiva. Pero el gran estilo es una forma de pensar y de trabajar, esto es, un método que no consiste únicamente –ni quizás centralmente– en argumentar. Seguramente tiene que ver con eso el que Llewellyn conciba el trabajo del jurista como una técnica artesanal, cuya «justificación» se encuentra más bien en el producto, en su eficacia, que en la «corrección» de los medios empleados. Por eso también, el modelo de argumentación que él parece defender tiene mucho más que ver con la retórica que –pongamos– con la discusión racional habermasiana o, por supuesto, con la argumentación entendida a la manera de la lógica deductiva. Así, las recomendaciones que dirige a los jueces de apelación son, correspondería decir, recomendaciones sobre cómo utilizar con habilidad y honestidad profesional reglas técnicas (la ley de la discreción jurídica,

la de los espacios de libre juego [leeways]<sup>(9)</sup>, la de la adecuación y el tono) que tienen que ver, sobre todo, con lo que luego llamaré la concepción pragmática de la argumentación. Y otro tanto –y aun más– se debe decir de los consejos dirigidos a los abogados si bien, en uno y otro caso, se trata de una retórica bien entendida, esto es, de poner la persuasión al servicio de una idea del Derecho en la que el sentido de la justicia juega un papel de gran importancia.

En relación con el realismo jurídico escandinavo, el análisis que correspondería hacer es muy semejante. Lo que uno encuentra, por ejemplo, en la obra maestra de Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, es algo muy parecido al último Llewellyn, con la diferencia de que el autor danés es mucho más sistemático que el estadounidense, si bien (yo diría que como contrapartida) Ross tiene una concepción mucho más escéptica sobre el alcance de la razón.

A diferencia del positivismo normativista, Ross tiene una visión amplia y fluida del Derecho. Concede gran importancia al Derecho no establecido por las autoridades y destaca, en particular, el papel de lo que llama «tradición de cultura» (que consiste básicamente en un conjunto de valoraciones) en cuanto fuente del Derecho que puede ser el elemento fundamental que inspira al juez al formular la regla en que basa su decisión (Ross, 1963, p. 95). Igualmente, a propósito de la interpretación o del «método jurídico» (los principios o reglas que realmente guían a los tribunales en el tránsito de la regla general a la decisión particular), remarca la importancia de los elementos valorativos,

---

<sup>(9)</sup> Tomo la traducción del libro de Félix F. Sánchez Díaz (2002)

esto es, no cognoscitivos (frente a la concepción tradicional) y defiende también (ahora frente a Kelsen) que el jurista (quien elabora la dogmática jurídica) no puede abstenerse de valorar, elegir y decidir. Al destacar que el Derecho es una técnica social, un instrumento para alcanzar objetivos sociales de cualquier tipo, Ross da gran importancia a la «política jurídica», esto es, a la formulación de propuestas a propósito de la aplicación del Derecho (de *sententia ferenda*) y de su producción (de *lege ferenda*). Tanto la administración de justicia como la producción legislativa del Derecho consisten, en su opinión, en una amalgama de elementos cognoscitivos y valorativos, y por eso el jurista (como se acaba de decir) no puede dejar fuera de su campo el discurso valorativo. A diferencia de Kelsen (que también subrayó el carácter de técnica social del Derecho pero defendió una dogmática libre de consideraciones sociológicas y valorativas), Ross no le pide al jurista teórico que no haga política, sino que sea consciente de cuándo hace ciencia y cuándo hace política; más en concreto, las decisiones de política jurídica tienen para él un componente cognoscitivo, racional (cuyo incremento depende básicamente del desarrollo de una sociología del Derecho sobre bases científicas), pero, en último término, hay siempre un componente de irracionalidad, esto es, las decisiones dependen de juicios de valor que, según Ross, tienen una carácter emocional (irracional).

El presupuesto último del planteamiento de Ross es la idea de que toda acción deliberada está condicionada por dos factores: Un motivo o meta (una actitud), y una serie de «concepciones operativas», esto es, de elementos cognoscitivos (creencias) que dirigen la actividad hacia el fin. Las actitudes (incluidas las actitudes morales)

expresan emociones y están más allá de la justificación y de la argumentación: Son irracionales, en el sentido de que se trata de una forma de conciencia irreductible a los actos de aprehensión, a las creencias (por eso, la idea de una «razón práctica» es, para él, una contradicción en los términos: Si es razón, no es práctica, y si es práctica no pertenece al campo de la razón). Cuando se toman decisiones respecto a la interpretación y la producción del Derecho (ya se ha dicho que, para Ross, interpretar implica siempre decidir) existe, por así decirlo, la necesidad de lograr un acuerdo, para lo cual se puede recurrir a métodos racionales o irracionales. Los primeros, de naturaleza argumentativa, pueden usarse para influir en las creencias; pero para influir (de manera directa; de manera indirecta puede hacerse modificando las creencias) en las actitudes, lo que existe es la persuasión. En la producción e interpretación del Derecho, los juristas recurren a diversas «técnicas de argumentación» (por ejemplo, a propósito de la interpretación: Cómo usar los argumentos por analogía, a contrario, etc.), pero se trata de técnicas retóricas, esto es, de una mezcla de argumentación y de persuasión. Ross considera que es imposible prescindir de la persuasión y que no hay por qué adoptar una actitud de cinismo al respecto. Pero la retórica carece en su opinión de criterios objetivos de corrección: «Siempre existe la posibilidad de que otra persona, aun cuando acepte los argumentos formulados y no invoque contraargumentos, pueda actuar de manera distinta de la recomendada, sin que ello justifique que se diga que dicha persona ha actuado «equivocadamente»» (Ross, 1963, p. 327).

El argumento de Ross (que, en mi opinión, se basa en un error) es, en realidad, el mismo que utilizó en

otras obras (1941; 1971) para defender la tesis de que la lógica clásica no se aplica a las normas, y proponer en consecuencia una lógica de las normas que, a través de diversos expedientes técnicos (hoy considerados prácticamente sin excepción como no exitosos), evitase ese problema. Según él, una inferencia práctica como: «Debes mantener tus promesas; esta es una de tus promesas; por tanto, debes mantener esta promesa» carece de validez lógica. No es lógicamente necesario que un sujeto que establece una regla general deba también establecer la aplicación particular de esa regla. Que esto último ocurra o no depende de hechos psicológicos. No es raro –añade Ross– que un sujeto formule una regla general, pero evite su aplicación cuando él mismo se ve afectado. Ahora bien, aquí parece haber un error: El de suponer que la validez lógica de una inferencia depende de hechos externos o psicológicos. Como ha escrito Gianformaggio (1987), los autores que sostienen la tesis de que la lógica no se aplica a las normas están en realidad mezclando dos cuestiones distintas. Una es la de si la relación entre dos normas válidas (pertenecientes a un sistema) son relaciones de tipo lógico; la respuesta es que no, o no necesariamente, pues a un mismo sistema pueden pertenecer normas contradictorias: Por ejemplo «las promesas deben ser cumplidas» y «no es obligatorio cumplir con tal promesa». Y otra cuestión es la de si se puede inferir válidamente una norma de otra; no se ve por qué la respuesta debe ser en este segundo caso negativa, aunque existe la gran dificultad de que tradicionalmente la noción de inferencia o de consecuencia lógica se ha construido sobre la base de los valores verdad/falsedad que no parecen ser de aplicación a las normas.

## 7. El iusnaturalismo

Como no podía ser de otra forma, también dentro de las concepciones iusnaturalistas del siglo XX pueden distinguirse muchas variantes. La más extendida, por lo menos en los países de tradición católica, no ha promovido en absoluto la consideración del Derecho como argumentación.

La razón para ello, expresada en términos generales, es que ese tipo de iusnaturalismo se preocupó sobre todo por determinar la esencia del Derecho y por mostrar las conexiones existentes entre el orden jurídico y un orden de naturaleza superior que, en último término, remitía a una idea de tipo religioso. La fundamentación teológica del Derecho se encuentra incluso en los autores más «secularizados» de esa tradición, como pudiese ser el caso del español Legaz y Lacambra<sup>(10)</sup>. Para Legaz, «todas las cosas están ordenadas a Dios» y ése es el punto de partida para ocuparse también del mundo del Derecho, ya que «el criterio supremo de verdad está en la religión, en Dios» (Legaz, 1964, pp. 282 y 306)<sup>(11)</sup>.

---

(10) Recientemente, Delgado Pinto (2000, pp. 740 y 743) ha sostenido que la obra de Legaz, en la que se presta una considerable atención a la metodología jurídica, se aparta netamente del iusnaturalismo «de corte tradicional», hegemónico en la España franquista.

(11) Una excepción a lo que se acaba de decir es el caso del iusfilósofo hispano-mexicano Luis Recaséns Siches, defensor de una concepción flexible del Derecho natural, y al que hay que considerar, sin duda, como uno de los precursores de las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica. Su manera de plantear las relaciones entre el Derecho y la moral, por cierto, recuerda mucho la que ha populari-

Uno de los autores iusnaturalistas más influyentes en el siglo XX, Giorgio del Vecchio, entendía (y con ello reflejaba una opinión ampliamente –por no decir unánimemente compartida por ese tipo de iusnaturalismo) que la positividad no es una nota esencial del concepto de Derecho; lo esencial sería únicamente la noción de justicia. Por eso, el Derecho natural reflejaba la idea del Derecho «en su plena y perfecta luz», mientras que el Derecho positivo ofrecía de la misma solo «reflejos parciales y defectuosos» (Del Vecchio, 1957, p. 530). Holmes (refiriéndose a esa misma idea) había comparado en una ocasión a los partidarios del Derecho natural con los caballeros a los que no basta con que se reconozca que su dama es hermosa; tiene que ser la más bella que haya existido y pueda llegar a existir (Holmes, 1920, p. 310). Naturalmente, una consecuencia de esa aproximación es la falta de interés por las cuestiones metodológicas, por cómo funciona –y cómo puede funcionar– el Derecho (el Derecho positivo) en cuanto realidad determinada social e históricamente. O, dicho en los términos de un

---

zado en los últimos tiempos Robert Alexy. Según Recaséns: «Derecho propiamente lo son tan sólo las normas fabricadas por los hombres para regir las relaciones sociales de una colectividad política en un cierto lugar y en una determinada época». A la esencia de lo jurídico pertenecería no propiamente la justicia, sino «la referencia intencional a la justicia», o «dicho con otras palabras: Todo Derecho es un ensayo de realización de las exigencias de la justicia con relación a una realidad social determinada; es un propósito de constituir Derecho justo; pero ese propósito puede resultar logrado o fracasado. Por eso, lo que sí pertenece a la esencia de lo jurídico es ese propósito o intención» (Recaséns Siches, 1975, p. 195).

influyente trabajo de Bobbio de la quinta década del siglo XX (*vid.* Bobbio, 1980): El iusnaturalismo del siglo XX ha sido, sobre todo, una filosofía del Derecho de los filósofos, preocupada por aplicar al Derecho una filosofía general (de base teológica); y no una filosofía del Derecho de los juristas, esto es, construida desde abajo, a partir de los problemas que los juristas se encuentran en el desempeño de las diversas profesiones jurídicas.

Por lo demás, ese idealismo caballeresco y escapista resultaba sumamente funcional en cuanto ideología justificativa del orden existente: El Derecho positivo nunca será perfectamente justo, pero seguramente es difícil encontrar alguno que, en algún sentido, no suponga «un punto de vista sobre la justicia» (esta era la definición que del Derecho daba Legaz en la España franquista [*vid.* Legaz, 1964]) de manera que, en definitiva, a lo que se llegaba (en forma más o menos velada) era a la identificación sin más del Derecho positivo con la justicia. Se entiende así que los juristas –los profesores de Derecho– que en las Facultades tenían a su cargo el estudio de las diversas ramas del Derecho se acordaran del Derecho natural el primer día del curso (cuando se afrontaba el tema del concepto de Derecho), para olvidarlo completamente cuando empezaban a tratar de las cuestiones «propias» de su materia.

Sin embargo, como antes decía, lo anterior no sirve para caracterizar todos los iusnaturalismos que ha habido en el siglo XX, sino tan solo su forma más conspicua. No sirve por ejemplo para caracterizar (o, al menos, no del todo) la concepción de un autor como Michel Villey, cuya forma de entender el Derecho natural suscita, por lo demás, considerables recelos dentro de los propios

autores iusnaturalistas que se consideran a sí mismos dentro de esa misma tradición aristotélico-tomista (*vid.* Vigo, 1991). Para Villey (1981), el Derecho natural es esencialmente un método para descubrir el Derecho, lo justo, en las relaciones sociales. Lo justo, en su opinión, se identifica con «lo suyo de cada uno», pero eso es algo que no se encuentra en las normas, sino en la propia realidad social. El método que propugna Villey no es otro que la dialéctica, entendida en el sentido aristotélico: Un tipo de razonamiento que no se confunde ni con el de la lógica deductiva ni con el de las ciencias empíricas, pero tampoco con el de la retórica. La dialéctica (a diferencia de la retórica) no está encaminada a la persuasión, sino a la verdad, y para ello parte de opiniones múltiples y divergentes; lo esencial de la dialéctica sería así la idea de un diálogo ordenado y sincero. Otro aspecto de esa metodología jurídica lo constituye las fuentes del Derecho; las fuentes señalan dónde hay que encontrar el Derecho, esto es, de dónde puede partir el razonamiento, la dialéctica; para Villey existen tanto fuentes del Derecho positivo como del Derecho natural.

Como se ve, se trata de una concepción que, en algunos aspectos, coincide con el enfoque argumentativo del Derecho; de hecho, diversos autores a los que puede considerarse entre los pioneros de la teoría contemporánea de la argumentación jurídica y que han defendido una concepción del razonamiento jurídico contrapuesta a la de la lógica formal deductiva (Recaséns Siches, Viehweg, Esser, Perelman) se han considerado a sí mismos, con mayor o menor intensidad, como autores iusnaturalistas. Es posible que ese tipo de adscripción se haya debido en buena medida a la oscuridad de las nociones de iusnaturalismo y de positivismo jurídico y, como con-

secuencia, a la (falsa) idea de que el positivismo jurídico representaba una concepción formalista del Derecho. Pero en todo caso lo que sí puede decirse con seguridad es que la concepción de Villey (y otro tanto cabe decir de los otros autores, con la excepción de Perelman) no constituye una teoría mínimamente desarrollada de la argumentación jurídica. En el caso de Villey, la principal razón puede deberse a su espíritu conscientemente arcaizante: Premoderno o antimoderno. Su concepción del Derecho podría ser adecuada para el Derecho romano de la época clásica, pero no para el del Estado constitucional cuyos valores, simplemente, resultan antitéticos con los presupuestos ideológicos de Villey.

Sin embargo este no es el caso de Gustav Radbruch, uno de los adalides del «renacimiento del Derecho natural» después de la Segunda Guerra Mundial. Su reacción frente al positivismo jurídico se produce como consecuencia de la experiencia nazi, y lo que busca Radbruch en el Derecho natural bien puede decirse que es, más que nada, una forma de realizar los valores de lo que luego se ha llamado «el Estado constitucional». De hecho, hay una clara continuidad entre muchas de sus tesis «de fondo» y las de Alexy, al igual que hay también muchas afinidades entre muchas de las ideas de Fuller y las de Dworkin: Alexy y Dworkin suelen ser considerados (*vid.* Bongiovanni, 2000) como los dos principales representantes de la teoría constitucionalista del Derecho.

Radbruch era consciente de que la validez (la validez en sentido pleno) del Derecho no podía venir del propio Derecho positivo, ni tampoco de ciertos hechos, sino de algún valor de carácter suprapositivo (Radbruch, 1951). Su idea del Derecho contiene en realidad tres

nociones de valor: La justicia, la adecuación al fin y la seguridad jurídica, que se complementan mutuamente, aunque también pueden entrar en conflicto. La adecuación al fin se subordina a las otras dos, y los conflictos entre justicia y seguridad no pueden resolverse de manera unívoca, puesto que la seguridad también es una forma de justicia. Por lo tanto estamos, ante una cuestión de grado: Cuando se trata de leyes extraordinariamente injustas, esas leyes dejan de ser válidas, porque la seguridad jurídica garantizada por el Derecho no significa ya prácticamente nada (vid. Radbruch, 1951, pp. 44 - 52; y Radbruch, 1971); pero Radbruch no deja de reconocer la posibilidad de que una ley (moderadamente) injusta sea válida, vale decir Derecho (supuestos, pues, en los que el valor de la seguridad jurídica prima sobre el de la justicia [vid. infra, cap. 4, ap. 8]).

Ahora bien, como resulta más o menos obvio, hoy no se necesitaría, para defender esa idea –la posibilidad de que existan leyes inválidas por razón de su contenido injusto–, apelar al Derecho natural, dado que los criterios constitucionales de validez incluyen la adecuación a contenidos de justicia plasmados en los derechos fundamentales; en realidad, la peculiaridad de esa concepción había sido ya advertida hace mucho tiempo por autores como Legaz, para el cual el sentido «yusnaturalista» de la obra de Radbruch resultaba «bastante atenuado».<sup>(12)</sup>

---

(12) «Por eso, para Radbruch la “naturaleza de la cosa” es un medio de la interpretación y el colmar lagunas, una “ultima ratio de la interpretación y complementación de la ley”; no es, pues, una fuente del Derecho válida por sí misma, si está en oposición con el “espíritu de la ley”. De ese modo, en la doctrina de Radbruch, el sentido “iusnaturalista” de

Esto último apunta también a una cuestión importante en relación con el iusnaturalismo (y con el positivismo jurídico): La necesidad de tener en cuenta las circunstancias históricas, el contexto, para poder juzgar acerca de la adecuación de esa concepción del Derecho, e incluso para poder producir definiciones con sentido de lo que cabe entender por iusnaturalismo y por positivismo jurídico. Hace mucho tiempo que González Vicén (1980; *vid.* Atienza, 1981) distinguió entre el positivismo jurídico como «hecho histórico» (como concepto), esto es, la idea de que el Derecho es un fenómeno social e histórico de sociedades concretas; y las diversas teorías (concepciones) del positivismo jurídico: El positivismo historicista, voluntarista, realista, etc. En su opinión, la irrupción del positivismo jurídico, desbancando a las anteriores concepciones que se basaban en la idea de un Derecho natural (universal e inmutable), se produce en Europa hacia finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, cuando empiezan a existir ordenamientos jurídicos con sistemas de fuentes bien fijados; vale decir, una vez que se ha producido el fenómeno de la «positivización» del Derecho. Recientemente, Ferrajoli ha insistido en la misma idea, al señalar que el iusnaturalismo es la concepción característica del Derecho en la época anterior a la modernidad, y que habría sido sustituido por el positivismo jurídico con el advenimiento del Es-

---

la idea de la “naturaleza de la cosa” resulta bastante atenuado, dado que tal concepto queda todavía muy en las proximidades del relativismo y en rotunda contraposición con el Derecho natural racional que quiere derivar las normas jurídicas, con espíritu de igualdad y uniformidad, de principios superiores de razón» (Legaz, 1964, p. 211).

tado moderno y la existencia de «un sistema exclusivo y exhaustivo de fuentes positivas» (Ferrajoli, 1999, p. 17).

Éste habría sido el primer embate histórico contra el Derecho natural: Aunque muchas de las normas del Derecho natural pasaran a las codificaciones modernas, el resultado fue que el jurista no necesitaba ya del Derecho natural como instrumento con el que operar dentro del Derecho; si acaso, el Derecho natural podía jugar un papel para llenar las lagunas del Derecho positivo o, como se acaba de ver, para negar validez jurídica a las normas que fueran radicalmente injustas. El segundo ataque (que, en mi opinión, lo es también contra el positivismo jurídico)<sup>(13)</sup> se produce con la constitucionalización de los sistemas jurídicos, con el paso del Estado legalista al Estado constitucional: Para que puedan considerarse como Derecho válido, las leyes tienen que acomodarse a ciertos criterios de contenido que integran ideas de moralidad y de justicia: Los derechos fundamentales. Por supuesto, podría decirse también en esta ocasión que el constitucionalismo moderno «ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado» (Ferrajoli, 1989); que ha pulverizado la tesis positivista (no de todos los positivistas) de que el Derecho puede tener cualquier contenido; o que el papel que desempeñaba antes el Derecho natural respecto del soberano lo desempeña ahora la constitución respecto del legislador (Prieto, 1999, p. 17). Pero de ahí, en mi opinión, no se sigue que el constitucionalismo sea una

---

(13) Por el contrario, para Ferrajoli (1999, p. 19), el constitucionalismo supone «completar el positivismo jurídico».

especie de neiusnaturalismo (ni Dworkin ni Alexy podrían calificarse de esta manera, salvo que se hable de Derecho natural en un sentido tan amplio que ya no signifique prácticamente nada), sino más bien que la posible función del Derecho natural se desplaza hacia otro lado: El iusnaturalismo no puede subsistir, o resurgir, como tesis ontológica del Derecho sino, en todo caso, como teoría sobre la fundamentación del Derecho, como deontología jurídica. Y no se sigue tampoco que el constitucionalismo haya abierto el paso definitivamente al positivismo jurídico. En mi opinión, el positivismo ha agotado su ciclo histórico, como anteriormente lo hizo la teoría del Derecho natural. Al igual que Bloch escribió en una ocasión que «la escuela histórica ha crucificado al Derecho natural en la cruz de la historia» (*vid.* González Vicén, 1979, p. 40), hoy podría afirmarse que «el constitucionalismo ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución». De manera que de las dos tesis clásicas del positivismo jurídico, la primera (la de las fuentes sociales del Derecho) ha muerto cabría decir «de éxito», y la segunda (la de la separación entre el Derecho y la moral) ha sido refutada históricamente por el constitucionalismo<sup>(14)</sup>.

---

(14) Lo que hoy sostiene el «iuspositivismo incluyente» es que la identificación del Derecho no supone necesariamente una referencia a la moral. Sin embargo, dado que los sistemas jurídicos contemporáneos (del Estado constitucional) sí que incluyen, como cuestión de hecho, esa referencia a criterios morales, la afirmación no tiene prácticamente consecuencias (vale decir, es compatible con mantener que, en nuestros sistemas jurídicos, no puede hablarse de separación entre Derecho y moral). *Vid.* sobre esto Atienza y Ruiz Manero, 2006.

Ese cambio de función del Derecho natural (el paso de una función ontológica a otra deontológica) al que acabo de referirme se advierte, por ejemplo, en la obra de Finnis (el autor iusnaturalista más influyente en las últimas décadas del siglo XX), centrada en la consideración del Derecho como un aspecto de la razonabilidad práctica.

La concepción del Derecho de Finnis puede considerarse como un fragmento de una teoría de la argumentación jurídica. A él no le interesan particularmente -cabría decir- las cuestiones de técnica argumentativa en el Derecho, sino más bien la fundamentación última del discurso jurídico justificativo. Su obra puede considerarse como un alegato en favor de la unidad de la razón práctica, de la apertura del razonamiento jurídico hacia el razonamiento moral y político. El principal objetivo de esa teoría del Derecho natural no es la afirmación de que las leyes injustas no son Derecho: Según Finnis, el Derecho injusto no sería Derecho en el sentido «focal» del término Derecho, pero sería Derecho en un sentido secundario. La tarea central del iusnaturalismo consistiría en explorar las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con el bien del ser humano, en identificar los principios y los límites del Estado de Derecho (el *rule of law*) y en mostrar de qué manera el Derecho válido (*sound*) se deriva de ciertos principios inmodificables (Finnis, 1980, p. 351).

Por lo demás, el contexto histórico permite explicar también que el Derecho natural pueda haber jugado en los países de *common law*, y particularmente en los Estados Unidos, un papel distinto al que desempeñó en Europa continental después del fenómeno de la positi-

vización del Derecho. Al fin y al cabo, en un sistema de *common law* no es tan fácil identificar cuáles son los textos jurídicos autoritativos, y el Derecho tiende a entenderse como una realidad más fluida y con fronteras mucho más flexibles con respecto a la moral, a la tradición, etc., de lo que suele ser el caso en los sistemas de Derecho legislado. Esa cultura proporcionaba, cabría decir, el terreno propicio para que pudiera desarrollarse una concepción que, como la de Lon L. Fuller, contempla el Derecho no como un conjunto de normas preexistentes, sino como una empresa guiada por la idea de razón. La manera de Fuller de entender el Derecho –muy influyente en las décadas centrales del siglo XX– coincide en muchos aspectos con lo que he llamado el enfoque del Derecho como argumentación y se basa explícitamente en ideas iusnaturalistas, aunque se trate de un iusnaturalismo bastante peculiar y que no tiene nada que ver con la religión.

Cuando se examina la notable polémica que tuvo lugar, en la quinta y sexta década del siglo XX, entre Fuller y Hart, no cabe duda de que hay un aspecto de la misma –digamos, el de la precisión y el rigor intelectual– en el que el vencedor es innegablemente Hart. Pero Fuller apuntaba a una concepción -antipositivista- del Derecho que, en cierto sentido, resultaba más profunda que la de Hart, si bien hay que reconocer que se trataba de una concepción más insinuada que propiamente desarrollada.

Frente al concepto (la imagen) positivista del Derecho como un edificio, como una realidad preestablecida por el legislador o por los jueces (el Derecho como conjunto de normas), Fuller pone el énfasis en que el Derecho es una empresa, una actividad; no el edificio

construido, sino el edificio en construcción; o, mejor, la empresa de construir un edificio. En este sentido es, muy sugerente la imagen que utiliza en una de sus obras (Fuller, 1940) para criticar a Kelsen: La de una carretilla en la que lo que cuenta no es solo que se trate de un objeto con ciertas características formales, con cierta estructura (ese sería el enfoque kelseniano), sino también el contenido, lo que se transporta de un lado a otro; y la dirección, la finalidad de la actividad que se lleva a cabo con ese utensilio. Para Fuller, los elementos del Derecho (sus partes constituyentes) no son –o no son fundamentalmente– las normas, sino los diversos aspectos o momentos de una actividad: La actividad de gobernar la conducta humana mediante normas. Por eso, en su análisis, lo que predomina no es la anatomía, la estructura, sino la fisiología, los elementos funcionales. Fuller no pretende (como los positivistas normativistas) describir neutralmente un objeto, una realidad, sino contribuir a la realización de una empresa. Pero no concibe el Derecho (ahora frente a los realistas) en términos puramente instrumentales, porque él no es un escéptico en el plano axiológico y concede por ello gran importancia, en el plano de la interpretación, tanto a la de carácter teleológico como a la valorativa.

Dado que se trata de una concepción que coincide en muchos aspectos de fondo con lo que he llamado el enfoque del Derecho como argumentación, la pregunta que habría que hacerse es por qué, a pesar de ello, Fuller no desarrolló nada parecido a una teoría de la argumentación jurídica. Una respuesta simple podría ser que eso estaba –implícito– en su proyecto de trabajo intelectual, y que Fuller no llegó a realizarlo simplemente por falta de tiempo o porque a ello antepuso otras tareas inte-

lectuales. A primera vista, esa interpretación parecería estar avalada por el título que lleva uno de sus últimos trabajos: *The justification of legal decision* (Fuller, 1972). Pero si del título se pasa al contenido, uno se da cuenta en seguida de que se trata de una pista falsa; el propio autor explica paladinamente que el contenido de su trabajo no tiene nada que ver con su título, puesto simplemente para «justificar» su inclusión dentro de las actas de un congreso dedicado a ese tema. De manera que las causas que explican esa relativa falta de interés de Fuller por el razonamiento jurídico hay que buscarlas en otro lado. En mi opinión, las podríamos encontrarlas en las cuatro consideraciones siguientes: 1) el conservadurismo de Fuller que le llevó a insistir sobre todo en la noción de orden y a dejar de lado la de justificación. 2) el antiformalismo, en cuanto rasgo general de la cultura jurídica estadounidense, que le llevó, como a los realistas, a desdeñar el papel de la lógica en el Derecho; 3) su preferencia por análisis concretos, más bien que por elaborar una teoría general de la argumentación jurídica. En el comentario que publicó al libro de Viehweg *Tópica y jurisprudencia*, Fuller (1965) (que tenía una opinión bastante crítica en relación con la tópica) sugiere que más interesante que elaborar una teoría general del razonamiento jurídico sería tratar de estudiar cómo se argumenta en cada una de las ramas del Derecho (en Derecho de contratos —que era su especialidad académica—, en Derecho de responsabilidad civil, etc.); y 4) una teoría de la interpretación jurídica que le llevó a sostener, como a los realistas, que el significado es completamente dependiente del contexto. Fuller no habría comprendido lo peculiar de las reglas en cuanto premisas del razonamiento jurídico (para decirlo en términos

de Schauer: Su carácter «atrincherado» [*vid.* Schauer, 1991, p. 212]) y esa concepción excesivamente abierta de las normas jurídicas (de todas ellas) le llevó también a no comprender el carácter peculiarmente limitado del razonamiento jurídico.

## 8. El escepticismo jurídico

La forma más característica de escepticismo jurídico hasta finales del siglo XX ha sido el marxismo jurídico. Al igual que los realistas, los marxistas subrayaron el carácter instrumental del Derecho, pero mientras que los primeros nunca pusieron en duda la funcionalidad de ese instrumento, su idoneidad como herramienta de construcción y de cambio social, los segundos fueron escépticos también en este segundo aspecto. En general, los marxistas tendieron a considerar que el cambio social, el paso del capitalismo al socialismo, no era una empresa en la que el Derecho pudiese jugar un papel importante: Lo esencial habría de consistir en transformar la base socioeconómica de la sociedad, el modo de producción y las relaciones de producción, y la lucha para ello debería librarse, en todo caso, en el terreno de la política, no del Derecho. El Derecho (como aparece reflejado en el título de una conocida obra de los años setenta [Novoa Monreal, 1975]) es visto sobre todo como un «obstáculo para el cambio social». De manera que, en el marco teórico del marxismo, el discurso interno de carácter justificativo, lo que constituye el núcleo de la argumentación jurídica, no es posible. Pero además, mientras que el realismo dejaba abierta, en general, la posibilidad de un uso retórico (instrumental) del Derecho, en el caso del marxismo lo que se

propugna es más bien la sustitución del Derecho por otra cosa. Por eso, el realismo es compatible con una teoría limitada (limitada a sus elementos retóricos y dialécticos) de la argumentación jurídica; mientras que el marxismo lleva más bien a disolver la argumentación jurídica en argumentación política.

Sin embargo, lo anterior vale para lo que podríamos llamar el marxismo clásico, pero no en relación con diversas direcciones de marxismo jurídico que empiezan a surgir desde finales de los años sesenta y que se caracterizan por «debilitar» las tesis marxistas tradicionales (*vid.* Atienza y Ruiz Manero, 1993). Así, el carácter clasista del Derecho no significa ya que el Derecho sea simplemente la expresión de la voluntad de la clase dominante, sino que la igualdad ante la ley típica del Derecho moderno esconde en su seno un trato de carácter discriminatorio, vale decir, elementos desigualitarios. El economicismo de otras épocas es sustituido por la tesis de «la determinación en última instancia» de los elementos superestructurales e ideológicos por la base socioeconómica. Se reconoce la importancia del Derecho en la transformación social. Y, en definitiva, el discurso jurídico resulta, al menos hasta cierto punto, rehabilitado.

Lo que en los últimos tiempos se llama teoría crítica del Derecho («uso alternativo del Derecho», *critical legal studies*, *critique juridique*, «crítica jurídica», etc.) puede considerarse en cierto modo como un producto de ese marxismo débil, al que se le han añadido elementos de otras tradiciones: La tesis de la indeterminación radical del Derecho de los realistas, la crítica al racionalismo y al cientificismo del pensamiento posmoderno,

el feminismo jurídico, etc. Su característica central (*vid.* Pérez Lledó, 1996) consiste en adoptar una perspectiva crítica (escéptica) del Derecho, pero al mismo tiempo interna, en cuanto que el Derecho es visto por el jurista crítico como un instrumento que puede (debe) usarse para lograr ciertas finalidades políticas (emancipatorias). Dentro de esa perspectiva no hay por ello lugar para el análisis propiamente justificativo de la argumentación jurídica, pero sí para el estudio de los elementos persuasivos, retóricos, del Derecho.

Un caso interesante a este respecto es el de Boaventura Santos que, en varios de sus trabajos (Santos, 1980; 1998a), ha distinguido tres componentes estructurales del Derecho: Retórica, burocracia y violencia. Su punto de partida es una concepción amplia del Derecho que opone al positivismo jurídico de los siglos XIX y XX; ese positivismo jurídico habría reducido el Derecho al Derecho estatal. La de Santos es, pues, una concepción antipositivista, según la cual las sociedades modernas están reguladas por una pluralidad de ordenamientos jurídicos, interrelacionados y distribuidos socialmente de diversas maneras (interlegalidad) y en donde el Derecho estatal no ocupa el lugar central. Define el Derecho como «un cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados, que se considera exigible ante un juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación y la prevención de disputas, así como a su solución mediante un discurso argumentativo acompañado de la amenaza de la fuerza». Tanto la retórica como la burocracia y la violencia son vistas por él como formas de comunicación y estrategias de toma de decisiones que se basan, respectivamente: «En la persuasión, o en la convicción por medio de la movi-

lización del potencial argumentativo de las secuencias y mecanismos verbales y no verbales aceptados»; «en las imposiciones autoritarias, realizadas mediante la movilización del potencial demostrativo de los procedimientos regulados y los estándares normativos», y «en la amenaza de la violencia física» (Santos, 1998a, p. 20). Estos componentes estructurales se articulan de muy diversas maneras. Por ejemplo, el Derecho estatal moderno se caracterizaría por una presencia fuerte de burocracia y de violencia y una presencia débil de retórica, mientras que los campos jurídicos transnacionales que surgen con la globalización del Derecho (por ejemplo, el Derecho de los grandes despachos de abogados, de las empresas transnacionales, de las organizaciones interregionales, de la nueva *lex mercatoria*, etc.) suponen, en general, bajos niveles de burocracia, altos niveles de violencia y un nivel de retórica que puede ser alto o bajo. Santos aclara además que esos tres componentes estructurales se interpenetran de manera que, por ejemplo, en el Estado moderno, «la retórica no solo se reduce cuantitativamente, sino que es «contaminada» o «infiltrada» cualitativamente por la burocracia y la violencia dominantes» (*ibid.*, p. 23).

Pues bien, como resulta más o menos claro de lo dicho (la -interesante- obra de Santos adolece en ocasiones de cierta oscuridad [vid. Cotterrell, 1991; Twining, 2000]), en ese planteamiento no parece que pueda existir espacio para el discurso jurídico propiamente justificativo: Santos reduce explícitamente la argumentación a retórica (aunque su uso de «retórica» es más amplio que el sentido más convencional de la expresión). Y las razones para ello creo que son, básicamente, las dos siguien-

tes: La primera es que el punto de vista desde el que Santos elabora su teoría del Derecho es el del sociólogo, el del observador interesado básicamente en dar cuenta de (y en criticar) un fenómeno, y no el punto de vista del participante que quiere contribuir a la mejora de una práctica; por supuesto, el enfoque de Santos es abiertamente político, pero su propuesta política consiste en invitar a reconstruir la práctica sobre otras bases: Por eso, sus análisis no van dirigidos propiamente al participante sino -por así decirlo- al «infiltrado» en la práctica (Santos, 1998a, p. 39). La segunda razón es que la visión posmodernista del Derecho de Santos tiene un carácter antirracionalista que le lleva a defender versiones fuertes de escepticismo epistemológico y de relativismo cultural (*vid.* Twining, 2000, pp. 204 y ss.) que hacen también imposible un discurso propiamente justificativo; como ejemplo de esto último puede servir su forma de aproximarse a los derechos humanos (Santos, 1998a, pp. 180 y ss. y 1998b, cap. 10) y su propuesta de un diálogo intercultural que, de nuevo, parece estar construido en términos retóricos, y no de un discurso crítico-racional.

Otro buen ejemplo de concepción escéptica sobre el Derecho lo constituye la obra de Duncan Kennedy, quizás el más influyente de los autores críticos en los últimos tiempos y que ha abordado en diversas ocasiones (Kennedy, 1976; 1986; 1997) el problema de la aplicación judicial del Derecho (la *adjudication*) y, por tanto, el de la argumentación jurídica.

La tesis central de Kennedy parece ser esta: Frente a la retórica de la coherencia y de la neutralidad que él atribuye a la filosofía «liberal» estándar, lo que, en su opinión, la teoría crítica del Derecho debe poner en su

lugar es la radical indeterminación del Derecho y el carácter político de la administración de Justicia.

La explicación que Kennedy dio en alguna ocasión a la indeterminación del Derecho (Kennedy, 1976; *vid.* Pérez Lledó, 1996) tenía como base la idea de que existen siempre dos formas distintas e irreconciliables de entender el mundo: Una individualista y otra altruista<sup>(15)</sup>.

---

(15) A propósito del actual *common law* de contratos y con referencia al análisis llevado a cabo por uno de esos autores «críticos», Robert Gordon, escribe Pérez Lledó (1996, p. 276): «En un primer análisis, la visión “individualista” puede verse reflejada en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, la presunción de que estas son competentes para autodeterminarse y obligarse racional y libremente, la sujeción estricta a los signos formales en que esa voluntad queda expresada (la verdadera voluntad contractual es la manifestada en la letra del contrato), la no intervención estatal en las relaciones contractuales, etc. La visión «altruista» aparecería en principio en doctrinas como las del error (*mistake*), fraude (fraude), tergiversación (*misrepresentation*), ocultación (*nondisclosure*), prevalimiento (*undue influence*), coacción (*duress*), abuso o desproporción (*unconscionability*), buena fe (*good faith*), enriquecimiento injusto (*unjust enrichment*), alteración sustancial de las circunstancias (algo así como nuestra cláusula implícita *rebus sic stantibus*), etc., así como en los argumentos de equidad (*equity*) y de interés social o *public policy* (intervención pública y regulación del mercado, protección de los consumidores, orden público, fines redistributivos, etc.). Lo interesante de este tipo de análisis de CLS –añade Pérez Lledó– es demostrar cómo las fronteras entre los elementos “individualistas” y “altruistas” del Derecho de contratos se encuentran hoy tremendamente difuminadas, y aunque ambas categorías siguen siendo útiles para dar cuenta del conflicto político-moral de fondo, no sirven ya para estructurar de manera coherente el conjunto de este sector del Derecho.»

Esta «contradicción radical» hace que el juez no pueda ser neutral, vale decir, objetivo: El Derecho, cada institución jurídica, cada acto de interpretación, siempre puede entenderse de esas dos maneras. Sin embargo, en sus últimos trabajos esa tesis parece haber sido sustituida por la de la construcción social de la realidad. No hay un mundo externo que sea independiente de nosotros y, por tanto, la objetividad en sentido estricto es imposible; mejor, es una pretensión que, en el caso del juez, tiene la función ideológica de ocultar que su conducta es simplemente estratégica: El juez no trata de alcanzar la respuesta correcta al caso que tiene que decidir, sino que persigue lograr ciertos proyectos ideológicos a partir de un material jurídico más o menos caótico y manipulable («sociolegalidad» lo llama Kennedy), que el juez vive como un límite. El juez sería como un artesano que, muchas veces, no puede construir una fina vasija con un material deficiente. Frente a los valores («modernos») de la racionalidad científica y técnica, Kennedy (y muchos otros autores críticos influidos por el pensamiento posmodernista) muestra una actitud de pérdida de fe en la racionalidad y pone el acento en lo idiosincrásico y lo subjetivo; en el tema que nos ocupa, eso le lleva a situarse en la perspectiva personal del juez que tiene que resolver un caso concreto; pero Kennedy no solo descarta la perspectiva del observador externo, sino que renuncia a la formulación de criterios generales que pudieran guiar la conducta de los jueces.

Todo lo cual, naturalmente, abona la tesis del carácter político de la administración de Justicia y le permite a Kennedy negar la legitimidad –la posibilidad– de un discurso jurídico justificativo en sentido estricto. Lo que se ventila en la aplicación judicial del Derecho (en

el establecimiento de Derecho por parte de los jueces) es una cuestión de poder. Los jueces ocultan ese poder que ejercen y que les permite perseguir sus intereses imponiéndose al criterio mayoritario que se expresa en las leyes, mediante el lenguaje de la neutralidad en el que, invariablemente, están redactadas sus resoluciones.

En opinión de Kennedy, se trata de una ocultación deliberada, esto es, los jueces mienten conscientemente y a esa mentira puede encontrarse una explicación en términos psicológicos: Sería un ejemplo de la forma típica como las personas resuelven la angustia generada por las tensiones internas (en el caso de los jueces, la tensión entre hacer justicia –realizar sus proyectos políticos– y acatar las normas vigentes), negando dichas tensiones. Y a la pregunta de por qué este discurso de ocultación deliberada es aceptado por la comunidad jurídica y por la gente en general, la respuesta es que «quieren conservar la imagen del juez neutral, en tanto que este es el símbolo social por excelencia de la imparcialidad» (Kennedy, 1999, p. 88).

Así pues, como en el caso de los realistas, el discurso jurídico justificativo en sentido estricto es imposible. Lo que existe es un discurso que esconde (deliberadamente o no) sus motivaciones reales. Y de ahí que lo único que tenga sentido propugnar sea la crítica a ese discurso pretendidamente justificativo (desvelar sus verdaderas motivaciones) o bien un uso persuasivo del mismo dirigido a la obtención de objetivos políticos e ideológicos. La teoría de la argumentación jurídica de los autores críticos, por eso, no puede consistir en otra cosa que en retórica, en crítica ideológica o en alguna combinación de ambas cosas.

## 9. Lo que queda

Este somero repaso a las concepciones del Derecho más características del siglo XX tenía como objetivo – como el lector recordará– mostrar las razones por las cuales ninguna de ellas permite dar cuenta satisfactoriamente del Derecho visto como argumentación. Y, a sensu contrario, mostrar también el camino a seguir para desarrollar esa perspectiva. Así, frente al formalismo y su concepción cerrada, estática e insular del Derecho, se necesitaría una más abierta y dinámica. El Derecho tiene que contemplarse en relación con el sistema social y con los diversos aspectos del sistema social: Morales, políticos, económicos, culturales, etc. La consideración del «contexto» lleva necesariamente a abandonar una concepción demasiado simple del razonamiento jurídico, como es la del formalismo. Sin embargo (sería el otro sentido de «formalismo jurídico»), la apertura del Derecho tiene que tener un límite; tiene que haber ciertas señas de identidad del Derecho (y del razonamiento jurídico) que lo distinga de otros elementos de la realidad social, que otorgue algún grado de autonomía al razonamiento jurídico. En la terminología de Friedman, podría decirse que el razonamiento jurídico tiene que estar míni-mamente «cerrado».

Respecto al positivismo normativista, quizás lo más importante sea comprender que el Derecho no puede verse simplemente como un objeto de estudio, como una realidad que simplemente está ahí afuera, lista para ser descrita. El Derecho es (si se quiere, además) una actividad, una empresa de la que se forma parte, en la que se participa.

La función del teórico del Derecho no puede limitarse a describir lo que hay; lo esencial es más bien un propósito de mejora de esa práctica, de mejora del Derecho. Eso significa, de alguna forma, poner en cuestión la distinción entre el ser y el deber ser, entre el discurso descriptivo y el prescriptivo; o, quizás mejor, reparar en que esa distinción solo es pertinente desde determinada perspectiva, pero no desde otras; como diría Dewey, es una distinción, no una dicotomía. Así, por ejemplo, el enunciado interpretativo emitido por un juez no describe algo preexistente, pero tampoco puede verse simplemente como una prescripción, sino que se trata más bien de una creación peculiar, un desarrollo guiado –aunque no predeterminado en todos sus aspectos– por ciertos criterios (algo intermedio entre crear y aplicar) y que, en cierto modo, tiene algo de descriptivo y de prescriptivo.

Frente al positivismo normativista, centrado en el sistema del Derecho, en el Derecho visto como un conjunto de enunciados, el realismo jurídico, el positivismo sociológico, pone el énfasis en el Derecho considerado como actividad, como una práctica social. Pero tiende a fijar su interés exclusivamente en los aspectos predictivos (y explicativos) de esa práctica, y no en los justificativos. En la consideración del Derecho como argumentación lo que importa no es solo –o fundamentalmente– la conducta de los jueces y de otros actores jurídicos, sino también el tipo de razones que justifican (y, en parte, también guían) esas conductas. Por lo demás, el discurso justificativo es incompatible con el emotivismo axiológico defendido por los realistas; dicho de otra manera, el enfoque del Derecho como argumentación está comprometido con un objetivismo mínimo en materia

de ética. El realismo jurídico supone una concepción en diversos sentidos más amplia que la del positivismo normativista (por ejemplo, en cuanto al sistema de fuentes) y una concepción dinámica e instrumental del Derecho. Pero reduce el Derecho a racionalidad instrumental y estratégica; excluye la deliberación racional sobre los fines (para los instrumentalistas no hay propiamente fines internos propios del Derecho, sino tan solo fines externos) y, por ello, es una concepción que niega la racionalidad práctica en el sentido estricto de la expresión.

El problema de las concepciones iusnaturalistas es, en cierto modo, el opuesto, a saber: La dificultad de justificar la noción de racionalidad práctica de la que se parte y de que esta pueda ajustarse con la racionalidad interna del Derecho: Ello explica la tendencia a desentenderse del Derecho en cuanto fenómeno social e histórico, o bien a presentarlo en forma mixtificada, ideológica). Uno de los aspectos –quizás el más difícil– del enfoque del Derecho como argumentación consiste en ofrecer una reconstrucción satisfactoria del razonamiento jurídico que dé cuenta de sus elementos morales y políticos; o, dicho de otra manera, de las peculiaridades del razonamiento jurídico dentro de la unidad de la razón práctica.

Finalmente, el marxismo y las teorías críticas del Derecho no pueden dar cuenta del discurso justificativo, el cual presupone cierto grado de aceptación del Derecho. El formalismo jurídico simplifica mucho las cosas, ve más orden del que realmente hay. Pero las tesis de la indeterminación radical del Derecho, de la disolución del Derecho en la política, etc., imposibilitan que se pueda dar cuenta del discurso interno del Derecho, esto es, no

dejan lugar para un discurso que no sea ni descriptivo, ni explicativo, ni puramente crítico. No corresponde, por ello, hablar ni de método jurídico ni de argumentación en sentido estricto, sino únicamente de uso instrumental o retórico del Derecho. Como decía, la visión del Derecho como argumentación presupone cierto grado de aceptación del Derecho pero, naturalmente, eso no supone la aceptación de cualquier sistema jurídico. Por eso, ese tipo de enfoque cobra especial relevancia en relación con el Derecho del Estado constitucional y puede resultar irrelevante (cuando no, ideológico) en relación con otros tipos de sistemas jurídicos: No sólo en un Derecho como el del nacionalsocialismo, sino, en general, en ordenamientos jurídicos que no recojan un sistema mínimo de derechos. El escepticismo con el que muchos autores «críticos» se refieren a los derechos fundamentales (siguiendo en cierto modo una tradición que comienza con Marx) muestra su alejamiento de lo que actualmente constituye una seña de identidad de la izquierda (las ideologías de izquierda son las que, en nuestros tiempos, sostienen con mayor énfasis la «lucha por el Derecho» y la «fe en el Derecho») y, en cierto modo, sugiere que quizás haya algo de equivocado (pues incurriría en una especie de «contradicción pragmática») en una concepción que al mismo tiempo que promueve el compromiso con la práctica, renuncia a establecer criterios que puedan servir de guía.

Me parece que los déficit que acabo de señalar, y los cambios en los sistemas jurídicos provocados por el avance del Estado constitucional, es lo que explica que en los últimos tiempos (aproximadamente desde finales de la última década del siglo XX) se esté gestando una nueva concepción del Derecho que no se deja ya definir

a partir de los anteriores parámetros. Se sigue hablando de positivismo jurídico (incluyente, excluyente, ético, crítico, neopositivismo, etc.), al igual que de neorealismo, neoiusnaturalismo, etc., pero las fronteras entre esas concepciones parecen haberse desvanecido considerablemente, en parte porque lo que ha terminado por prevalecer son las versiones más moderadas de cada una de esas concepciones. En este cambio de paradigma, la obra de Dworkin (a pesar de sus ambigüedades) ha sido quizás la más determinante, el punto de referencia a partir del cual se toma partido en amplios sectores de la teoría del Derecho contemporánea. Y, de hecho, muchos otros autores procedentes de tradiciones filosóficas y jurídicas muy diversas entre sí (el positivismo jurídico, el realismo, la teoría crítica, la hermenéutica, el neomarxismo, etc.) han defendido en los últimos tiempos tesis que, en el fondo, no se diferencian mucho de las de Dworkin; pienso en autores como MacCormick, Alexy, Raz, Nino o Ferrajoli. Entre ellos existen, desde luego, diferencias que, en ocasiones, no son despreciables, pero me parece que a partir de sus obras pueden señalarse ciertos rasgos característicos de esa nueva concepción. Ninguno de esos autores asume todos los rasgos que ahora señalaré, pero sí la mayoría (o, al menos, un número significativo) de los mismos que, por lo demás, están estrechamente ligados con el enfoque argumentativo del Derecho. Serían los siguientes: 1) La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario – además de las reglas – para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico; 2) La tendencia a considerar las normas – reglas y principios – no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, sino a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico; 3) la

idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto –o no tan solo– en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, sino –o también– en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc; 4) ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho; 5) el debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho, las cuales no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos; 6) el entendimiento de la validez en términos sustantivos y no meramente formales: Para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la Constitución; 7) la idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas –de sujeción del juez a la ley– pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales; 8) La tesis de que entre el Derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco; incluso aunque se piense que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana, esa regla incorporaría criterios sustantivos de carácter moral y, además, la aceptación de la misma tendría necesariamente un carácter moral; 9) la tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: El Derecho, la moral y la política<sup>(16)</sup>;

---

(16) Raz, por supuesto, con su tesis del positivismo «excluyente» no suscribiría estas dos últimas tesis, como tampoco Ferrajoli.

10) como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es solo razón instrumental, sino razón práctica (no solo sobre medios, sino también sobre fines); la actividad del jurista no está guiada –o no está guiada exclusivamente– por el éxito, sino por la idea de corrección, por la pretensión de justicia; 11) la difuminación de las fronteras entre el Derecho y el no Derecho y, con ello, la defensa de algún tipo de pluralismo jurídico; 12) la importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones –y, por tanto, en el razonamiento jurídico– como característica esencial de una sociedad democrática; 13) ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso. 14) la consideración de que el Derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada, lo que lleva también en cierto modo a relativizar la distinción entre moral positiva y moral crítica<sup>(17)</sup>.

---

(17) Nino ha señalado lo siguiente: «[P]ero tan importante como distinguir la moral positiva y la moral ideal es advertir sus puntos de contacto. Uno de esos puntos está dado por el hecho de que sin la formulación de juicios acerca de una moral ideal no habría moral positiva. (...) Pero también hay relaciones entre la moral ideal y la moral positiva que van en la otra dirección. Esto se advierte si centramos la atención en una esfera de la moral positiva que no está constituida por pautas sustantivas de conducta,

## 10. Sobre el pragmatismo jurídico

Antes he señalado que detrás de esta última concepción había presupuestos filosóficos muy diversos entre sí. Pero quizás tengan también algo en común; o, dicho probablemente en forma más exacta, lo que desde la perspectiva del Derecho como argumentación viene a unificar a esos y a otros autores y permite utilizar muchas de sus aportaciones como si se tratase de una concepción unitaria del Derecho es una filosofía de tipo pragmatista. Me explicaré.

El pragmatismo en relación con el Derecho parece suponer la aceptación de tesis como las siguientes (*vid.* Posner, 1990; Smith, 1990): 1) La necesidad de considerar el Derecho y los problemas jurídicos en relación con el contexto; 2) el tener en cuenta (si se quiere, una

---

sino por la práctica del discurso o argumentación moral que contribuye a generar tales pautas y que constituye una técnica social para superar conflictos y facilitar la cooperación a través del consenso (...) tales juicios no se formulan en el vacío, sino en el contexto de esta práctica social a la que subyacen criterios procedimentales y sustantivos de validación, como la universalidad, generabilidad y aceptabilidad de los juicios en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento. Por supuesto que esta práctica del discurso moral con sus criterios subyacentes, práctica que no es moralmente justificable sin circularidad aunque su expansión sea causalmente explicable, es un producto histórico; se puede perfectamente distinguir entre la actual práctica del discurso moral, de origen iluminista, y otras que están basadas en la autoridad divina o en la tradición» (Nino, 1989, pp. 33 y 34). Agradezco a Victoria Roca por haberme hecho notar este elocuente pasaje de la obra de Carlos Nino.

consecuencia de lo anterior) que las teorías, o las doctrinas, se elaboran con un propósito y van dirigidas a un determinado auditorio; 3) el rechazo de una concepción demasiado abstracta del Derecho; no significa que se esté en contra de los conceptos o de las teorías, sino que unos y otras deben estar elaborados en el nivel de abstracción adecuado; 4) una visión instrumental y finalista del Derecho; el Derecho es un instrumento para resolver (o prevenir, o tratar) conflictos, un medio para la obtención de fines sociales; lo que no tiene por qué excluir que exista también algo así como «fines internos», propios del Derecho. 5) la vinculación del Derecho con ciertas necesidades prácticas de los hombres; 6) el énfasis que se pone en las consecuencias, en el futuro; eso tampoco excluye que se tome en consideración el pasado, pero sí que este se valore por sí mismo, y no por su contribución a la obtención de ciertos resultados futuros.<sup>(18)</sup>; 7) la idea de que la verdad (al menos en el terreno de la práctica) no consiste en la correspondencia de los enunciados con el mundo, sino en que esos enunciados resulten útiles, y de ahí la importancia del diálogo y del consenso como criterio de justificación; y 8) La importancia de la práctica como medio de conocimiento: Se aprende a argumentar argumentando, etc.

Entendido de esta manera tan amplia, tanto Ihering como Holmes, el realismo jurídico en general, Dworkin, las teorías críticas del Derecho o el movimiento del análisis económico del Derecho caerían dentro del

---

(18) Véase la argumentación de Smith (1990) justificando que Dworkin también sería un pragmatista.

pragmatismo. Por ello se trata, de una noción muy amplia, que va más allá del «instrumentalismo pragmático» que, en opinión de Summers (1982), caracterizó a la corriente principal de la filosofía del Derecho norteamericano desde finales del siglo XIX. La diferencia fundamental estaría en que este pragmatismo amplio no está comprometido con el relativismo axiológico y no lleva tampoco a identificar corrección con eficiencia. Dicho de otra manera, es un pragmatismo compatible con la razón práctica entendida en su sentido fuerte y al que, por ello, no se aplicaría el sarcasmo de Chesterton dirigido contra el pragmatismo clásico: «si el pragmatismo tiene que ver con las necesidades humanas, una de las primeras necesidades del hombre es la de no ser pragmático» (*vid.* Menand, 1997, p. XII).

Lo que viene a significar todo esto es que el pragmatismo, así entendido, no puede considerarse como una filosofía más del Derecho. En este sentido, Toulmin expresó lo siguiente: «La gente habla de las actitudes americanas hacia el Derecho, como hacia muchas otras cosas, como unas actitudes caracterizadas por el pragmatismo. Y alguna gente, desde un punto de vista europeo, piensa que ese es un defecto del pensamiento americano y de la práctica americana. Piensa que los americanos son muy propensos al compromiso, que no tienen una comprensión suficiente de los principios. Pero yo creo que decir esto es malentender el significado del pragmatismo en la escena americana. El pragmatismo no es otra teoría más, para ser discutida por la *intelligentsia*, el pragmatismo es el nombre de una actitud mental en que el valor de la teoría se juzga por el grado en que esa

teoría puede ponerse en práctica, en que cabe efectuar con ella cambios para el bien de los hombres» (Toulmin, 1992, pp. 353-355).

Otra manera, más o menos equivalente, de decir lo mismo sería lo siguiente: El pragmatismo jurídico no es exactamente una teoría sobre el Derecho, ni tampoco necesariamente una actitud hacia el Derecho y hacia la teoría jurídica. «El pragmatismo jurídico se entiende mejor como un tipo de exhortación acerca de la teoría: Su función no es la de decir cosas que los juristas y los jueces no sepan, sino la de recordar a los juristas y a los jueces lo que ya saben pero frecuentemente no practican» (Smith, 1990, p. 2). Ese tipo de prédica, naturalmente, es tanto más importante cuanto más una cultura jurídica (la cultura jurídica interna) se olvida de actuar como debiera. En mi opinión, la teoría del Derecho que se suele elaborar en los países latinos (tanto la dogmática como la teoría general) adolece precisamente de ese defecto: De falta de pragmatismo, de incapacidad para incidir en las prácticas jurídicas. De manera que bien puede decirse que, para nosotros, la primera necesidad de la teoría es la de tomarse el pragmatismo en serio.

Mario Losano escribió en una ocasión (Losano, 1985) que en las ciencias humanas todo se ha dicho ya, por lo menos una vez. Si ello es así, el papel de la teoría del Derecho no puede ser el de pretender elaborar algo radicalmente original. De lo que se trata es más bien de contribuir a elaborar una concepción articulada del Derecho que realmente pueda servir para mejorar las prácticas jurídicas y, con ello, las instituciones sociales.

## 11. Derecho, conflicto y argumentación

El pragmatismo (como se acaba de ver es) (en un cierto nivel) la única filosofía del Derecho posible; digamos, el trasfondo último (la actitud metateórica) de cualquier teoría del Derecho. Y si es compatible tanto con el neomarxismo como con la teoría del discurso o con muchas filosofías de cuño analítico, ello se debe, simplemente, a que una y otras se mueven en planos distintos. Esta diferencia de planos es lo que permite también que, desde la perspectiva de lo que he llamado el enfoque argumentativo del Derecho (y que no es exactamente una concepción del Derecho, sino –digamos– un aspecto precisamente del pragmatismo jurídico), se pueda sacar provecho de muchas aportaciones pertenecientes a esas distintas tradiciones.

Así, no es posible construir una teoría de la argumentación jurídica que cumpla las funciones teóricas, prácticas y pedagógicas a las que antes se aludió, si se deja de lado un adecuado análisis estructural del Derecho –si no se presupone, por ejemplo, una suficiente teoría de los enunciados jurídicos–; si no se toma en consideración la vinculación de los procesos argumentativos con el comportamiento de los jueces y otros operadores jurídicos; las relaciones entre el razonamiento propiamente jurídico y el de naturaleza moral y política –y, en general, las relaciones entre el Derecho y el mundo de los valores–; los límites (formales) del razonamiento jurídico; o los elementos ideológicos y de poder que, por supuesto, se pueden hallar en el Derecho y en el razonamiento jurídico.

Lo que el enfoque del Derecho como argumentación trata de hacer es conectar todos esos elementos de análisis a partir de una concepción dinámica, instrumental y «comprometida» del Derecho que arranca de la noción de conflicto.

El conflicto es, en efecto, el origen del Derecho, lo que lleva a verlo como un instrumento, una técnica (no necesariamente neutral), de tratamiento (lo que no siempre implica solución) de problemas de cierto tipo. Además, una característica del Derecho contemporáneo, como se ha visto, es que las tomas de decisión en relación con los conflictos tienen que estar sustentadas por razones de cierto tipo, por argumentos. El Derecho puede verse por ello (aunque esa no sea la única perspectiva posible) como una compleja institución volcada hacia la resolución (o el tratamiento) de conflictos por medios argumentativos y en las diversas instancias de la vida jurídica.

Así, argumenta, por supuesto, el juez que tiene que resolver un conflicto tomando una decisión y motivándola. Pero también el abogado que trata de persuadir al juez para que decida en un determinado sentido; o que asesora a un cliente para que emprenda un determinado curso de acción; o que negocia con otro abogado la manera de zanjar una disputa. Y el legislador que propone la elaboración de una ley para lograr tales y cuales finalidades, que defiende que tal artículo tenga este u otro contenido, etc. En realidad, no hay práctica jurídica que no consista, de manera muy relevante, en argumentar, incluidas las prácticas teóricas. ¿Acaso no puede verse la dogmática jurídica como una gran fábrica de argu-

mentos puestos a disposición de quienes se ocupan de la creación, aplicación e interpretación del Derecho? Y si la experiencia jurídica consiste de manera tan prominente en argumentar, ¿no parece inevitable que la teoría del Derecho tenga que construirse en muy buena medida como una teoría de la argumentación jurídica?

## 6. Sobre la analogía en el Derecho<sup>(\*)</sup>

---

\*) Este trabajo es un resumen del libro que con el mismo título publicó la editorial Civitas (Madrid) en 1986.



I. El término «analogía» y el concepto de analogía han tenido –y siguen teniendo– una considerable importancia en el campo de la filosofía, de la ciencia y del Derecho. Sin embargo, o quizás como consecuencia de ello, la noción de analogía es de difícil o de imposible definición, dado que no existe un concepto de analogía sino una pluralidad de conceptos, más exactamente una «familia de conceptos»<sup>(1)</sup>. Todos ellos parecen tener en común un cierto «aire de familia» y parecen compartir, al menos, un mismo rasgo: La idea de semejanza o similitud.

Por lo demás, y particularmente en contextos jurídicos, es importante no confundir el concepto de analogía y la palabra «analogía». Así, Aristóteles (en el libro V de la *Ética a Nicomaco*)<sup>(2)</sup> hablaba de analogía para referirse a la proporción: La justicia es una proporción, una igualdad de razones: A es a B como C es a D, mientras

---

(1) Cfr. E. Melandri (1974) *é corretto l' uso dell analogia nel diritto?*, in «Studi in memoria di Angelo Gualandi», vol. II, Urbino, 1969, pp. 109-132; (id) *L' analogia, la proporzione, la simetria*, ISEDI, Miàlano.

(2) Cfr. Aristóteles (1981) *Ética e Nicómaco*, V. 3 (ed. de M. Araujo y J. Marías). Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, pp. 74 y 75.

que denominaba παραδειγμα<sup>(3)</sup> o ejemplo a un tipo de argumento, al que hoy generalmente llamamos analogía, que permite pasar de la parte a la [parte de «la guerra de los tebanos contra los focenses (fue un mal)» a «la guerra de los atenienses contra los tebanos también será un mal»] a través de una proposición general («es malo hacer la guerra a los vecinos»). En la jurisprudencia europea<sup>(4)</sup>, la *interpretatio analogica*, a partir del XVI, fue un tipo de interpretación que trataba de eliminar las aparentes contradicciones de un cuerpo de leyes comparando (de ahí el nombre de «analógica») las distintas leyes entre sí; posteriormente, en el siglo XVII-XVIII, la expresión *interpretatio analogica* tiende a ser sustituida por la de *analogía iuris* que, con el tiempo, llegó a tener el sentido de procedimiento general para llenar las lagunas. Finalmente, aparecerá la distinción entre *analogía legis*, o sea, la extensión de la solución prevista en la ley para un determinado caso, a otro no previsto (que es el sentido hoy usual de analogía), y *analogía juris*, o sea, el procedimiento para llenar las lagunas pero no a partir de una ley, sino a partir de los principios generales del Derecho.

Pero todavía para Savigny, de quien procede la actual distinción entre interpretación extensiva y analogía, la analogía es preponderantemente *analogía iuris* más bien que *analogía legis*.

(3) Cfr. Aristóteles (1982) *Primeros Analíticos*, cap. 24 (ed. de F. Larroyo), in *Tratado de Lógica. (El Organón)*. México: Ed. Porrúa, p. 145.

(4) Sobre la historia del concepto de analogía en la jurisprudencia. Cfr. N. Bobbio (1938). *L' analogia nella logica del diritto*, Memorie dell' Instituto Giuridico, XXXVI, Torino.

Esencialmente, cabe distinguir tres nociones de analogía:

1. La primera, se refiere a la idea de analogía como relación de semejanza. Dos entidades, X e Y, son análogas si tienen alguna propiedad o elemento en común. O, dicho de otra manera, X e Y, son análogos si son iguales en algunos aspectos.

Santo Tomás, y en general los escolásticos, hablaban de analogía de atribución (que distinguían de la analogía de proporcionalidad) para referirse a la semejanza existente entre dos o más términos (los analogados) que se comparan en relación con alguna propiedad que se atribuye en un sentido no unívoco a los analogados. Los términos análogos no son, pues, ni unívocos ni equívocos, ya que no designan un único concepto, pero tampoco conceptos nítidamente diferentes, sino una pluralidad de conceptos conectados (analogicamente) entre sí. Así, la sabiduría se atribuye tanto a Dios como a Sócrates, y el ser se dice tanto de la substancia como del accidente.

Despojada de sus connotaciones metafísicas (la doctrina de la analogía –de la analogía del ser– en la teología escolástica se utiliza esencialmente para resolver el problema de la relación entre Dios y las criaturas) esta noción de analogía, referida a los conceptos (Santo Tomás hablaba de «nombres» refiriéndose a palabras con sentido, es decir, a conceptos), viene a coincidir ampliamente con lo que hoy solemos denominar conceptos vagos, conceptos abiertos o conceptos borrosos, vale decir, conceptos que se aplican, *prima facie*, a una caso

central y, en forma derivada (analógica), a los casos de la penumbra. Por ejemplo, el concepto de Derecho es analógico pues se aplica tanto a los sistemas jurídicos estatales evolucionados como a los Derechos de las sociedades primitivas o al Derecho internacional.

2. La segunda noción de analogía es la analogía como semejanza entre relaciones y no ya como relación de semejanza. Por ejemplo, en el esquema aristotélico de la *Ética a Nicómaco*, lo que es semejante no son los términos entre sí, sino la relación de dos de ellos con los otros dos. Lo que se ha llamado la «hipótesis fundamental de la cibernética» es una analogía que podría formularse así: «Los sistemas nerviosos son a los organismos, lo que los dispositivos de retroalimentación son a las máquinas cibernéticas». Y lo que podríamos denominar la hipótesis fundamental de la lógica deóntica, así: «Lo obligatorio es a lo permitido y a lo prohibido, como lo necesario a lo posible y a lo imposible». La analogía en este segundo sentido (la analogía de relaciones) no implica la analogía en el primero (la relación de analogía), pero el primer tipo de analogía sí que implica el segundo. Dicho de otra manera, la relación de analogía puede formularse siempre como una analogía de relaciones. Por ejemplo, si decimos que los casos jurídicos X e Y son análogos porque comparten la característica Z, dicha relación puede expresarse también así: X es a Z como Y es a Z.
- 3) La tercera noción de analogía es la analogía como argumento. El argumento o razonamiento analógico

es una inferencia, una de cuyas premisas es una proposición que expresa una analogía en alguno de los dos sentidos (o en los dos) que se acaban de distinguir. Por ejemplo, si en el país A están prohibidas las corridas de toros entonces, por analogía, cabe inferir que también lo están las peleas de gallos, las peleas de perros o los combates de boxeo.

Aquí me ocuparé esencialmente de esta última noción de analogía, vale decir, del argumento por analogía que entra en juego en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho. Pero, por lo demás, dicha noción de analogía es sustancialmente la misma que cabe encontrar en la dogmática jurídica, dado en que los cultivadores de esta actividad proponen criterios para llevar a cabo dichas operaciones. Sin embargo conviene insistir en que este tercer concepto presupone los dos anteriores.

El argumento por analogía es considerado, en general, como el más característico de los razonamientos jurídicos y, en ocasiones, se ha llegado incluso a identificar argumentación jurídica con argumentación por analogía. Pero la analogía jurídica ha suscitado y suscita un buen número de interrogantes. Entre otros, podrían señalarse los siguientes: ¿Es la analogía un procedimiento de inferencia lógica? ¿Puede reducirse la analogía a inducción? ¿Es equivalente el razonamiento jurídico por analogía a inducción? ¿Es equivalente el razonamiento jurídico por analogía a los razonamientos por analogía que se efectúan en otros campos, por ejemplo en el de la ciencia? ¿Es posible distinguir la analogía de la interpretación extensiva? ¿Y del recurso a los principios generales del Derecho (esto es, la analogía legis de la analogía iuris)? ¿Qué relación guarda la analogía con la justicia?

¿Opera del mismo modo en los sistemas de Derecho continental que en los de common law? ¿Puede un sistema jurídico prescindir de la analogía? ¿Es la analogía una fuente del Derecho? ¿Cuál es el fundamento de la analogía? ¿Es efectiva, o tiene solo un valor retórico, la prohibición de la analogía en determinadas esferas, como el Derecho penal y el Derecho excepcional? ¿El recurso a la analogía implica siempre la existencia previa de una laguna jurídica? ¿Cuáles son los límites entre la analogía y las ficciones jurídicas? ¿Es efectivamente un mecanismo de autointegración del sistema? ¿Qué papel juegan los juicios de valor en la analogía? ¿Cuál es la colaboración política de la analogía, si es que cabe hablar así? ¿Qué tipo de igualdad promueve? ¿Cabe considerar también como argumentos por analogía a los *argumenta a fortiori*? ¿Qué relación existe entre el argumento por analogía y el argumento *a contrario*? ¿Se dispone actualmente de algún sistema de lógica que permita representar y manejar con rigor este argumento? ¿Qué papel juega la analogía en la aplicación de la inteligencia artificial al Derecho?(...). En la parte final de mi exposición, y después de pasar sucinta revista a las que, creo, son las concepciones de la analogía jurídica más características del último medio siglo, trataré de ofrecer algunas respuestas a, al menos, algunos de estos interrogantes.

II. La primera de estas concepciones de la analogía jurídica es la de Norberto Bobbio. Si uno analiza sus diversos trabajos sobre este tema<sup>(5)</sup>, se podrá observar

---

(5) Las obras de Bobbio que tomo aquí en cuenta son los siguientes: *L' analogia nella logica del diritto*, cit.; *Analogia*,

que el filósofo italiano mantuvo, a lo largo de su obra, posturas bastante diferentes entre sí con respecto a los diversos problemas que suscita la analogía en el Derecho. La evolución de su pensamiento puede sintetizarse en el siguiente cuadro:

|  | 1938  | 1957  | 1966  | 1968  |
|--|---|---|---|-------|
| Concepto   | Operación consistente en atribuir a un caso o materia no regulados expresamente, la disciplina prevista para un caso o materia similares.                                     | Idem.   | Idem.   | Idem. |
| Estructura Lógica del razonamiento por analogía      | Fórmula típica con que se puede revestir un razonamiento deductivo o inductivo.   | Razonamiento inductivo (según lo que en 1938 llamaba «inducción»).  | Procedimiento de subsunción indirecta (razonamiento deductivo). |       |
| Validez lógica y fundamento normativo de la analogía | Validez lógica y validez jurídica son términos equivalentes. La analogía no necesita normas jurídicas que la regulen. El ordenamiento jurídico no puede prohibir la analogía. | Validez lógica no es lo mismo que validez jurídica. La validez jurídica depende de alguna norma explícita o implícita del ordenamiento. El ordenamiento jurídico puede prohibir la analogía en ciertas esferas. |   |       |

---

in «Novísimo Digesto Italiano», I, UTET, Torino, 1957; *Principi generali del diritto*, in «Novissimo Digesto Italiano», XIII, UTET, Torino, 1966; *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in «Giurisprudenza italiana», 1968, pp. 695-702.

|   | 1938   | 1957  | 1966  | 1968   |
|---|--|---|---|--|
| Interpretación extensiva y analogía         | Interpretación extensiva y analogía son términos equivalentes. No puede prohibirse la analogía y permitirse la interpretación extensiva. | Interpretación extensiva y analogía tienen la misma estructura, pero distinta función. Puede prohibirse la analogía y permitirse la interpretación extensiva. |   | Desde un punto de vista operativo es posible que no tengan distinta función. |
| Analogía y principios generales del derecho | Son procedimientos que «no tienen nada que ver», a que cumplan una misma función (de integración).                                       | Idem (misma función, pero distinta estructura).   | La analogía es una especie del género «principios generales del Derecho». |  |

La clave de estos cambios de opinión reside, según creo, en su análisis de la estructura lógica del argumento por analogía. Bobbio parte del esquema clásico de la analogía:

- (1) M es P
- (2) S es semejante a M
- (3) S es P

Como dicha fórmula, obviamente, no es deductivamente válida, es necesario desarrollar la premisa (2), vale decir, la parte típica de dicha fórmula a fin de darle validez. Así, se puede añadir, y como desarrollo de (2), las siguientes premisas:

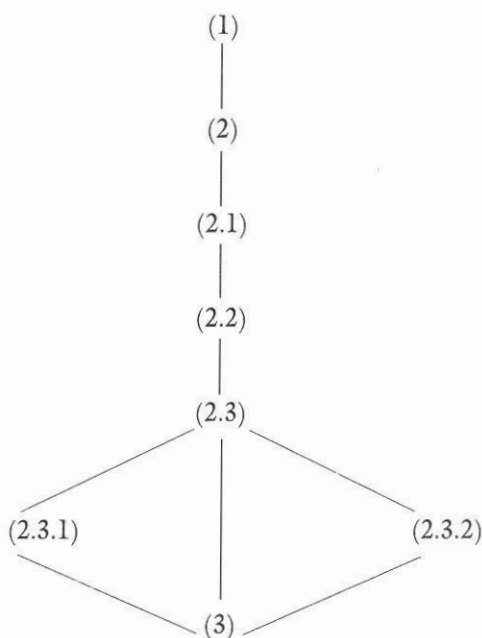
- (2.1) S es X
- (2.2) M es X
- (2.3) X es la razón suficiente de que M sea P

El problema ahora es qué hay que entender en (2.3) por «razón suficiente». Al respecto, Bobbio parece pensar en dos posibilidades:

(2.2.1) Todos los X son P

(2.3.2) X es la causa de que M sea P

Lo anterior puede expresarse en el siguiente gráfico:



En donde, claramente, solo el recorrido de la izquierda muestra un esquema lógicamente válido.

Sin embargo, Bobbio comienza (en 1938) distinguiendo dos procedimientos analógicos: Uno deductivo (recorrido de la izquierda) y otro inductivo (recorrido de la derecha), y considera a ambos lógicamente válidos. En

1957 parece haber entendido el razonamiento analógico más bien como razonamiento inductivo, vale decir, como lo que en 1938 había llamado inducción (recorrido de la derecha). Y, en 1966, acabará por considerarlo como un razonamiento deductivo (recorrido de la izquierda). No cabe entrar ahora en detalles, pero su punto de vista con respecto a los otros problemas tratados está ligado, y de manera bastante lógica, con estas distintas formas de entender la estructura del razonamiento. Por ejemplo, si se considera, como lo hace en 1938, que los dos procedimientos analógicos (deductivo e inductivo) son válidos lógicamente, entonces la analogía no necesitará normas jurídicas que la regulen, el ordenamiento jurídico no podrá prohibir la analogía, etc.

Dado que Bobbio se sirve únicamente de la lógica tradicional para tratar el argumento por analogía, cabe plantearse si utilizando el instrumental de la lógica formal moderna puede darse algún paso hacia delante en la tarea de esclarecer dicho argumento.

Y este es precisamente uno de los objetivos que persiguió Ulrich Klug en su *Juristische Logik* (1951)<sup>(6)</sup>. Klug estudia, en primer lugar, las diversas teorías de la lógica clásica sobre la analogía que, en su opinión, habrían coincidido en afirmar lo siguiente: 1. El argumento por analogía cae dentro de la clase de las conclusiones mediatas (la conclusión proviene al menos de dos premisas). 2. En la analogía se concluye de lo particular a lo particular y, según algunos, también de lo universal a lo universal; en la analogía se trataría, pues, siempre de una «conclusión

---

(6) Klug, Ulrich (1982) [1951]. *Juristische Logik*, Berlin, 4ª ed. Springer - Verlag.

nivelada» (Ziehen), lo que la distingue tanto de la deducción (paso de lo universal a lo particular) como de la inducción (paso de lo particular a lo universal). 3. Prescindiendo de la analogía exacta o completa (una de cuyas premisas sería una porporción matemática), la conclusión a que lleva el razonamiento analógico es siempre un juicio problemático, en el sentido de que es simplemente plausible: La conclusión no se deriva necesariamente de las premisas (de ahí su carácter «incompleto»).

Luego, utilizando la lógica de clases, elabora el siguiente esquema de razonamiento por analogía:

$$\begin{array}{r} \alpha \subset \beta \\ \gamma \subset \delta \\ \hline \alpha \subset \delta \end{array}$$

Y ofrece como ejemplo del mismo el siguiente:

- Los contratos que tienen por objeto la transmisión onerosa de negocios comerciales ( $\alpha$ ) pertenecen a la clase de los contratos análogos a los de compraventa ( $\beta$ ).
- Los contratos de compraventa ( $\gamma$ ) pertenecen a la clase de los contratos a los que se aplica los artículos 433 y siguientes del código civil alemán ( $\delta$ )
- Por tanto, a los contratos que tienen como objeto la transmisión de negocios comerciales ( $\alpha$ ), se les aplica los artículos 433 y siguientes del código civil alemán ( $\delta$ ).

Ahora bien, este esquema no expresa un argumento válido desde el punto de vista lógico deductivo. Para

conseguir que lo fuera, habría que modificar la segunda premisa, en el siguiente sentido:

$$\frac{\alpha \subset \beta \quad (\beta \cup \gamma) \subset \Delta}{\alpha \subset \delta}$$

La segunda premisa se leería ahora así: tanto los contratos análogos a los de compraventa como los contratos de compraventa pertenecen a la clase de los contratos a los que se aplica los artículos 433 y siguientes del código civil alemán. La clave de la analogía reside precisamente en el paso de  $(\gamma \subset \delta)$  a  $(\beta \cup \gamma \subset \delta)$  y, en particular, en el concepto de «círculo de semejanza» que es como Klug llama a la clase  $(\beta \cup \gamma)$ , vale decir, a la integrada por todos los elementos que bien pertenecen a  $\beta$  bien a  $\gamma$  o a ambas. Para usar las propias palabras de Klug: «Los criterios para la admisibilidad de un razonamiento por analogía, en tanto el respectivo círculo de semejanza no se ha definido todavía, no son criterios lógicos sino teleológicos. Pero una vez que el círculo de semejanza está definido, la analogía adopta entonces una forma exacta y la cuestión de si un razonamiento por analogía está permitido puede decidirse de manera precisa».<sup>(7)</sup>

La crítica más frecuente que se le ha dirigido a Klug —y aunque él siempre fuera consciente de ello— es que su esquema solo refleja un aspecto deductivo secundario o, si se quiere, la inferencia con el que se termina el argumento por analogía. Pero no lo característico del razonamien-

---

<sup>(7)</sup> *Op. cit.*

to jurídico por analogía, esto es, el proceso de descubrimiento y confirmación de la segunda premisa, por el que Klug no muestra ningún interés, ya que considera que se trata de una operación teleológica o valorativa, ajena por completo a la lógica.

Dado que Klug entiende la lógica jurídica como la aplicación al campo del Derecho de la lógica formal general (la lógica jurídica es, en su opinión, «la teoría de las reglas lógico-formales que llegan a emplearse en la aplicación del Derecho»), ¿no podría ser el caso de que quienes entienden la lógica jurídica bien como lógica deóntica o bien como teoría de la argumentación (al estilo, por ejemplo, de la nueva retórica de Perelman) estén en condiciones de ir más allá de donde Klug se detiene? Veámoslo.

Un planteamiento sumamente original de la analogía, en el que se utilizan operadores deónticos, es el de Carlos Alchourrón, en un breve artículo de 1961<sup>(8)</sup>. Alchourrón parte de la idea de que existen dos tipos de argumentos por analogía que se usan para ampliar el campo de una norma jurídica ya existente: Los argumentos *a fortiori* y *a pari*. Los primeros, a su vez, pueden subdividirse en argumentos *a maiori ad minus* y *a minori ad maius*, según que el principio en que se apoyen sea el formulado en el aforismo «quien tiene derecho a lo más tiene derecho a lo menos», o bien en este otro: «Si está prohibido lo menos, está prohibido lo más». La

---

(8) Alchourrón, C. (1961) *Argumentos jurídicos «a fortiori» y «a pari»*, en *Revista jurídica de Buenos Aires* IV. (German translation, *Juristische Schlüsse a fortiori und a pari*, in «ARSP», 1965, Beiheft 41, Neue Folge 4).

tesis de Alchourrón es que los argumentos *a fortiori* y *a pari* no son válidos lógicamente, pero la lógica –en particular, la lógica de relaciones– puede aclararlos, en el sentido de mostrar bajo qué condiciones serían válidos.

Un ejemplo de argumento *a pari* con el operador «permitido» y acompañado de su correspondiente esquema lógico, sería el siguiente:

- Están permitidos los préstamos al 12% anual  
Px
- Un préstamo al 12% anual es tan raro como uno al 1% mensual  
S x y
- Los préstamos que son tan caros como los permitidos, están permitidos  
Her (P, S)
- Los préstamos al 1% mensual están permitidos  
Py

El anterior esquema solo es válido, desde el punto de vista lógico, si se dan las siguientes condiciones: 1. S es una relación de equivalencia, esto es, una relación transitiva, simétrica y reflexiva. Y 2. La característica P (o, en su caso, O Ph o F) se transmite (es heredable) a través de la relación S. En definitiva, su validez no depende de razones estrictamente formales.

Ahora bien, me parece que al considerar a la relación que interviene en los argumentos *a pari* (la relación S) como una relación de equivalencia, Alchourrón se aparta de lo que realmente suelen entender los juristas por argumento *a pari*, *a simili* o por analogía. En tales

argumentos, la relación que entra en juego no es una relación de equivalencia, sino una relación de semejanza, esto es, una relación reflexiva y simétrica, pero no necesariamente transitiva: X puede ser semejante a Y e Y semejante a Z, sin que por ello X sea semejante a Z.

También la fórmula de la analogía sugerida por Robert Alexy, en su *Theorie der juristischen Argumentation*<sup>(9)</sup>, utiliza operadores deónticos. La fórmula de Alexy, que sustancialmente viene a coincidir con las ofrecidas por otros autores como Peczenik o Kalinowski, es la siguiente:

- (1)  $(x) (Fx \vee F_{sim}x \rightarrow OGx)$
- (2)  $(x) (Hx \rightarrow F_{sim}x)$
- (3)  $(x) (Hx \rightarrow OGx) (1), (2)$

Esto es:

- Para toda acción x, si x es F (supuesto de hecho legal) o semejante a F, entonces debe ser (es obligatorio) G (consecuencia jurídica).
- Para toda acción x, si x es H (supuesto no previsto por la ley), entonces x es semejante a F.
- Por tanto, para toda acción x, si x es H, entonces debe ser también G.

La fórmula es, como se ve, enteramente semejante a la de Klug; sin embargo, el orden de las premisas

(9) Alexy, R., (1978) *Theorie der juristischen Argumentation. Die theorie des rationalen Diskurses als theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt a M.

está alterado: La primera premisa de la fórmula de Alexy es la segunda de la de Klug. Es interesante señalar, sin embargo, que la analogía cumple también en la obra de Alexy un papel fundamental, en cuanto presupuesto del discurso práctico en general. Así, de las cuatro reglas básicas del discurso práctico que Alexy enuncia, dos de ellas –que vienen a ser aspectos distintos del principio de universalización– no son otra cosa que la formulación de principios analógicos, vale decir, es la analogía elevada a principio general del discurso práctico (no solo jurídico). La primera de las reglas indicadas, por ejemplo, se enuncia así: «Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto vale, debe estar dispuesto también a aplicar F a todos los otros objetos que sean iguales a a en todos los aspectos relevantes».

Si ahora acudimos a la teoría de la argumentación o nueva retórica de Perelman<sup>(10)</sup>, nos encontramos con que este autor concibe la analogía, a la manera aristotélica, como proporción. En su opinión, tal argumento (a diferencia de argumento *a simili* o *a pari*) no cumple en el Derecho un papel importante. La analogía solo hace acto de presencia en el discurso jurídico cuando tiene lugar una confrontación, a propósito de puntos particulares, entre Derechos positivos distintos en cuanto al tiempo, al espacio geográfico o a la materia tratada. Por lo demás, y de acuerdo con Perelman, la analogía cumpliría un papel relevante tanto en la ciencia (como instrumento de valor heurístico) como, sobre todo, en la filosofía.

---

(10) Cfr. Perelman, Chaim y Olbrecht Tyteca L. (1983). *La nouvelle rhétorique, Traité de l'argumentation*, Université libre de Bruxelles.

Perelman concibe el razonamiento por analogía como una similitud de estructuras, cuya fórmula sería la siguiente: A es a B como C es a D. Recuérdese los ejemplos indicados anteriormente. Las condiciones que hacen válido (retóricamente válido) al argumento serían éstas: 1. El conjunto de los términos C y D, llamado foro, debe ser mejor conocido que el conjunto de los términos A y B denominado tema. De esta manera, el foro permite aclarar la estructura o establecer el valor del tema. 2. Entre el tema y el foro debe existir una relación de asimetría, de tal manera que de no puede pasarse a afirmar también. En esto se diferencia la analogía de una simple proporción matemática (si, 6 es a 3 como 4 es a 2 entonces también vale que 4 es a 2 como 6 es a 3) 3. Tema y foro deben pertenecer a dominios diferentes. Si pertenecieran a un mismo dominio y pudieran subsumirse bajo una estructura común, estaríamos ante lo que él denomina ejemplo o ilustración. Así, «si está prohibido fumar entonces es obligatorio no fumar, de la misma manera que si está prohibido pisar el césped, entonces es obligatorio no pisarlo» serían ejemplos o ilustraciones de una misma relación o estructura: «Si una conducta cualquiera p está prohibida, entonces la conducta contraria no p es obligatoria». 4. La relación de semejanza, por último, es una relación que se establece entre estructuras, no entre términos. Esto permite diferenciar la analogía de otros argumentos de que se ocupa Perelman en su obra, también basados en la idea de semejanza, como: a) La identidad parcial, la famosa regla de justicia de Perelman, que se enuncia así: «Los seres o situaciones pertenecientes a una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera»; b) el argumento *a pari* o *a simili*; c) la metáfora, que

Perelman considera como una «analogía condensada»; un ejemplo de expresión metafórica es la de «fuente del Derecho», que es el resultado de fundir dos términos de campos distintos en la analogía subyacente a la metáfora en cuestión: El origen del Derecho es al Derecho establecido como la fuente al río (o sea, A es C de B).

La crítica fundamental que puede dirigírsele a Perelman sería como sigue. Tanto la analogía, la metáfora, el argumento *a simili* o, en general, todas las técnicas argumentativas en que juegue un papel importante la noción de similitud, cumplen la función de oscurecer (la expresión es de Perelman) las nociones en la medida en que permiten ampliar el campo de aplicación de los términos utilizados. En la argumentación (jurídica, política o moral), las nociones confusas, las nociones vagas, tienen una considerable relevancia. En particular, en el Derecho el uso de tales nociones parece indispensable, ya que los Derechos modernos establecen que el juez tiene la obligación de fallar todos los casos (jurídicos) que se le presenten, y esta obligación no podría cumplirla si se limitase de una vez por todas (mediante la utilización únicamente de nociones precisas) al campo de aplicación de su sistema. Además, las nociones confusas hacen también posible la existencia de nociones comunes que permiten compatibilizar el acuerdo de las fórmulas con el desacuerdo en la interpretación. Perelman considera, desde luego, que las nociones confusas deben tener un límite y que este límite viene señalado por lo razonable. ¿Pero no será esta también una noción confusa, excesivamente confusa (al menos en la obra de Perelman) como para poder cumplir una función tan importante como la que él le asigna? Por otro lado, aunque sea cierto que

en la argumentación jurídica no se puede prescindir de conceptos vagos, ¿caen realmente tales conceptos fuera del campo de la lógica en su sentido fuerte –de la lógica formal– como supone Perelman? ¿No sería posible construir una lógica de los conceptos vagos, en lugar de eliminar drásticamente la vaguedad –como hace la lógica formal clásica– o de aceptar su presencia mientras no entre en contradicción con un concepto como el de razonabilidad que –uno podría sospechar– cumple en la obra de Perelman una función bastante ideológica: La de justificar decisiones sin que aparezcan claros cuáles son los criterios en los que las mismas se basan, la de mantener la apariencia de que un ordenamiento jurídico es capaz de dar una solución justa y conforme al sistema para cada caso que se presente?

El último modelo de razonamiento jurídico por analogía que examinaré aquí será precisamente el elaborado recientemente por Leo Reisinger<sup>(11)</sup> utilizando la teoría de los subconjuntos borrosos. Mientras que la base matemática de la lógica clásica, de la lógica bivalente, es la teoría ordinaria de conjuntos, en donde un elemento cualquiera solo puede pertenecer o no pertenecer a un determinado conjunto, en la teoría de los subconjuntos borrosos, base de las lógicas de lo difuso o de los conceptos vagos, un elemento puede pertenecer a un conjunto en menor o mayor grado. Por ejemplo, al conjunto de los animales (es el ejemplo que ponía Zadeh

---

(11) Cfr. Reisinger, L. (1982). *Legal reasoning by analogy, A model applying fuzzy set theory*, in *Artificial intelligence and Legal Information Systems* (ed. by C. Ciampi), North-Holland, pp. 151-163.

en el artículo fundacional de la teoría, en 1965)<sup>(12)</sup> pertenecen claramente los perros, los caballos o los pájaros (que tendrán un valor 1), no pertenecen con la misma claridad objetos como las rocas, los fluidos, etc. (su valor será 0), pero ciertos objetos como las estrellas de mar o las bacterias tienen un estatus ambiguo con respecto a la clase de los animales (su valor será, por ejemplo, 0'4, 0'5, etc.). Entre dos subconjuntos borrosos se pueden definir una serie de operaciones (unión, intersección, complemento, etc.) de manera análoga a lo que ocurre con los ordinarios. Pero la teoría de los subconjuntos borrosos y las lógicas de lo borroso que cabe construir sobre esta base no define un álgebra booleana, sino solamente un retículo distributivo. Dicho de otra forma, a semejanza de lo que ocurre con la teoría ordinaria de conjuntos, en la teoría de los subconjuntos borrosos tienen vigencia ciertas leyes como las leyes distributivas, las leyes de De Morgan, la ley asociativa o la ley conmutativa, pero no tienen vigencia otras, como el principio del tercero excluido o el principio de no contradicción.

El modelo de razonamiento jurídico por analogía propuesto por Reisinger presupone que, en el contexto de un problema jurídico, cabe distinguir un ámbito fáctico del problema (que consta de un caso individual y de un caso genérico) y un ámbito normativo (en donde, a su vez, cabe distinguir un operador deóntico —en el modelo solo se utiliza el operador «Obligatorio»— y contenido deóntico). Cuando para un caso individual

---

(12) Cfr. Zadeh, L.A. (1965). *Fuzzy sets*, en *Information and Control* 8, pp. 338-353.

$a_0$  no existe una norma que establezca una solución para un caso genérico  $\alpha_0$  al que quepa referir  $a_0$ , se dice que existe una laguna normativa ( $O./\alpha_0$ ), para llenar la cual se argumenta por analogía. La fórmula que expresaría la analogía legis (Reisinger da otra fórmula más compleja para la analogía iuris, de la que aquí prescindo) sería ésta:

$$JDA 1 = \langle a_0, O./\alpha_0, SIM(\alpha_0, \alpha), Ob/\alpha, b_0 \rangle$$

donde  $a_0$  está incluido en  $\alpha_0$  y  $b_0$  en  $\beta$ , y la raya ondulada inferior ( $\sim$ ) expresa que los casos son borrosos. Los elementos que entran en juego son, pues, los siguientes: Un caso individual; la falta de una norma; una relación de semejanza entre dos casos genéricos; una norma que regula un caso genérico similar al no regulado; y una solución para el caso en cuestión. La medida de validez de una decisión judicial borrosa por analogía depende del grado de semejanza existente entre dos casos, uno previsto y otro no previsto por el ordenamiento jurídico. El concepto de semejanza es, también aquí, la clave del razonamiento analógico, y la importancia de la teoría de los subconjuntos borrosos consiste en que la misma permite que se pueda graduar dicha semejanza; ya no estamos, pues, ante la alternativa simple de considerar a dos o más casos como semejantes o no semejantes entre sí: Dos o más casos pueden ser semejantes entre sí.

Ahora bien, ¿hacen posible realmente las lógicas construidas sobre la teoría de los subconjuntos borrosos un tratamiento lógico de la vaguedad? Las razones para el escepticismo no faltan, ya que se trataría de una lógi-

ca que, como se ha escrito, tendría «valores de verdad vagos, tablas de verdad imprecisas y reglas de inferencia cuya validez es aproximada en vez de exacta»<sup>(13)</sup>. En particular, no parece que una lógica borrosa pueda resolver los obstáculos que se oponen a considerar a la analogía como un argumento lógico en sentido estricto. La analogía exige –para emplear la terminología de Klug– que se trace de una cierta manera el «círculo de semejanza», y esta es una operación necesariamente axiológica, no reducible a operaciones lógicas, por más que la teoría de los subconjuntos borrosos pueda contribuir a aclararlos. Siempre será necesario, por ejemplo, establecer si el «grado de semejanza» preciso para que opere la analogía se sitúa en el 0'5 , 0'6, etc.; y otro tanto cabe decir de la asignación de tales valores que no es de esperar resulte establecida normativamente. Al jurista práctico no le basta con saber que un cierto caso individual pertenece en un 0'6 a un determinado caso genérico; necesita saber si a aquel se le aplica o no la norma prevista para el caso genérico en cuestión.

III. Veamos ahora qué conclusiones cabe extraer de los anteriores análisis y si es posible responder a algunos de los interrogantes, antes recordados, que plantea la analogía jurídica. En aras de la brevedad, plasmaré mis puntos de vista al respecto en forma de tesis sobre la analogía.

I. De las tres nociones fundamentales de analogía que distinguí al comienzo (la analogía como relación de semejanza, la analogía como proporción o semejanza de

---

(13) Haack, S. (1982). *Filosofía de las lógicas* (trad. cast. de A. Antón y T. Orduña) Madrid: Cátedra, p. 191.

relaciones y la analogía como argumento basado en una semejanza), la noción más característicamente jurídica, esto es, la que entra en juego en el proceso de interpretación-aplicación del Derecho, es la tercera (el argumento por analogía). La explicación es bastante sencilla: La operación de interpretar-aplicar el Derecho es una operación práctica que, por tanto, no puede consistir únicamente en mostrar la existencia de una cierta semejanza; se trata también de inferir una consecuencia práctica de ello. Pero esta tercera noción presupone las dos anteriores, de tal manera que un argumento por analogía puede definirse como un tipo de inferencia en que al menos una de las premisas expresa bien una relación de semejanza o bien una semejanza de relaciones.

2. En consecuencia, cabe hablar de dos tipos distintos de razonamiento jurídico por analogía que quizás cabría denominar, respectivamente, analogía substancial y analogía formal<sup>(14)</sup>. En el primer caso, los elementos análogos, X e Y, tienen en común ciertas características o propiedades; en el segundo, lo que existe es una correspondencia o proporción entre dos relaciones de las que forman parte, respectivamente X e Y. La analogía substancial es más fuerte que la formal en el sentido de que si existe la primera también existe la segunda, pero no viceversa. La existencia de estas dos formas de razonamiento jurídico por analogía ha sido tematizada con frecuencia, aunque no siempre en forma clara. En todo caso, la distinción se corresponde de manera bastante exacta con la que establece Perelman entre argumento

---

(14) Cfr. Bunge, Mario (1972). *Analogía, simulación y representación*, en *Teoría y realidad*. Barcelona: Ariel.

jurídico, *a simili* o *a pari*, y argumento por analogía; o, todavía más, con la efectuada por Aarnio<sup>(15)</sup> entre analogía del caso y analogía de la norma; y, en fin, el fundamento de la misma no es otro que la distinción escolástica entre analogía de atribución y analogía de proporcionalidad. Según lo dicho, la distinción debe relativizarse en el sentido de la analogía formal –o de la norma–. La opinión de Perelman de que la segunda (precisamente lo que él llama analogía) no es un razonamiento usual en el Derecho solo puede aceptarse si uno se fija no en la fórmula de la analogía como tal (la analogía aristotélica), sino en la condición que establece Perelman de que cada una de las relaciones (foro y tema) deben pertenecer a campos distintos.

3. En el argumento por analogía, considerado en su conjunto, pueden distinguirse dos fases. En la primera se construye una semejanza o analogía, en alguno de los dos sentidos referidos se presupone la existencia de algún principio del tipo de la regla formal de justicia de Perelman o el principio de universalización de Alexy<sup>(16)</sup>, etc., y se concluye reformulando la norma o normas establecidas; el nuevo enunciado normativo a que se ha dado lugar siempre tendrá una textura notablemente abierta (el supuesto de hecho contendrá, por ejemplo, el caso C y los casos semejantes a C) por lo que puede considerarse como un enunciado de un principio. La segunda fase es una simple subsunción, mediante la cual se concluye que a un determinado caso, que encaja dentro

(15) Cfr. Aarnio, A. (1987). *The Rational as Reasonable A. Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, pp. 103-105.

(16) Cfr. Heller, Th. (1961). *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*. Berlin, Walter de Gruyter.

del supuesto de hecho del principio, se le debe adjudicar la solución establecida en el mismo.

4. Esta segunda fase del razonamiento puede representarse sin mayores problemas con una fórmula lógica (recuérdese, por ejemplo, la de Klug o la de Alexy), pero no así la primera: En esta fase necesariamente entra en juego un componente axiológico que es imposible reducir a un sistema de lógica, bien se trate de la lógica formal general, de la lógica deóntica, de la lógica inductiva, de la lógica de probabilidad o de la lógica de lo borroso.

Cuando se afirma que la analogía sirve para apoyar una cierta decisión, pero no para hacer a la misma concluyente (MacCormick)<sup>(17)</sup>, o bien que la analogía es un procedimiento de justificación jurídica externo o de segundo nivel (Gianformaggio) en cuanto «procedimiento con que se argumenta en favor de la asunción de una regla general como premisa de una sucesiva inferencia que, deductivamente, extrae la norma particular, contenido de la decisión»<sup>(18)</sup>, se está tomando en consideración precisamente la primera de estas dos fases.

5. Si se entiende por inducción un argumento que va de lo particular a lo general, entonces la analogía no es una inducción, pero contiene un tramo que cabría llamar inductivo en el sentido de que se produce una generalización a partir de una o varias normas del sistema. Mientras que en la inducción, el enunciado general a que se llega, la conclusión, es simplemente probable,

---

(17) Cfr. MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal theory*, Oxford, Clarendon Press. pp. 162-180.

(18) Gianformaggio, L. (1985). *L' analogia giuridica*, Facoltà di Giurisprudenza, Siena, p. 4.

no necesaria; en la analogía jurídica el principio o norma general con que concluye la primera fase del argumento no tiene tampoco la misma fuerza que las normas establecidas. Por otro lado, el que esta primera fase del argumento no sea reductible a un esquema lógico no significa que el análisis lógico sea aquí irrelevante. La principal contribución que habría que esperar de la lógica debería venir del análisis del concepto de relación de semejanza, a partir de las dos siguientes ideas: 1) La relación de semejanza –al menos la que interesa en el razonamiento jurídico por analogía– no es una relación de equivalencia, sino una relación reflexiva y simétrica, pero no transitiva (o, mejor, no necesariamente transitiva). 2) La relación de semejanza que se plantea en la analogía jurídica es precisamente una relación borrosa de semejanza, como consecuencia de la presencia de conceptos vagos en el lenguaje jurídico. La lógica de lo borroso no librará a los juristas de los problemas de la penumbra (ni de la penumbra de los problemas) pero puede ser un instrumento que les permita empezar a orientarse por este terreno.

6. El recurso a la analogía permite resolver uno de los problemas básicos de cualquier ordenamiento jurídico: La innovación del sistema conservando su estructura; o, dicho en el lenguaje de Luhmann<sup>(19)</sup>, la reducción de la complejidad del medio social al permitir la adecuación de un sistema constituido por un conjunto de normas fijas, a un medio en constante transformación. La analogía, como lo ha enfatizado recientemente MacCormick (pero que ya en Savigny y, por supuesto, en la noción de analogía que utiliza la Jurisprudencia

---

(19) Cfr. Luhmann, N. (1972). *Rechtssoziologie*, Hamburg; (id.) *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974.

europea a partir del siglo XVI), tiene como presupuesto la coherencia del ordenamiento jurídico. O, si se quiere expresar la misma idea de otra manera, el recurso a la analogía se basa en el principio de igualdad (o regla formal de justicia) que prescribe que se deben tratar igual los casos semejantes, los casos que son iguales en los aspectos que se estiman relevantes, que exhiben una identidad de razón (*eadem ratio*). La analogía aparece, pues, como un instrumento de la justicia formal.

7. En consecuencia, podría decirse que la analogía en el Derecho juega un papel conservador, precisamente en el mismo sentido en que lo juega en el lenguaje. Ferdinand de Saussure, *lingüística general*<sup>(20)</sup>, indicaba que la analogía es el principal factor de evolución de la lengua, pero las innovaciones que operan las efectúa de manera conservadora, esto es, a favor de la regularidad, del sistema; por ejemplo, el nominativo latino honor es analógico; primero se dijo honos: Honorem, pero luego se introdujo la nueva forma honor sobre el modelo de orador: Oratorem; es decir: Oratorem vale, a orador como honores es a x.

Así también, la analogía en el Derecho permite introducir cambios en el sistema jurídico, pero cambios limitados, dirigidos a preservar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico (que, a su vez, es lo que hace posible la analogía misma). Seguramente esto sea lo que explique la actitud negativa hacia la analogía (por considerarla un procedimiento excesivamente limitado) mostrada por

---

(20) Cfr. De Saussure, Ferdinand (1980). *Curso de lingüística general* (ed. de M. Armiño), Madrid, Akal, pp. 219 y 20 - 230 y 231.

los autores del movimiento del Derecho libre o del socialismo jurídico, que contrasta con la importancia que le otorgan concepciones eminentemente conservadoras del Derecho y de la ciencia jurídica, como la de Savigny.

8. Si se entiende por Derecho un conjunto de normas establecidas de manera expresa, entonces el uso de la analogía implica necesariamente la creación o innovación del Derecho (por eso no es un procedimiento estrictamente lógico). Pero la analogía no es una fuente del Derecho, según el concepto habitual de fuente, de la misma manera que tampoco es una «fuente» del Derecho el uso de cualquier procedimiento de inferencia deductivo. Lo que aquí puede considerarse fuente no es la analogía misma, sino la norma general o principio que se crea a través del procedimiento analógico.

9. Si por laguna jurídica se entienden tan solo las lagunas normativas (existencia de un caso para el que no hay solución en el sistema de las normas expresadas), pero no las lagunas axiológicas (existencia de un caso para el que hay solución normativa que, sin embargo, se considera inadecuada)<sup>(21)</sup>, entonces el recurso a la analogía (en contra de lo que sugieren las definiciones que de la misma suelen dar los juristas de Derecho continental) no supone necesariamente la existencia de una laguna. Cuando un juez del common law entiende, por ejemplo, que la situación en que se encuentra una compañía de barcos (en relación con las reglas de responsabilidad que le son aplicables) es semejante a la de un hotelero, y no a la de un transportista, como otro juez

---

(21) Tomo esta distinción de Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, Library of Exact Philosophy, Wien.

había decidido con anterioridad<sup>(22)</sup>, no parece que esté llenando ninguna laguna, salvo la que él mismo ha creado al negar la analogía o semejanza primitiva. Por otro lado, nada impide que en la práctica (y se trataría de una práctica no necesariamente injustificada) una norma se extienda por analogía a un caso no previsto en la misma, pero regulado en otra norma del sistema. La analogía no es solo un procedimiento de autointegración, sino un procedimiento para dar coherencia al sistema.

10. Los autores que operan en un sistema de common law<sup>(23)</sup> suelen efectuar una distinción entre el uso de la analogía en el case law y en la interpretación de los statutes (de las normas legisladas). Lo que los juristas de Derecho continental suelen entender por analogía (o argumento *a simili*) viene a coincidir con este segundo uso de la analogía. Ahora bien, entre ambos argumentos no existe una distinción de tipo lógico, sino de carácter argumentativo o retórico, si bien la analogía es, por razones obvias, un procedimiento más utilizado en el case law.

La distinción efectuada por Perelman entre ejemplo, en cuanto técnica argumentativa que permite una generalización, es decir, lleva a la formulación de una ley científica (o de una norma jurídica general), e ilustración, en cuanto técnica argumentativa que permite afianzar una regularidad (una norma o principio jurídico) ya establecido, puede ayudar a comprender estos dos

---

(22) El ejemplo es utilizado por M.P. Golding (1984). «The logical force of arguments by analogy in common law reasoning», in *Reason in Law-La ragione nel diritto*, Bologna, dec.

(23) Cfr. por ejemplo Levi, E.H. (1964). *Introducción al razonamiento jurídico* (ed. de G. Carrió). Buenos Aires: Eudeba.

usos de la analogía. En la analogía a partir de normas legisladas, el nuevo caso tiende a configurarse como una ilustración de una norma general o principio ya existente que ahora se hace explícito, con lo que se amortigua (y enmascara) la actividad creadora del juez; en la analogía que opera en el *case law*, el nuevo caso aparece como un ejemplo que contribuye a configurar el principio, vale decir, a reformular el precedente, con lo que resulta patente la función innovadora del juez. La distinción, por otro lado, recuerda la que establecía Bobbio (en 1938) entre argumento analógico por vía deductiva y por vía inductiva, con la diferencia de que Bobbio trató de darle a la misma un carácter lógico.

11. El punto de vista tradicional (en contra de la opinión de Klug) es adecuado al contemplar la aplicación del argumento por analogía (a simili) y *a contrario* en forma excluyente: Siempre que se razona por analogía aparece la posibilidad de hacerlo a contrario, y viceversa; pero no cabe emplear, sin entrar en contradicción, ambos argumentos con respecto a un mismo objeto o caso jurídico<sup>(24)</sup>. Cabría incluso decir que uno y otro argumento tienen un tramo en común y se separan en el momento de fijar si el caso de litigio es esencialmente análogo o no al previsto en una determinada norma. Por otro lado, en el argumento por analogía se concluye positivamente que una cierta decisión está implicada por una determinada norma (o principio), pero en el argumento a contrario lo único que se concluye es, negativamente, que esa decisión, en relación al caso, no está implicada por esa

---

(24) Cfr. Horowitz, J. (1966). «Ulrich Klug's Legal Logia» *A. critical Account, in études de Logique juridique*, vol. 1, Bruxelles, E. Bruylant.

determinada norma (aunque pudiera estarlo por otra). Quizás podría decirse también que mientras el argumento por analogía se apoya en el principio de justicia formal, el argumento a contrario lo hace en el de certeza o previsibilidad de las decisiones.

12. Los argumentos *a fortiori* tienen en común con el argumento a pari o por analogía el que ambos permiten concluir la igualdad de tratamiento de dos casos. En ambos razonamientos entran en juego conceptos comparativos, pero en el argumento a pari se trata de conceptos que expresan que dos individuos u objetos poseen una cualidad en el mismo (o parecido) grado, mientras que en el supuesto de los argumentos a fortiori uno de ellos lo posee en mayor grado que el otro.

También el recurso a las ficciones puede cumplir en la argumentación jurídica la misma función que la analogía: Tratar casos diferentes como si fueran iguales. La diferencia radicaría en que, en la analogía, los casos son diferentes pero semejantes, lo que no parece suceder cuando se recurre a ficciones. De todas formas, es preciso reconocer que los límites de la analogía, tanto con los argumentos a fortiori como con las ficciones, tienen zonas de penumbra.

13. La distinción entre analogía e interpretación extensiva cumple la función de limitar, de alguna forma, la capacidad del intérprete y del aplicador del Derecho para innovar el ordenamiento jurídico, y la de preservar, en consecuencia, la llamada seguridad jurídica. Se trata de una función necesaria si se desea que el Derecho moderno siga teniendo un carácter racional-formal en el sentido de Weber (es decir, que las decisiones jurídicas sean, por lo menos hasta cierto punto, previsibles). Prueba de ello es

que cuando se niega esta distinción se suele introducir alguna otra funcionalmente equivalente, como lo hacía por ejemplo Bobbio al hablar de procedimiento analógico por vía deductiva o inductiva. Sin embargo, la distinción en cuestión no se puede establecer de una manera precisa. Lo que existe es más bien una graduación, un continuo que se prolonga, hacia arriba, hasta la creación arbitraria de Derecho y, hacia abajo, hasta la interpretación denominada declarativa.

Lo anterior vale también para la esfera del Derecho penal, pero aquí se entiende que opera una regla interpretativa (el llamado principio de legalidad o una consecuencia del mismo) que limita, con mayor vigor que en otras esferas, la actividad creadora del intérprete. Sin embargo, parece insostenible pensar que la analogía no juega ningún papel en el Derecho penal (además de extender los efectos favorables de sus normas), incluso en países cuyo ordenamiento jurídico descansa en los principios del liberalismo democrático. Si se quisiera excluir radicalmente la analogía del campo del Derecho penal habría que prohibir seguramente también el recurso a la interpretación extensiva, dado que no es posible establecer una distinción nítida entre ambos procedimientos.

14. No es posible tampoco establecer una distinción neta entre el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, pues el uso de la analogía implica siempre la generalización a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico; vale decir, presupone la creación (o, si se quiere, el reconocimiento) de un principio general. Sí podría hablarse, sin embargo, de un uso más o menos amplio de los principios o, mejor de principios normativos extraídos de una norma (analo-

gía legis), de un grupo de normas, por ejemplo, las que se refieren a una determinada institución (analogía iuris imperfecta), o de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto (analogía iuris)<sup>(25)</sup>. Una distinción que podría trazarse consistiría en entender la analogía como un procedimiento discursivo, un argumento, y los principios como un material necesario para el mismo.

15. El argumento por analogía tiene una especial importancia en la aplicación de la inteligencia artificial al Derecho, de cara a construir sistemas expertos, vale decir, sistemas que no solo suministren los documentos jurídicos relevantes para resolver un caso, sino que lleven a cabo labores de asesoramiento, de aplicación del Derecho, etc. (vale decir, las típicas de los distintos expertos en Derecho). La analogía es aquí relevante no solo porque es un componente fundamental del razonamiento jurídico (por tanto, del razonamiento de un experto a quien tiene que sustituir la máquina), sino también porque juega un papel fundamental en el proceso de aprendizaje de los sistemas expertos, con independencia de que estos se utilicen o no para resolver problemas jurídicos: Sin duda es un procedimiento de tipo analógico el que permite utilizar la experiencia acumulada en el pasado para la resolución de nuevos problemas que son distintos de los ya resueltos, pero asimilables de alguna manera a ellos. La analogía, en definitiva, parece ser un tema central para la teoría y la práctica del Derecho que ofrecen además numerosas oportunidades para una investigación de carácter interdisciplinario, y un tema sobre el que, desde luego, quedan todavía muchas cosas por decir.

---

(25) Cfr. Baratta, A. (1962). *Note in tema di analogia giuridica in Studi in onore di Emilio Betti*, vol. 1, Milano.

## Bibliografía

- ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- ATIENZA, Manuel Atienza y Ruiz Manero, Juan. Dejemos atrás el positivismo jurídico, en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Universidad de Salamanca, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México, D.F.: Fontamara, 1992.
- BULYGIN, Eugenio. Sull' interpretazione, en *Analisi e diritto*, 1992.
- , ¿Está (parte de) la filosofía del Derecho en un error?, en *Doxa*. N.º 27, 2004.
- CARACCILO, Ricardo. Entrevista a Eugenio Bulygin, en *Doxa*. N.º 13, 1993.
- CARRIÓ, Genaro R. Principios jurídicos y positivismo jurídico, en *Notas sobre Derecho y lenguaje*. 3.ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. *Estudios de filosofía del Derecho*. Universidad de La Laguna, 1979.
- MORESO, José Juan. Legal positivism and Legal Adjudication, en *paper of the Congress on The Future of Legal Positivism*. Alicante, 2004.
- RAZ, Joseph Raz. La autonomía del razonamiento jurídico, en *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 2001.

## 7. Argumentación y Constitución(\*)

---

(\*) En Aguiló, Josep; Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan - 2007, *Fragments para una teoría de la constitución*. Madrid: Iustel, pp. 113-185.



## 1. Introducción

Abordar el tema de la relación entre Constitución y argumentación requiere, en mi opinión, de dos pasos sucesivos. En primer lugar, hay que aclarar cuál es el papel de la argumentación en relación con el Derecho de los Estados constitucionales lo que lleva también, en último término, a plantearse el problema de cómo el constitucionalismo contemporáneo ha modificado nuestra manera de entender el Derecho y ha llevado, en cierto modo, a poner en un primer plano la dimensión argumentativa del Derecho: El Derecho como argumentación. Solo a partir de ahí es posible, en segundo lugar, abordar el problema de qué cabe entender por «argumentación constitucional» y por «argumentación», sin más, cómo se diferencian entre sí las argumentaciones constitucionales que llevan a cabo los legisladores, los jueces constitucionales o los jueces ordinarios, qué esquemas de argumentos se utilizan, qué criterios de corrección deben manejarse, qué finalidades se persiguen, etc.

## 2. Argumentación y constitucionalismo

«Estado constitucional», obviamente, quiere decir algo distinto a Estado en el que está vigente una Constitución. Como lo señala, por ejemplo, Bovero [2006, p. 16], «Constitución», en su sentido más amplio, hace referencia a la estructura de un organismo político, de un Estado: Al diseño y organización de los poderes de decisión colectiva de una comunidad; así entendida (y así es como entiende el término, por ejemplo, Kelsen) cualquier Estado o unidad política tendría una Constitución. Pero en un sentido más estricto, tal y como la expresión suele usarse en la época contemporánea, una Constitución supone dos requisitos más: Una declaración de derechos y una organización inspirada en cierta interpretación del principio de separación de poderes. Sin embargo esto no es todavía esto lo que, en tiempos recientes, suele denominarse como «Estado constitucional». El Estado liberal de Derecho es un Estado con una Constitución en el último sentido indicado, pero no sería un Estado constitucional porque la Constitución no tiene allí exactamente las mismas características (y, en consecuencia, no juega el mismo papel) que en los Estados occidentales en la última etapa de su desarrollo, esto es, fundamentalmente, a partir del final de la segunda guerra mundial. Desde esta última fecha habríamos asistido a un fenómeno de cambio progresivo de los sistemas jurídicos al que a veces se denomina «constitucionalización». Según Guastini [2003], un ordenamiento jurídico constitucionalizado (el de los Estados constitucionales) se caracterizaría por una Constitución extremadamente «invasora», capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal,

la acción de los actores políticos y las relaciones sociales. La constitucionalización no es una cuestión de todo o nada, sino un fenómeno esencialmente graduable.<sup>(1)</sup>

Pues bien, el creciente afianzamiento de este modelo de Estado y de Derecho ha llevado a que, en los últimos tiempos, se haya extendido, en la teoría del Derecho, el uso de la expresión «constitucionalismo» (o «neoconstitucionalismo», para marcar la diferencia con el constitucionalismo clásico: el anterior a esa fecha)<sup>(2)</sup>. Sin embargo conviene tener en cuenta que esa expresión es ambigua [*vid.* Prieto 2002, Carbonell 2003], porque a veces designa un modelo de organización jurídico-política (el fenómeno recién mencionado) y otras veces una forma determinada de interpretar ese fenómeno, esto es, una concepción del Derecho. Un autor (como el propio Guastini) puede ser perfectamente (agudamente) consciente del fenómeno de la constitucionalización del Derecho, sin ser por ello un autor «constitucionalista» en el sentido estricto de la expresión. Dicho de otra manera, frente al nuevo «hecho histórico» del constitucionalismo se debe adoptar, en el plano teórico, diversas posturas: 1) Se puede ignorar (o negar) el fenómeno y, por tanto, seguir construyendo la teoría del Derecho (y la dogmática constitucional) como se venía haciendo en el pasado; 2) se puede reconocer la existencia de esos cambios; pero pensar que ellos pueden explicarse y manejar-

---

(1) Sobre el fenómeno de la «constitucionalización» véase también Mathieu y Verpeaux (1998).

(2) En lo que sigue usaré preferentemente los términos «constitucionalistas» y «constitucionalismo», aunque el lector podría sustituirlos, en cada caso, por los de «neoconstitucionalistas» y «neoconstitucionalismo».

se sin necesidad de introducir algo así como un nuevo «paradigma» en el pensamiento jurídico; y 3) se puede pensar que el nuevo fenómeno requiere también de una nueva teorización. Aquí, a su vez, es posible introducir una subdistinción entre: quienes consideran que la nueva teoría puede –y debe– elaborarse sin abandonar la horma del positivismo jurídico (sino reformando –o desarrollando– el propio paradigma del positivismo jurídico); y los que, por el contrario, consideran que el positivismo (en cualquiera de sus múltiples formas<sup>(3)</sup>) no ofrece ya una base teórica adecuada para dar cuenta de esos fenómenos: El constitucionalismo contemporáneo obligaría a ir «más allá» del positivismo jurídico. Pondré algún ejemplo de estas dos o tres últimas posturas.

Tanto Guastini como Comanducci (y, en general, la «escuela genovesa» [vid. Pozzolo 2003]) han prestado una considerable atención al fenómeno del constitucionalismo, pero son radicalmente críticos en relación con el constitucionalismo en cuanto forma de aproximarse al (o nueva concepción del) Derecho. Comanducci [2003], trasladando un conocido esquema usado por Bobbio para analizar el positivismo jurídico (como teoría, como ideología y como enfoque o método) a la obra de los autores que suelen considerarse a sí mismos como «constitucionalistas», llega a las siguientes conclusiones.

---

(3) Últimamente han proliferado considerablemente. Quizás las más importantes sean las que suelen denominarse «positivismo incluyente», «positivismo excluyente» y «positivismo axiológico». Un breve repaso de la discusión actual (con la defensa de una propuesta consistente en «dejar atrás el positivismo jurídico») puede verse en Atienza y Ruiz Madero (2006).

La teoría del Derecho del constitucionalismo sería aceptable en la medida en que da cuenta, mejor que la del positivismo tradicional, de ciertos rasgos que caracterizan la estructura y el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos; por ejemplo, hoy no sería ya sostenible defender (como lo hizo el positivismo decimonónico) tesis como el estatalismo, el legicentrismo o el formalismo interpretativo. Pero esa tarea, en su opinión, puede llevarse a cabo sin abandonar el positivismo metodológico o conceptual; más bien habría que decir que el (neo)constitucionalismo así entendido sería «nada más que el positivismo jurídico de nuestros días» (p. 88)<sup>(4)</sup>. Ahora bien, el constitucionalismo en el sentido fuerte o estricto de la expresión no solo defiende eso, sino también un concepto sustantivo o valorativo de Constitución que lleva a la idea de que la ciencia jurídica (la dogmática y la teoría del Derecho), actualmente, es necesariamente normativa (Ferrajoli) o que tiene que elaborarse desde el punto de vista interno en un sentido fuerte, esto es, adhiriéndose a los valores constitucionales (Zagrebelsky). Y esto le parece rechazable, dado que lo que él postula es «un modelo descriptivo de la Constitución como norma», esto es, considerar la Constitución como «un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por

---

(4) Sin embargo, Michel Troper, (1984), desde posiciones muy cercanas a las de Comanducci, llega a la conclusión de que «en los tres sentidos de la expresión [se refiere también a los tres significados distinguidos por Bobbio], el positivismo es completamente incompatible con el constitucionalismo» (p. 205).

tanto fundantes del entero ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a las otras reglas» (p. 84).

En cuanto ideología, lo que caracterizaría al constitucionalismo es poner en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales; no se limita por ello a «describir los logros del proceso de constitucionalización, sino los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación» (p. 85). Como, además, «muchos de sus promotores» sostienen que hay una conexión necesaria entre el Derecho y la moral y que existe «una obligación de obedecer a la Constitución y a las leyes» (p. 86), el constitucionalismo, en opinión de Comanducci, constituiría una moderna variante del «positivismo ideológico». Y esta es, en su opinión, una ideología criticable y peligrosa, dado que tiene como consecuencia la disminución del grado de certeza del Derecho derivado de la técnica de «ponderación» de los principios constitucionales y de la interpretación «moral» de la Constitución.

Finalmente, el constitucionalismo en cuanto enfoque metodológico, al sostener la mencionada tesis de la conexión conceptual entre el Derecho y la moral, se opone al positivismo jurídico metodológico y conceptual basado en la idea de que siempre es posible identificar y describir el Derecho como es y distinguirlo del Derecho como debería ser. Los constitucionalistas piensan que los principios constitucionales pueden verse como un puente entre el Derecho y la moral y que cualquier decisión jurídica (en particular, la judicial) está justificada si deriva en última instancia de una norma moral. Pero esto le parece a Comanducci rechazable. Si se interpreta como tesis descriptiva es falsa, porque los jueces

justifican sus decisiones ofreciendo razones que son normas jurídicas y no morales. Y si se entiende como tesis teórica, además de tautológica (los autores constitucionalistas asumen que, «por definición», toda justificación última, en el dominio práctico, está constituida por una norma moral), sería insostenible o bien inútil o, en todo caso, contraria a los propios valores democráticos.

No es sorprendente que, desde presupuestos teóricos muy semejantes a los anteriores, Guastini [2005] entienda que las peculiaridades que presenta la interpretación constitucional no revisten una gran importancia. Por supuesto, Guastini señala que hay algún rasgo distintivo en cuanto a quiénes son los agentes de la interpretación, sobre todo, cuando existe un intérprete privilegiado de la Constitución, como ocurre con los jueces constitucionales en muchos sistemas europeos; pero eso, obviamente, no es teóricamente muy relevante. También hay alguna peculiaridad en cuanto a la existencia de problemas de interpretación que se refieren no a cualquier texto normativo, sino a los textos constitucionales: Así, en las constituciones que incluyen una declaración de derechos se plantea el problema de si los derechos son simplemente reconocidos (lo que supone que se trata de una lista abierta y susceptible de ser completada), o bien son creados por la Constitución (de manera que se trataría de una lista cerrada y que no puede ser integrada por los órganos aplicadores); pero, para Guastini, eso no pasa de ser una disputa ideológica, interpretable en términos de iusnaturalismo *vs.* positivismo jurídico, y sobre la que no habría mucho que decir desde el punto de vista propiamente teórico. Y, en fin, con respecto a las peculiaridades referidas a las técnicas de interpretación,

Guastini tampoco piensa que sean de gran calado, por ejemplo, a veces se sostiene que la Constitución debe ser interpretada de manera que se restrinja lo más posible el poder estatal y se amplíen al máximo los derechos de libertad, pero esta doctrina (liberal) puede extenderse a la interpretación de cualquier documento normativo; se suele decir también que, en la medida en que consiste más en principios que en reglas, la Constitución no puede interpretarse de manera literal, pero esto le parece a Guastini poco convincente: Puede sostenerse –afirma– que si el contenido prescriptivo de los principios no puede recogerse mediante la interpretación literal –según el significado común de las palabras– es que no existe dicho contenido prescriptivo (p. 660); y, en fin, la doctrina de que la Constitución exige una interpretación evolutiva, además de ser problemática, puede aplicarse a cualquier texto normativo (no es privativa de la Constitución).

La manera de abordar el fenómeno del constitucionalismo por parte de un autor como Ferrajoli es bastante distinta. Para él, el constitucionalismo contemporáneo lleva a postular una doble articulación en el plano de la validez interna del Derecho, vale decir, una norma jurídica puede ser calificada como válida (en cuanto predicado distinto a la eficacia y a la justicia) en dos sentidos: Puede poseer validez formal o vigencia, pero también validez sustantiva o plena (validez propiamente dicha). La simple vigencia o existencia supone el cumplimiento de los requisitos de forma y de procedimiento; la validez sustantiva, satisfacción de criterios de contenido que, de manera relevante pero no exclusiva, están incorporados en los derechos fundamentales. Vale decir, el

Derecho válido, formalmente vigente, puede ahora ser considerado inválido desde parámetros establecidos por el propio Derecho (sin acudir, pues, a una instancia –política o moral– externa al propio Derecho): «Derecho jurídicamente ilegítimo» no sería un oxímoron. Por eso, para Ferrajoli, de la misma manera que el iusnaturalismo, en cuanto concepción característica del Derecho en el mundo premoderno, fue sustituido por el positivismo jurídico con el advenimiento del Estado moderno y la existencia de sistemas exclusivos y exhaustivos de fuentes jurídicas, este positivismo clásico –o «paleopositivismo»– adecuado a los esquemas del Estado liberal de Derecho, tiene en nuestros días que ser sustituido por el nuevo paradigma del constitucionalismo en el que el Derecho no se identifica ya exclusivamente con las leyes, sino con las leyes y la Constitución. Esto, para Ferrajoli, no supone un abandono o una superación del positivismo, sino su completa realización: «El constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanza con él su forma última y más desarrollada: Por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivización no solo ya del *ser del Derecho*, es decir, de sus condiciones de ‘existencia’, sino también de su *deber ser*, es decir, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de ‘validez’» [Ferrajoli, 2003, p. 19].

El neopositivismo o positivismo crítico que defiende Ferrajoli, en cuanto concepción adecuada para dar cuenta del fenómeno del constitucionalismo, supone, con respecto al anterior paradigma positivista, cambios fundamentales en relación con la manera de entender la

estructura –el concepto– del Derecho, la dogmática jurídica y la jurisdicción. En efecto, el Derecho no consiste ya en un sistema unitario de fuentes, dada la posibilidad de existencia de normas formalmente válidas, pero sustancialmente inválidas. La ciencia jurídica no puede entenderse en términos puramente descriptivos, sino también críticos y prospectivos: Su función esencial es la de mostrar y tratar de corregir las lagunas y contradicciones generadas por la violación de los derechos (para Ferrajoli, los derechos existen en la medida en que están establecidos en las constituciones, aunque falten sus garantías –en especial, sus garantías legislativas–). Y la jurisdicción, en la medida en que se verá como aplicación e interpretación de las leyes en conformidad con la Constitución, incorpora también un aspecto pragmático y de responsabilidad cívica.

Esa concepción del constitucionalismo de Ferrajoli tiene, sin duda, muchos puntos de coincidencia con las de los autores «constitucionalistas» que, o bien rechazan el positivismo jurídico (como Dworkin o Alexy), o bien consideran que la contraposición iusnaturalismo-positivismo jurídico es un problema mal planteado (Nino). Así, el equivalente al dualismo que plantea Ferrajoli se encuentra en Dworkin, y en muchos otros autores, bajo la forma de la distinción entre reglas y principios (y, en las últimas obras de Dworkin, entre el Derecho como sistema de normas y como práctica interpretativa). Un papel semejante lo juega en Alexy (aparte de la distinción que también él hace entre reglas y principios) la idea de que el concepto de Derecho contiene un elemento de idealidad, lo que él llama –inspirándose en Habermas y en la teoría del discurso– una «pretensión de corrección»

que es lo que, en último término, le lleva a sostener que existe una conexión de tipo conceptual entre el Derecho y la moral. Y algo parecido puede decirse también de Nino, con su tesis de que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas (de manera que el razonamiento jurídico es un razonamiento abierto hacia las razones morales) y su insistencia en que el Derecho puede definirse tanto descriptiva como normativa o valorativamente (vale decir, que es perfectamente asumible, para algunos propósitos, un concepto de Derecho que contenga elementos valorativos; y de ahí su crítica a la contraposición entre positivismo jurídico y iusnaturalismo).

Pero entre estos tres últimos autores y Ferrajoli hay también una diferencia importante que explica el empeño de este último en calificar su concepción de positivista: Ferrajoli interpreta que los elementos de esa dualidad tienen un carácter autoritativo (sus dos nociones de validez derivan de un Derecho «puesto» por alguna autoridad: El legislador o el constituyente), mientras que en los otros autores cabe reconocer un esfuerzo por integrar dos elementos en el concepto de Derecho: El elemento autoritativo y el valorativo. Así, en la noción dworkiniana de «práctica interpretativa», los fines y valores que definen la práctica juegan un papel determinante, en cuanto dan sentido a, y tienen primacía sobre, las normas, sobre el elemento autoritativo. La misma idea puede expresarse también diciendo que las normas, vistas como razones para la acción, contienen una dimensión directiva, de guía de la conducta, pero también una valorativa o justificativa; que esos elementos pueden entrar en algún caso en contradicción; y que cuando eso ocurre,

el último elemento, el valorativo, tiene primacía sobre el primero, sobre el directivo [Atienza y Ruiz Manero, 2004 y 2006] ¿Hasta qué punto es entonces importante esa contraposición entre el «positivismo» y el «no positivismo» del constitucionalismo contemporáneo?

En mi opinión, esa dualidad de enfoques no genera grandes diferencias a la hora de emitir juicios sobre lo que es o no es jurídico; lo que es distinto es más bien la forma en que se expresan esos juicios: Una norma que Ferrajoli consideraría válida en el sentido de vigente, pero inválida en cuanto a la dimensión sustantiva de validez sería probablemente considerada por Alexy como «Derecho defectuoso» (pero ni Alexy, ni Dworkin, ni, por supuesto, Nino han negado nunca que corresponda hablar con pleno sentido de «Derecho injusto»). Tampoco desde la perspectiva de la manera de entender la función de la teoría y de la dogmática jurídica; al igual que para Ferrajoli, para Dworkin (o para Nino) se trata de dos actividades que contribuyen a conformar la práctica jurídica: La tarea de resolver las lagunas y contradicciones a la que se refería Ferrajoli tiene su equivalente en el propósito dworkiniano de contribuir a la máxima realización de los fines y valores de la práctica jurídica (del Estado constitucional). Y en cuanto al papel de la jurisdicción, el énfasis de Ferrajoli en que el juez no está vinculado únicamente a la ley, sino a la ley y a la Constitución (una idea, por lo demás, que está muy presente también en los otros autores) se diferencia poco, en cuanto a sus efectos prácticos, de afirmar que la función judicial está regida no solo por reglas, sino también por principios o que el juez debe procurar contribuir al desarrollo y mejora de la práctica o empresa en que consiste el Derecho.

La distinción, entonces, es más bien una cuestión de acento, pero ello no quiere decir que sea irrelevante. Tiene consecuencias, por ejemplo, en relación con la teoría de la interpretación: Al considerar el Derecho como un fenómeno puramente autoritativo, la interpretación no va a tener, en la obra de Ferrajoli, el alcance y desarrollo que en la de Dworkin (no es lo mismo interpretar textos establecidos por una autoridad que interpretar una práctica). También (si se quiere como consecuencia de lo anterior) a la hora de plantearse el problema de la argumentación jurídica: Ferrajoli tiende a pensar que, en la aplicación del Derecho, lo que existe es algo así como subsunción más discreción judicial, y es notablemente escéptico a propósito de la ponderación (algo, por lo demás, perfectamente coherente con su tendencia a ver el Derecho como un conjunto de reglas, en donde los principios no juegan prácticamente ningún papel o juegan uno de escasa importancia). La diferencia de fondo, cabría concluir, estriba en que el positivismo jurídico, al no dar el suficiente peso a la dimensión valorativa del Derecho, corre el riesgo de resultar una concepción del Derecho, más que equivocada, irrelevante: «El ver lo valioso como derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de las directivas (...) inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales. La primera es la de los conflictos entre principios, en general, y muy especialmente entre derechos constitucionales. Los instrumentos para resolver tales conflictos se encuentran necesariamente más allá de lo que el constituyente ha ordenado, y no pueden hallarse en otro lugar más que en las razones subyacentes a tales directivas, esto es, en

los juicios de valor que subyacen a las mismas. Algo análogo ocurre con la discusión, hoy tan de actualidad, sobre las excepciones implícitas a las reglas. Tan solo parece poder darse cuenta coherentemente de ellas como supuestos de sobreinclusión por parte de las reglas en relación con las razones, esto es, con los juicios de valor, subyacentes» [Atienza y Ruiz Manero 2006, p. 778].

### 3. El Derecho como argumentación

A donde pretendo llegar con todo lo anterior es a sostener que así como el Estado constitucional, en cuanto fenómeno histórico, está innegablemente vinculado al desarrollo creciente de la práctica argumentativa en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, el constitucionalismo, en cuanto teoría, constituye el núcleo de una nueva concepción del Derecho que, en mi opinión, no cabe ya en los moldes del positivismo jurídico, y una concepción que lleva a poner un particular énfasis en el Derecho como práctica argumentativa (aunque, naturalmente, el Derecho no sea solo argumentación). Quienes no aceptan esta nueva concepción (no son autores «constitucionalistas») no dejan por ello de reconocer la importancia de la argumentación en el Estado constitucional.

En efecto, a diferencia de lo que ocurría en el «Estado legislativo», en el «Estado constitucional» el poder del legislador y de cualquier órgano estatal es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un in-

cremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: La fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos [*vid.* Atienza 2006, p. 17].

Por lo que se refiere a la teoría del Derecho, un repaso a las concepciones del Derecho más características del siglo XX permite, en mi opinión, concluir que ninguna de ellas puede dar cuenta satisfactoriamente de la dimensión argumentativa del Derecho. Dicho en forma extremadamente concisa: El formalismo (conceptual, legal o jurisprudencial) ha adolecido de una visión extremadamente simplificada de la interpretación y la aplicación del Derecho y, por tanto, del razonamiento jurídico. El iusnaturalismo tiende a desentenderse del Derecho en cuanto fenómeno social e histórico, o bien a presentarlo en forma mixtificada, ideológica. Para el positivismo normativista (de autores como Kelsen o Hart), el Derecho –podríamos decir– es una realidad dada de antemano (las normas válidas) y que el teórico debe simplemente tratar de describir; y no una actividad, una praxis, configurada en parte por los propios procesos de argumentación jurídica. El positivismo sociológico (el realismo jurídico) centró su atención en el discurso predictivo, no en el justificativo, seguramente como consecuencia de su fuerte relativismo axiológico y de la tendencia a ver el Derecho como un mero instrumento

al servicio de fines externos y carente de valor moral. Y las teorías «críticas» del Derecho (marxistas o no) han tropezado siempre con la dificultad (o imposibilidad) de hacer compatible el escepticismo jurídico con la asunción de un punto de vista comprometido (interno) necesario para dar cuenta del discurso jurídico justificativo.

Esos déficits y los cambios en los sistemas jurídicos provocados por el avance del Estado constitucional explican que en los últimos tiempos (más o menos, desde finales de la séptima década del siglo xx) se esté gestando una nueva concepción del Derecho que, en diversos trabajos [*vid.*, por ejemplo, Atienza 2006, pp. 55 y ss.], he caracterizado por una serie de rasgos, todos ellos ligados con el enfoque argumentativo del Derecho;<sup>(5)</sup>.

#### **4. Argumentación, argumentación jurídica y argumentación constitucional**

Las características mencionadas de las constituciones contemporáneas (y del constitucionalismo) explican el hecho de que la apelación a la Constitución (a alguna de sus normas, valores, etc.) juegue un papel destacado en muchos tipos de argumentaciones: En las que tienen que ver con la aplicación judicial del Derecho, pero también en las dirigidas a la producción legislativa de normas y, en general, en todas las argumentaciones de tipo práctico, aunque no puedan considerarse de carác-

---

(5) A la lista de los cuatro autores ya mencionados (Ferrajoli, Dworkin, Alexy y Nino) habría que añadir, por lo menos, el nombre de MacCormick y el de Raz. Ninguno de ellos, por cierto, asume todos los rasgos que señalo, pero sí la mayoría o, al menos, un número significativo de ellos.

ter jurídico, sino más bien de naturaleza moral o política. Por lo demás, la referencia a la Constitución puede o no operar como un argumento de autoridad: La argumentación para modificar una Constitución o crear una nueva puede considerarse, evidentemente, como un tipo de argumentación constitucional. De manera que el anterior sería un sentido amplísimo de «argumentación constitucional» y, obviamente, de no fácil manejo. Podría entonces pensarse en delimitar un sentido más estricto que incluyese únicamente, por ejemplo, la argumentación específicamente jurídica. Pero eso no deja de ser problemático. Por un lado, porque no es nada obvio que se pueda efectuar una distinción –al menos una distinción nítida– entre la argumentación jurídica y la de naturaleza moral y política; es más, esa –como veíamos– es una de las tesis más características de los autores «constitucionalistas». Y, por otro lado, porque la «argumentación constitucional de carácter jurídico» quizás diste de ser una categoría homogénea: Parece razonable pensar que no es exactamente el mismo el uso argumentativo de la Constitución que hacen los legisladores y los jueces, ni tampoco el que realiza un juez ordinario o un juez constitucional. Pero, en todo caso, analizar las especificidades de la argumentación constitucional (cualesquiera que estas sean) requiere de algunas aclaraciones previas sobre qué quiere decir argumentar y desde qué perspectivas se puede ver una argumentación.

Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar. Es la actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales), conectadas entre sí de muy variadas formas. Embarcarse

en una actividad argumentativa significa aceptar que el problema del que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) resolverá mediante el intercambio de razones y que esas razones se hacen presentes por medio del lenguaje: Oral o escrito. Argumentar supone, pues, renunciar al uso de la fuerza física o de la coacción psicológica como medio de resolución de problemas. Además, una argumentación consta de ciertas unidades básicas, los argumentos, en los que pueden distinguirse premisas (enunciados de los que se parte) y conclusiones (enunciados a los que se llega); y que son evaluables según ciertos criterios que permiten calificar los argumentos (y la argumentación) como válidos, sólidos, persuasivos, falaces, etc.

Sin embargo no existe, una única forma de entender –y de estudiar– la argumentación y los argumentos. Sin entrar en muchos detalles<sup>(6)</sup>, podríamos distinguir tres concepciones o aproximaciones a las que cabría denominar, respectivamente, formal, material y pragmática, y que vienen a ser tres interpretaciones distintas de los elementos comunes a los que se acaba de hacer referencia.

La concepción formal (ejemplo paradigmático, pero no único: La de la lógica deductiva estándar) ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar (en el sentido de que se hace abstracción del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión); responde al problema de si a partir

---

<sup>(6)</sup> Un análisis pormenorizado, con la distinción entre el concepto y las concepciones de la argumentación, puede encontrarse en Atienza (2006).

de enunciados –premisas– de tal forma se puede pasar a otro –conclusión– de otra determinada forma; los criterios de corrección vienen dados por las reglas de inferencia; y lo que suministra son esquemas, formas, de los argumentos. No hay por qué considerar que dichos esquemas sean solo de tipo deductivo: Un argumento puede tener una forma inductiva, probabilística, abductiva, etc. Pero la deducción juega, por así decirlo, un papel «modélico».

Para la concepción material, lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los enunciados verdaderos o correctos (los hechos naturales o institucionales a los que se refieren); responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer, y consiste por ello, esencialmente, en una teoría de las premisas: De las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar alguna acción; sus criterios de corrección no pueden, por ello, tener un carácter puramente formal: Lo esencial consiste en determinar, por ejemplo, en qué condiciones tal tipo de razón prevalece sobre tal otra; y esos criterios no constituyen reglas de inferencia en el sentido de la lógica formal, sino que –como ocurre con las reglas del método científico– dependen de cómo es (o cómo debe ser) el mundo.

Finalmente, la concepción pragmática contempla la argumentación como un tipo de actividad (una serie de actos de lenguaje) dirigida a lograr la persuasión de un auditorio o a interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico; el éxito de la argumentación depende de que efectivamente se logre la persuasión o el acuerdo del otro, respetando ciertas reglas. Mientras que en la

concepción material (y en la formal) la argumentación puede verse en términos individuales (una argumentación es algo que un individuo puede realizar en soledad), en la concepción pragmática la argumentación es necesariamente una actividad social. Dentro de la concepción pragmática se pueden distinguir, a su vez, dos enfoques. Uno es el de la retórica, centrado en la idea de persuadir a un auditorio que, en la argumentación, asume un papel básicamente estático. Y el otro es el de la dialéctica, en el que la argumentación tiene lugar entre participantes (proponente y oponente) que asumen un rol dinámico: Entre ellos hay una interacción constante. La concepción de la argumentación de Perelman y la de Toulmin vienen a representar, respectivamente, el punto de vista retórico y el dialéctico.

## **5. Algunas características de la argumentación constitucional**

Veamos ahora de qué manera se puede, en cierto sentido, desarrollar lo anterior y entrar en las peculiaridades de la argumentación constitucional. Partiré para ello de las tres dimensiones –formal, material y pragmática– de la argumentación y me centraré en la argumentación llevada a cabo por los tribunales constitucionales, como paradigma de argumentación constitucional.

5.1. Aunque a veces se habla de los tribunales constitucionales como de «legisladores negativos», el tipo de argumentación que ellos desarrollan pertenece, sin duda, al género de la argumentación judicial, también cuando resuelven casos abstractos (problemas

de control abstracto de constitucionalidad<sup>(7)</sup>. E incluso cuando, al resolverlos, los tribunales). Además de otras diferencias que tienen que ver con el distinto estatus normativo de los jueces constitucionales y de los legisladores, y con la distinta composición y organización de ambas instituciones, la diferencia crucial estriba, en mi opinión, en la naturaleza de los problemas que desencadenan la necesidad de argumentar en una y otra instancia. Además, la distinta naturaleza de las cuestiones planteadas (en uno y otro ámbito) lleva a que también sea diferente el tipo de decisiones que requieren, los criterios de corrección de las mismas y los esquemas o formas de argumentación a emplear.

Dicho en forma sintética:

- a) Las decisiones judiciales son cerradas, en el sentido de que al juez, normalmente, solo se le pide que

---

<sup>(7)</sup> En todo caso, la actividad del tribunal es distinta a la del legislador por diversas razones: Además de que el ámbito de discrecionalidad de los jueces sea obviamente menor que el de los legisladores (y que los primeros actúen únicamente a instancia de parte), la decisión de los primeros está orientada (o debe estarlo para poder ser considerada legítima) hacia el pasado (vale decir, debe buscar ser coherente con el ordenamiento jurídico, con los principios y valores constitucionales; lo que justifica ese tipo de sentencias es la conservación de la ley y la obligación de interpretar las leyes de acuerdo con la Constitución) y no, como la del legislador, hacia el futuro, a lograr ciertos fines «externos» al Derecho, para lo cual lo esencial son criterios de oportunidad y los principios y valores constitucionales (la coherencia) operanencialmente como un límite. *Vid.* sobre esto Atienza (2004).

elija entre dos opciones (condena/absolución; declaración de constitucionalidad o de inconstitucionalidad, etc.); y están orientadas hacia la obtención de una única respuesta correcta. Las decisiones legislativas son abiertas, de manera que casi nunca puede decirse que una ley con tal estructura y contenido es la única posible: El campo de las decisiones justificables está, pues, en este segundo caso, mucho más abierto, depende de cuestiones de oportunidad.

- b) Los criterios de corrección de las decisiones judiciales son esencialmente internos al Derecho: Las decisiones judiciales se orientan hacia el sistema jurídico, y de ahí la importancia decisiva de la coherencia. En el caso de la legislación, las decisiones se orientan hacia el sistema social y la coherencia tiene, por ello, un papel residual: Es un criterio de corrección que opera –podríamos decir– en un sentido negativo, como límite.
- c) La argumentación judicial obedece esencialmente a un esquema clasificatorio o subsuntivo y solo de manera excepcional juega un papel la ponderación y la adecuación, mientras que en la argumentación legislativa predominan los esquemas de los dos últimos tipos.

Ahora bien, lo que diferencia, desde un punto de vista formal, la argumentación de los tribunales ordinarios y la de los tribunales constitucionales es que, en el caso de estos últimos, la ponderación adquiere un gran protagonismo, como consecuencia del papel destacado de los principios en las constituciones contemporáneas. No quiere decir que los jueces ordinarios no

ponderen, sino que solo tienen que hacerlo, en cierto modo, cuando se enfrentan con casos difíciles que no pueden resolverse sin remitirse (explícitamente) a principios constitucionales y en circunstancias en las que el tribunal constitucional no ha tenido aún oportunidad de pronunciarse; cuando lo ha hecho, el juez ordinario tiene ya a su disposición una regla, esto es, debe seguir la ponderación efectuada por el tribunal constitucional. La necesidad de ponderación deriva del hecho de que los jueces, y en particular los jueces constitucionales, no sólo aplican reglas, sino también principios. Tienen que recurrir a principios, básicamente, cuando no existe una regla aplicable a la situación, o cuando sí que existe una regla, pero ella es incompatible con los valores y principios del sistema; en estos últimos supuestos, la pretensión de la regla de servir como razón concluyente y excluyente falla, porque el aspecto directivo de la misma se separa del justificativo.

La aplicación de principios para resolver casos no puede tener lugar, sin embargo, de manera directa, dado que los principios suministran solo razones no perentorias, razones *prima facie*, que tienen que ser contrastadas con otras, provenientes de otros principios o de otras reglas. La aplicación de los principios supone, por ello, una operación con dos fases: En la primera, se convierte el principio (o los principios) en reglas: Esto es a lo que propiamente se le puede llamar ponderación; luego, en una segunda fase, la regla creada se aplicará según un modelo clasificatorio o subjuntivo, o bien finalista o de adecuación entre medios y fines.

Ahora bien, puesto que los principios pueden ser principios en sentido estricto o directrices, se debe hablar

también de dos tipos de ponderación<sup>(8)</sup>. Una es la ponderación (si se quiere, la ponderación en sentido estricto<sup>(9)</sup>) que tiene lugar básicamente entre principios en sentido estricto, esto es, entre normas de acción como, por ejemplo, entre la norma –el principio– que prohíbe atentar contra el honor de las personas y de los grupos y la que garantiza –permite– la libertad de expresión. Otro tipo de ponderación es el que tiene lugar a partir de directrices; me refiero con ello al proceso de concreción conducente a establecer una serie de medidas (que pueden consistir en reglas de acción o de fin, o simplemente en medidas concretas que establecen la obligación de realizar cierta acción) a partir de alguna directriz como la contenida en el artículo. 47 de la Constitución española relativa al derecho a disfrutar de una vivienda digna.<sup>(10)</sup>

---

(8) Dejo fuera una tercera opción (la ponderación entre principios en sentido estricto y directrices), porque creo que se puede reducir, de alguna manera, a alguna de estas dos; *vid.* Atienza 2006, p. 170. Sobre la ponderación constitucional hay una inmensa bibliografía. *Vid.* por todos Prieto (2003).

(9) «Estricto», en cuanto que, en sentido amplio, la ponderación abarcaría también al segundo tipo (del que en seguida se habla) al que se puede denominar también «concreción». Como se verá, entre la ponderación en sentido estricto y la concreción hay semejanzas y diferencias, y el que se acentúen unas u otras puede tener que ver con propósitos didácticos o expositivos, más bien que con cuestiones de fondo de teoría del Derecho.

(10) El ejemplo es interesante porque muestra que la condición de principio en sentido estricto o de directriz es relativa a los sistemas jurídicos, esto es, tiene un carácter (relativamente) contingente. El derecho a una vivienda digna que en España (y en casi todos los países) está recogido en una

En el primer tipo de ponderación se pueden distinguir, a su vez, varios pasos. En el primero se constata que, ante una determinada situación (la que se trata de resolver) existen principios, valores, que tiran en direcciones opuestas (por ejemplo, el derecho al honor, a favor de prohibir determinadas manifestaciones; el derecho a la libertad de expresión, a favor de admitirlas) y que necesitan algún tipo de ajuste, dado que todas ellas no pueden satisfacerse al mismo tiempo. En una segunda fase se establece una prioridad de tal principio o valor sobre otro, dadas ciertas circunstancias, y se aducen las razones para ello. Y finalmente se construye una regla (una regla de acción) que supone la traducción en términos deónticos de esa prioridad, y que será la base (la premisa) de la subsunción correspondiente. La ponderación tiene, pues, lugar a través de un proceso de construcción de una taxonomía en la que se van formando casos genéricos y las correspondientes reglas, respetando ciertos principios como el de universalidad, consistencia, coherencia y adecuación de las consecuencias. Por ejemplo, si se examina un número suficiente de supuestos decididos por el tribunal constitucional español, en los que entran en contradicción el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión, se puede ver cómo se van construyendo reglas distintas según que se den o no determinadas propiedades: que se afecte al honor en

---

directriz (se establece como un fin, una meta a alcanzar), va a pasar a estar regulado en Francia (de acuerdo con el compromiso asumido por el Gobierno francés en diciembre del 2006) por normas de acción; vale decir, se convertirá en un derecho semejante al derecho a la educación o el derecho a la salud.

sentido estricto o a la intimidad; que se trate de libertad de expresión o de información; que las informaciones tengan o no un interés público, etc. [Atienza 1996].

Si se hace abstracción del proceso de la argumentación y se busca captar esencialmente el resultado del mismo, lo que tendríamos es un esquema como el siguiente:

- En la situación concreta S, el principio P1 y el principio P2 –que tienen condiciones de aplicación abiertas– establecen exigencias normativas contrapuestas (por ejemplo, permitido q y prohibido q).
- En la situación concreta S, dadas las circunstancias C, un principio prevalece sobre el otro (por ejemplo, P2 sobre P1).
- Por lo tanto, en esa situación y dadas esas circunstancias, está justificado dictar una norma que establece que si p (un conjunto de propiedades que incluye las derivadas de las circunstancias C), entonces está prohibido q.

Si la ponderación no la realizase un juez, sino un legislador (las reglas legisladas pueden verse, en buena medida, como el resultado de ponderaciones llevadas a cabo por el legislador), el esquema (pero recuérdese que estamos viendo la ponderación desde una perspectiva únicamente formal) no sería muy distinto: simplemente, habría que suprimir las referencias a un caso concreto; podría decirse que los legisladores ponderan, pero no a la vista de un caso concreto, sino en abstracto<sup>(11)</sup>.

---

(11) Obviamente, los tribunales constitucionales también ponderan *sin abstracto*, cuando sobre lo que tienen que resol-

Por supuesto, la mayor dificultad está en la última premisa del argumento de la primera fase, esto es, en el establecimiento de la relación de precedencia de un principio sobre otro. Alexy [2002] considera que para establecer esa precedencia es necesario tener en cuenta tres elementos que, según él, forman «la estructura de la ponderación» (diríamos que viene a ser la «justificación externa» de la ponderación) [*vid.* Alexy 2002; Bernal 2003; Lopera 2006]: La ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.

La ley de la ponderación dice así: «Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro»; y se concreta a través de tres variables en la fórmula del peso. Esas tres variables

---

ver no es sobre una disputa particular (como ocurre con los juicios de amparo en España), sino sobre la constitucionalidad o no de las leyes; en consecuencia, podría decirse que, por ejemplo, el Conseil constitutionnel francés solo juzga –pondera– *in abstracto*. Pero, en todo caso, la ponderación del legislador es siempre *más abstracta* que la que llevan a cabo los jueces constitucionales; lo que acota el campo de la ponderación de estos últimos es, naturalmente, el hecho de que la misma tiene que circunscribirse a una comparación entre una determinada norma (cuya constitucionalidad se discute) y la propia Constitución; el juicio de ponderación viene a expresar, entonces, que, aunque existen en principio razones (basadas en valores, principios, etc.) que apoyan la constitucionalidad de la norma, y otras razones en sentido contrario, las primeras (dadas determinadas circunstancias: El grado en que la norma afecta a determinados derechos, el valor de los diversos principios implicados, etc.) prevalecen sobre las segundas (y, en consecuencia, la norma es declarada constitucional).

son: El grado de afectación de los principios en el caso concreto; el peso abstracto de los principios relevantes (según la concepción de valores predominante en la sociedad); y la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy atribuye además un determinado valor numérico a las variables, de manera que a partir de la fórmula del peso (que es una fórmula matemática)<sup>(12)</sup> podría efectuarse algo así como un «cálculo»<sup>(13)</sup> que puede llevar al resultado de que el peso de uno de los principios es superior al del otro (un principio prevalece sobre el otro). Cuando no es así, vale decir, se produce una situación de empate, entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación, por ejemplo, una regla que establece una prioridad en favor de la libertad o (si se enjuiciara un caso de posible inconstitucionalidad de una ley) en favor de la ley, de considerar que esta última es constitucional.

El segundo tipo de ponderación (o de «concreción») a que antes hacía referencia es muy distinto. El punto de partida es la necesidad de concretar un objetivo teniendo en cuenta que eso no puede hacerse prescindiendo de cómo puede afectar al resto de los objetivos valiosos establecidos por el sistema o vulnerando los límites fijados por los principios en sentido estricto. Y mientras que la primera ponderación es típica de los

---

(12) Cambiando un poco la notación, para hacerla más intuitiva, se formula así:

$$\text{Pes } i, j = \frac{A_i \times \text{Pes. } i \times S_j}{A_j \times \text{Pes } j \times S_i}$$

(13) El uso de términos matemáticos es más bien –como Alexy reconoce– metafórico y, en mi opinión, contraproducente.

jueces (sobre todo, de los jueces constitucionales y, con las matizaciones señaladas, también de los legisladores) esta segunda cae en principio fuera de la competencia de los jueces; vale decir, se trata de una operación que supone niveles muy elevados de discrecionalidad y que, por ello, los sistemas jurídicos confían, casi en exclusividad, a los legisladores y a los órganos administrativos; lo que los jueces (incluidos los jueces constitucionales) hacen al respecto es controlar que la ponderación se ha efectuado de manera correcta, pero eso no implica propiamente ponderar, sino comprobar que no se han sobrepasado los límites señalados por las reglas y los principios en sentido estricto.

5.2. En el apartado anterior he empezado afirmando que los problemas (de argumentación) que tenía que resolver un tribunal constitucional eran, fundamentalmente, problemas de interpretación, y luego he caracterizado –desde el punto de vista formal– la labor argumentativa de esos tribunales (a diferencia de los tribunales ordinarios) por el papel destacado que en la misma juegan los esquemas ponderativos. Eso presupone, como mínimo, que interpretar y ponderar no son términos antitéticos; como, por otro lado, no lo son interpretar y subsumir (cuando el significado de alguno de los términos de una norma no es claro, es necesario interpretarlo para luego realizar la subsunción) ni ponderar y subsumir (normalmente, como se acaba de ver, son pasos sucesivos de un mismo proceso: Se pondera para obtener una regla en la que subsumir el caso). ¿Pero cómo se relacionan entre sí interpretar y ponderar? ¿En qué sentido son compatibles? ¿Es la interpretación, sencillamente, un tipo o un momento de la ponderación? ¿Se trata de operaciones realmente distintas?

Hay una cierta dificultad para contestar a estas preguntas que deriva del hecho de que, en la teoría del Derecho, la interpretación parece concebirse, básicamente, de dos maneras distintas.

Una de ellas (muy influida por la filosofía hermenéutica) es la que puede ejemplificarse en la obra de Dworkin que, como es sabido, considera el Derecho mismo como una práctica interpretativa; la ponderación entre principios, por lo tanto, no podría ser más que un momento, una fase, de la interpretación.

La concepción del Derecho de Dworkin [*vid.* Dworkin 1985 y 1986] se centra en los casos difíciles, en los que hay que recurrir a principios y valores constitucionales. Según él, en las cuestiones acerca de qué es lo que el Derecho establece (distintas de los problemas de prueba o de los problemas estrictamente morales) puede surgir un tipo de «desacuerdo teórico» en relación con los «fundamentos de Derecho» que llevan a establecer como verdaderas determinadas «proposiciones de Derecho» como, por ejemplo, «según el Derecho español, el derecho fundamental a la vida lo tienen no los embriones, sino los seres humanos nacidos». Estas proposiciones no describen ninguna realidad previamente existente, ni son la expresión de deseos o la descripción de verdades objetivas; su establecimiento no es el resultado (o normalmente no lo es) de resolver un problema de vaguedad semántica o un problema puramente moral, sino de haber llevado a cabo una actividad interpretativa. Pero entonces resulta que el Derecho –al menos en estos casos difíciles– es él mismo interpretación, esto es, se genera al ser interpretado. El Derecho constituye una práctica social y la interpretación no puede llevarse a cabo según un

modelo conversacional o intencionalista, sino según un modelo constructivo: Interpretar supone procurar presentar el objeto o la práctica en cuestión como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece.

La otra manera de aproximarse a la interpretación (que, sin muchas precisiones, podría calificarse como analítica) parece, en principio, muy distinta. Interpretar consistiría en adscribir, proponer o crear un significado a partir de un texto. Existe un problema interpretativo cuando ese significado es dudoso, esto es, a un mismo término o a un mismo enunciado de una norma o de una disposición se le puede atribuir, en principio, más de un significado. Por ejemplo, el término «todos» del artículo. 15 de la Constitución española puede entenderse que abarca a «todos los seres humanos, incluidos los embriones desde el momento de la concepción», o solo a «todos los seres humanos nacidos». La resolución del problema consiste en pasar del enunciado a interpretar al enunciado interpretado, y para ello se necesita aducir argumentos en favor de una u otra de esas opciones. Esos argumentos revisten diversas formas lógicas (*a simili*, *a contrario*, etc.) y se apoyan en diversos criterios (cánones o reglas) de la interpretación que pueden clasificarse en cinco grandes categorías, pues lo que hace que surja una duda interpretativa es alguno de estos cinco factores (o una combinación de ellos): En el texto se ha empleado una expresión imprecisa (criterios lingüísticos); no es obvio cómo haya de articularse ese texto con otros ya existentes (criterios sistemáticos); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (criterios pragmáticos); es problemática la relación entre el texto y las finalidades a que el mismo servirá (criterios

teleológicos); es dudoso cómo se entenderá el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento (criterios axiológicos). Ahora bien, la clave para la solución de un problema interpretativo no se encuentra simplemente en esos criterios, sino en los criterios de segundo grado que establecen qué criterios, y en qué ocasiones, prevalecen sobre otros (puesto que el uso de una u otra regla interpretativa puede llevar en muchos casos a resultados opuestos) lo que, a su vez, requiere remontarse a alguna teoría de la interpretación (formalista, realista, subjetivista, objetivista, etc.) y, en el fondo, a una teoría del Derecho.

De manera que, a fin de cuentas, esta segunda forma de ver la interpretación no es tan distinta de la sugerida por Dworkin, si el análisis de la argumentación que requiere un problema interpretativo se lleva hasta el final (hasta sus premisas últimas) y se suscribe una teoría no formalista, objetivista y no escéptica de la interpretación (y del Derecho). La solución de los problemas interpretativos depende, por tanto, de la forma como se entienda el fenómeno del constitucionalismo al que me referí en un apartado anterior. No es por ello de extrañar que Dworkin y los autores a los que, en sentido estricto, se debe denominar como «constitucionalistas» estén básicamente de acuerdo en cuanto a los criterios últimos para interpretar la Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico. Así, coinciden, por supuesto, en la idea de que todo el material jurídico debe interpretarse de manera acorde con la Constitución, como consecuencia obvia de la primacía de la Constitución. Pero también en priorizar las interpretaciones que conduzcan al máximo desarrollo posible de los valores y derechos fun-

damentales. En considerar que los criterios lingüísticos, pragmáticos y sistemáticos (lo que Dworkin denomina adecuación *-fitness-*) constituyen básicamente un límite, pero no el objetivo de la interpretación. En defender alguna versión de la teoría de la «deferencia al legislador» y de la presunción de constitucionalidad de las leyes. Y, en fin, en sostener la prioridad del elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin perder de vista por ello que el Derecho (a diferencia de la moral) es necesariamente un fenómeno autoritativo y que este último componente tiene que pesar más a medida que se va descendiendo en el orden jerárquico judicial: Por ello, entre otras razones, la interpretación de los tribunales constitucionales no puede ser del todo coincidente con la de los otros jueces<sup>(14)</sup>.

---

(14) Todo esto se puede expresar también, como lo ha hecho recientemente Josep Aguiló [2004], señalando que en el constitucionalismo contemporáneo se pueden distinguir cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución: la concepción «mecánica» frente a la «normativa», la concepción «procedimental» frente a la «sustantiva», la concepción «política» frente a la «jurídica» y la concepción de la Constitución como «fuente de las fuentes del Derecho» frente a la Constitución como «fuente del Derecho»; que en realidad se trata de una disputa no sobre las propiedades que caracterizan a una Constitución, sino sobre cuáles tienen preeminencia; que todas esas oposiciones se reducen, en realidad, a una fundamental según se ponga el énfasis en la dimensión «constitutiva» (vale decir, en el primero de cada uno de los anteriores pares de conceptos) o en la «regulativa» (en el segundo de cada par); que la concepción más adecuada es precisamente esta segunda, esto es, la que subraya el carácter normativo, sustantivo, jurídico y de fuente del Derecho de la Constitución; y que la diferencia entre

Pero volvamos a la cuestión de la relación entre interpretación y ponderación. Dado que en la formulación de los principios aparecen expresiones de significado abierto, impreciso («dignidad», «honor», «libertad», «igualdad», «tratos inhumanos o degradantes», etc.), su utilización requiere, naturalmente, una labor de interpretación. Y si se acepta una concepción de la ponderación como la de Alexy, no cabe duda de que expresiones como «peso abstracto», «afectación grave», etc. necesitan también ser interpretadas. Digamos que la ponderación es un esquema o una operación que envuelve diversos momentos interpretativos: No se puede ponderar sin interpretar. ¿Pero se puede interpretar sin ponderar? Sí y no.

Por un lado, en efecto, parece haber problemas de interpretación de la Constitución (y de las leyes) que no requieren de una ponderación, sino simplemente de la utilización de alguna regla interpretativa. Por ejemplo, el tribunal constitucional español entendió (en una sentencia del 18 de junio de 1999 sobre la constitucionalidad de la anterior Ley de Reproducción Humana Asistida) que «todos tienen derecho a la vida» debía interpretarse en el sentido de «todos los nacidos» apoyándose, fundamentalmente, en su propio precedente (y en los criterios allí utilizados). Pero, por otro lado, lo que eso muestra es que la ponderación se efectuó en otro lugar, de manera que la diferencia parece ser simplemente relativa: depende de que la ponderación se haya ya efectuado y no

---

ambas concepciones se advierte en el momento del diseño constitucional y en el de la resolución de casos de indeterminación constitucional (casos difíciles).

exista motivo para ponerla en entredicho; y no depende de que al tribunal constitucional se le plantee un caso concreto (si, por ejemplo, una resolución administrativa o judicial supone la vulneración de un derecho fundamental de cierto individuo) o un caso abstracto (si tal aspecto de tal ley es o no constitucional).

Así pues, la argumentación constitucional, en la medida en que es una argumentación a partir de principios, parece suponer siempre, de una u otra forma, una operación de ponderación (bien la realización de una ponderación, o bien la aceptación de una ponderación efectuada anteriormente). El problema entonces (el problema de fondo de la argumentación constitucional) es el de cómo determinar el peso de las diversas razones en presencia. Es obvio que no puede haber ninguna fórmula que quepa sin más aplicar a cada uno de los casos en discusión (salvo que se trate de una fórmula vacía, esto es, de un simple esquema lógico). ¿Pero cabe al menos establecer alguna jerarquía entre los tipos de razones presentes en los procesos de justificación?

Es usual, a partir de Summers [1978], distinguir dos grandes tipos de razones justificativas: Razones formales o autoritativas (que apelan a la autoridad del legislador, del precedente, etc.) y razones sustantivas, que derivan su fuerza de consideraciones de carácter moral, económico, político, etc.; estas últimas pueden ser finalistas (sirven para apoyar una decisión que contribuirá a un fin valioso) o de corrección (derivan su fuerza justificativa de la aplicabilidad de una norma socio-moral válida). Los principios tienen un cierto ingrediente autoritativo pero, en lo esencial, aparecen como razones sustantivas o, empleando una terminología equivalente,

dependientes del contenido<sup>(15)</sup>: Los principios en sentido estricto suministran razones de corrección, y las directrices, razones finalistas. De acuerdo a cómo operan nuestros sistemas jurídicos (los del Estado constitucional) puede decirse que las razones sustantivas tienen algún tipo de prioridad sobre las autoritativas y, dentro de las sustantivas, las de corrección sobre las finalistas; pero no parece que se pueda establecer una jerarquía estricta: Las razones de corrección pueden ser derrotadas, en ciertas circunstancias excepcionales, por razones de fin; y unas y otras (las razones sustantivas) pueden ser derrotadas también por razones institucionales, esto es, razones cuya fuerza depende de la necesidad de preservar el propio orden jurídico o alguna de sus instituciones (por ejemplo, la división de poderes y la deferencia al legislador justifica que un juez constitucional no pueda –o pueda muy limitadamente– modificar una norma legislativa para hacerla más justa, más acorde con las razones de corrección y finalistas que serían aplicables a la situación).

El carácter institucional del razonamiento jurídico marca precisamente una diferencia importante con la argumentación moral que parece estar regida esencial o únicamente por razones de tipo sustantivo. Esto permite hablar de una relativa autonomía, pero no de una independencia, del razonamiento jurídico respecto del moral. En realidad, el razonamiento jurídico –y, por supuesto, el de los tribunales constitucionales– está sometido al razonamiento moral, pero eso no quiere decir tampoco

---

(15) Remito de nuevo a Atienza y Ruiz Manero 2004 y al trabajo de Ruiz Manero en este mismo Tratado.

que aquel sea exactamente un caso *especial* de este (no lo es, porque en la argumentación jurídica –al menos en algunas de sus instancias– no rigen todas las normas de la argumentación práctica racional). Más bien habría que decir que toda justificación jurídica presupone, en último término, una justificación moral<sup>(16)</sup>. Las restricciones institucionales del Derecho son condiciones necesarias (cuando lo son: Cuando están justificadas) para que pueda existir una práctica jurídica valiosa. Nino lo expresa de la siguiente manera: El razonamiento jurídico justificativo (por ejemplo, el de un juez) se mueve en dos fases o en dos niveles [ *vid.* Nino 1992, p. 71].

5.3 Resumiendo en cierto modo lo que se acaba de ver en los anteriores apartados, podría decirse lo siguiente. Considerada desde la perspectiva judicial, la argumentación constitucional sería aquella dirigida a justificar los procesos de interpretación, aplicación y desarrollo de la Constitución. Como el punto de partida, las premisas, de los argumentos son enunciados de principio, el esquema básico es la ponderación, pero eso no excluye una utilización –limitada– de esquemas de adecuación y, por supuesto, clasificatorios. Una característica fundamental de los principios es que están formulados en forma abierta e imprecisa y, normalmente, hay más de uno, de signo contrapuesto, aplicable a cada situación. Ello significa que su manejo plantea no solo problemas de interpretación en sentido estricto, sino también de ponderación, de establecer el peso relativo de cada uno de ellos: En relación con los otros, y

---

(16) Para más detalles sobre este punto puede verse Atienza 2006, pp. 242 y ss.

a la vista de determinada situación. No hay un método que permita determinar, de antemano, el resultado de esta operación, pero sí criterios que sirven como límite y guía de la misma. Aquí podría distinguirse, a su vez, entre los criterios que son característicos de cualquier argumentación práctica de carácter justificativo (universalidad, consistencia, coherencia, adecuación de las consecuencias) y otros vinculados a una determinada concepción de la Constitución, del Derecho del Estado constitucional. La diferencia entre la argumentación llevada a cabo por los tribunales constitucionales y por los tribunales ordinarios no puede ser una diferencia cualitativa, dado que una de las características del constitucionalismo es que la Constitución permea todo el ordenamiento jurídico. Cualquier argumentación judicial de carácter justificativo se apoya en último término en premisas (normas y valores) constitucionales. Esto puede no resultar manifiesto en los casos fáciles (en los que hay una norma específica, una regla, aplicable sin más al caso), pero simplemente porque, al no ponerse en cuestión la regla, la argumentación no necesita llegar hasta niveles de justificación más profundos. Pero las reglas, como sabemos, tienen su justificación en los principios y el recurso (explícito) a ellos se vuelve necesario cuando aparecen casos difíciles, esto es, casos en los que no hay una regla aplicable, o hay más de una entre sí contradictorias, o hay una sola pero su contenido prescriptivo va más allá o más acá de su justificación subyacente, esto es, hay un desajuste entre el aspecto directivo y el valorativo. Vale decir, si se consideran los elementos formales y materiales de la argumentación, no hay –no puede haber– muchas diferencias en cuanto a la manera de justificar las decisiones de los casos difíciles por parte de los

tribunales ordinarios o constitucionales. Los elementos distintivos tienen más bien que ver con cuestiones de tipo institucional (que tienen que ser consideradas por una concepción pragmática de la argumentación) como la competencia (los tribunales constitucionales pueden ser los únicos competentes para decidir sobre determinadas cuestiones) y la autoridad (los tribunales constitucionales, al ser los intérpretes últimos de la Constitución, constituyen obviamente el punto último de la cadena de autoridades: Sus decisiones y las razones que las avalan pueden estar equivocadas –jurídicamente equivocadas– pero tienen fuerza obligatoria; su repercusión, por ello, es, normalmente, superior a la de los otros tribunales.

En cuanto a la argumentación de tipo legislativo, la subsunción no juega en ella ningún papel, puesto que aquí no se trata propiamente de aplicar la Constitución, sino de interpretarla y desarrollarla (en cuyo caso el legislador pondera en el sentido antes señalado) y, sobre todo, de alcanzar objetivos, de desarrollar políticas que sean compatibles con la Constitución; la argumentación legislativa obedece por ello, esencialmente, al modelo de la argumentación medio-fin; los fines últimos, si se quiere, son los establecidos por la Constitución, pero con respecto a los fines intermedios (en los que suele centrarse la argumentación legislativa) la Constitución juega simplemente el papel de marcar un límite. Los criterios que determinan lo que es una buena razón en el ámbito legislativo no son exactamente los mismos que en la justificación judicial, pero hay un paralelismo notable entre los criterios de interpretación y los de producción de las leyes: Los argumentos volcados a justificar el contenido de una ley hacen referencia a su claridad, sistematicidad,

eficacia, efectividad, adecuación axiológica y eficiencia (cumplimiento de los anteriores criterios en un grado razonable) [*vid.* Atienza 2004]. La mayor diferencia entre la argumentación constitucional que llevan a cabo los jueces y los legisladores tiene que ver también con la dimensión pragmática: Con quiénes son los agentes de la argumentación, cuál es su rol institucional; en qué contexto actúan, qué reglas rigen su comportamiento argumentativo; y qué efectos produce la argumentación. Vale decir, tiene que ver con el quién, el cómo y el para qué se argumenta.

En relación con el quién, el hecho de que los jueces –en particular, los jueces constitucionales– sean los intérpretes últimos de la Constitución y tengan el poder de revisar la constitucionalidad de las leyes plantea, como es sabido, el problema de que ello parece ir en contra de las nociones comunes de soberanía popular y de democracia. La legitimidad de los jueces, incluidos los jueces constitucionales, no es de tipo democrático; estos últimos son elegidos por órganos políticos, pero difícilmente puede considerarse que representan la voluntad popular cuando, además, su mandato no suele ser temporalmente coincidente con el del órgano (parlamentario o no) que los eligió para desarrollar esas funciones. La tensión, naturalmente, se acentúa cuando los límites constitucionales al poder del legislador –como ocurre en el Estado constitucional– no son únicamente formales y procedimentales, sino también de carácter sustantivo y aparecen plasmados no en la forma específica y relativamente cerrada de las reglas, sino en la imprecisa y abierta de los principios. ¿Cómo justificar entonces ese poder contramayoritario de los jueces?

Como se sabe, este es uno de los problemas centrales del constitucionalismo contemporáneo, que lleva a contraponer la idea de democracia a la de derechos y que ha generado una importante división teórica entre los partidarios de subrayar uno u otro elemento, ambos, naturalmente, presentes en la noción de Estado de Derecho [*vid.* Salazar 2006]. Simplificando mucho las cosas, me parece que se podría decir que los primeros tienden a ser escépticos con respecto al papel que pueda jugar la racionalidad práctica en el manejo argumentativo de los principios; propenden a plantear el problema en términos políticos, esto es, en términos de a quién se le concede la última palabra, quién decide; y optan por la preeminencia del legislador frente al juez, del gobierno de las leyes frente al gobierno de los hombres (que es lo que vendría a significar, en su opinión, el otorgar a los jueces el poder de interpretar los principios constitucionales y declarar la inconstitucionalidad de las leyes). Los segundos, por el contrario, defienden –o tendrían que defender– alguna teoría de la racionalidad práctica; tienden a plantear el problema en términos más bien morales (o, por lo menos, no en términos exclusivamente políticos); y entienden que los derechos son límites a la democracia y que el poder –contramayoritario– del juez se legitima en la medida en que se ejerce para tutelar los derechos.

Pues bien, hay ciertos rasgos de la argumentación constitucional que desarrollan los jueces que se conectan precisamente con lo anterior y que apuntan, en cierto modo, a la misma tensión que se acaba de mencionar. Por un lado, la manera de superar ese déficit de legitimidad democrática, de legitimidad de origen, parecería

que tendría que consistir en una exigencia más estricta en cuanto al ejercicio del poder; sería por ello de esperar que el discurso justificativo que se contiene en la motivación de las decisiones judiciales –en particular, las de los jueces constitucionales– obedeciera al modelo del diálogo racional. Pero, por otro lado, esa argumentación no podría estar presidida exclusivamente por la idea de corrección, esto es, no se trata de un diálogo puramente filosófico, sino de un diálogo condicionado por la necesidad de obtener ciertas finalidades prácticas y cuyo destinatario quizás no sea exactamente el «auditorio universal» [*vid* Perelman y Olbrechts-Tyteca 1958]. Esto sugiere la idea de que en la argumentación constitucional existen elementos de tipo dialéctico y retórico que merece la pena considerar.

A diferencia de lo que ocurre con la argumentación que tiene lugar en el momento de establecimiento de las leyes, en donde los elementos dialécticos están muy presentes, lo que resulta «visible» de la argumentación judicial no suele ser la actividad de argumentar, sino su producto, el texto de la sentencia; por regla general, la deliberación en el interior del tribunal –incluidos los tribunales constitucionales– suele ser secreta, aunque existe alguna excepción a esta regla<sup>(17)</sup>. Pero, de todas formas, los elementos dialécticos de la discusión pueden hacerse presentes a través de dos instituciones de gran relevancia. Una es el procedimiento de tipo contradictorio que

---

(17) Me refiero a la Corte Suprema mexicana (cuyas funciones equivalen, al menos en parte, a las de un tribunal constitucional de tipo europeo): La deliberación tiene lugar en audiencia pública y los debates se transmiten incluso por televisión.

es seguido, también, por los tribunales constitucionales, especialmente en materia de protección de derechos fundamentales. Los jueces tienen así la oportunidad de conocer los argumentos a favor y en contra de una determinada tesis expuestos por las partes (aunque las «partes» no sean muchas veces individuos, sino órganos públicos). Es usual que en la redacción de las sentencias queden «rastros» de esa dialéctica, digamos, previa a la deliberación del tribunal. La otra institución es la del voto particular (discrepante o concordante) que permite también que, en el texto de la sentencia, se trasluzca algo de la dialéctica que ha tenido lugar, ahora, durante la deliberación en el interior del tribunal; no hace falta insistir en que esa posibilidad de que afloren los argumentos de una y otra parte, de la mayoría y de la(s) minoría(s), es de particular relevancia en los casos más conflictivos, en los que la división del tribunal refleja sin duda la que existe en la sociedad, en los diversos sectores sociales.

Ahora bien, con independencia de la mayor o menor visibilidad de esos aspectos dialécticos, la pregunta que inevitablemente se plantea –como antes decía– es la de si la argumentación de los tribunales (de los tribunales constitucionales) cumple o no –o hasta qué punto– las reglas que caracterizan al discurso o diálogo racional. La concepción dialéctica de la argumentación, como se ha dicho, considera la argumentación como una actividad, como un procedimiento en el que los participantes efectúan actos de lenguaje, cumpliendo ciertas reglas que varían según el tipo de diálogo de que se trate: Vale decir, no son las mismas reglas las que rigen la discusión en una disputa personal, en una negociación o en un diálogo racional [*vid.* Walton 1989; Cattari

2003]. Hay varias formas, esencialmente coincidentes entre sí, de caracterizar este último tipo de interacción. Por ejemplo, Alexy [1978], siguiendo a Habermas, formula una serie de reglas de la argumentación racional, las más importantes de las cuales son las que denomina «reglas fundamentales» y «reglas de razón». Y en la concepción pragma-dialéctica de la argumentación de van Eemeren y Grootendorst [2004] se propone un código de conducta, para quienes pretenden resolver sus diferencias de opinión mediante ese tipo de argumentación, que tiene la forma de un decálogo. Lo esencial, en ambos casos, consiste en asumir un tipo de actitud: En erigir una «pretensión de corrección» o respetar las reglas del «juego limpio».

Pues bien, la argumentación de los tribunales no puede obedecer del todo a esas reglas, al menos por un par de razones. La primera es que se trata de una argumentación que no está abierta a todos sino, precisamente, tan solo a los integrantes del tribunal. En el caso de los tribunales constitucionales, puede pensarse que sus miembros (dado el sistema de elección, distinto del de los otros jueces) representan aproximadamente las diversas ideologías o grupos presentes en la sociedad pero, naturalmente, eso no pasa de ser, en el mejor de los casos, una aproximación<sup>(18)</sup>. Y la segunda razón es que los

---

(18) Por poner un par de ejemplos, a propósito de una sola de las circunstancias personales que podría considerarse relevante a la hora de desarrollar una argumentación: En la actual composición del tribunal constitucional español, sólo 2 de sus 12 miembros son mujeres (aunque una sea la presidente del órgano). Y cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (una especie de tribunal constitucional de ámbito supranacional) tuvo que decidir el famoso caso Kalanke (sentencia del 17 de octubre de 1995),

jueces (también los jueces constitucionales) operan bajo límites de carácter institucional (límites procedimentales, pero también sustantivos) que no existen en el diálogo racional. Por supuesto, todas estas limitaciones pueden muy bien estar justificadas (permiten –por decirlo de una manera pomposa– que la razón práctica llegue más allá de donde llegaría de otra manera, esto es, permite que se argumente a propósito de campos de acción que, en otro caso, quedarían librados a la arbitrariedad o a la violencia). Pero, en cualquier caso, lo que parece claro es que los tribunales constitucionales no son una encarnación de la «comunidad ideal de diálogo» habermasiana ni, incluso, de la menos idealizada «razón pública» de Rawls.

Ahora bien, esos déficits son todavía compatibles con la idea de que, de todas formas, la argumentación que se desarrolla en los tribunales constitucionales se aleja menos del modelo del diálogo racional que la que tiene lugar en los parlamentos. Por ejemplo, la confrontación de posturas se resuelve aquí en último término (como ocurre en los tribunales), a través de una votación, pero quienes votan no tienen la obligación de justificar el sentido de su voto y no solo pueden adoptar en el debate una actitud de activa «parcialidad», sino que con alguna frecuencia (en el funcionamiento real de las asambleas parlamentarias) queda excluida de antemano la posibilidad de que alguien pueda ser persuadido por un argumento de un representante de la fuerza política antagónica. Por lo demás (y aunque aquí sea relevante la distinción entre la discusión en las comisiones y en el

---

a propósito de una cuestión de discriminación inversa (o acción afirmativa) en favor de las mujeres, ni uno solo de sus miembros era mujer.

pleno), lo normal es que los árbitros del debate, quienes lo resuelven mediante votación, no sean expertos en la materia; en ocasiones, ni siquiera podría decirse que tengan una idea razonablemente fundada de lo que se está votando (y, por tanto, de los argumentos que están apoyando o a los que se están oponiendo). ¿Pero es realmente por ello menos «racional» la argumentación legislativa (parlamentaria) que la judicial? La respuesta es probablemente que no. No tiene sentido criticar a los legisladores porque sus argumentaciones se produzcan en el contexto de una negociación en la que se trata de articular intereses y no de erigir una pretensión de corrección, de la misma manera que tampoco lo tendría que descalificar el alegato de un abogado aduciendo que es parcial. La forma de medir la «racionalidad» de un tipo de argumentación no puede hacer abstracción de los diversos contextos en los que surge la necesidad de argumentar<sup>(19)</sup>. Aunque quizás haya, después de todo, alguna razón para pensar que el Estado constitucional ha tenido un mayor éxito en el diseño de las instituciones judiciales que en el de las legislativas.

En todo caso, el hecho de que la argumentación de los tribunales constitucionales no pueda verse sin más como un ejercicio de la argumentación práctica racional supone también un reconocimiento de que los elementos retóricos juegan –y deben jugar– en ellos un papel

---

(19) Lo cual es compatible con asignar una posición de cierta preeminencia (sobre los otros tipos de diálogo) al discurso racional. La preeminencia consiste en que el discurso racional permite justificar la existencia de los otros juegos dialécticos: Las reglas que rigen estos últimos no pertenecen al discurso crítico racional, sino que pueden justificarse a partir de él.

relevante. Tal y como la retórica se ha entendido desde la antigüedad hasta nuestros días (podríamos decir, desde Aristóteles hasta Perelman), la noción clave de la misma es la de persuadir a otro. La argumentación retórica presupone entonces la idea de un orador que construye un discurso frente a un auditorio al que trata de persuadir con respecto a alguna tesis. Ese auditorio, normalmente, es más amplio en el caso de los tribunales constitucionales que en el de los tribunales ordinarios; podría decirse que las motivaciones de las decisiones de los primeros tienen como destinatarios a toda la comunidad política y no únicamente a las partes de un proceso o a la comunidad jurídica. En esto, vale decir, en cuanto a la amplitud del auditorio, se distingue también de la argumentación en el contexto de un debate parlamentario (o en los otros foros de la vida política) en el que cada interviniente aspira, normalmente, a ser persuasivo en relación con sus propios correligionarios o con quienes están próximos a su ideario político. De aquí derivan importantes consecuencias en cuanto al estilo y en cuanto al fondo de la argumentación. Así, puesto que las decisiones de los tribunales constitucionales son «últimas» no solo en el sentido jurídico de no recurribles, sino también en el de contribuir a estabilizar (a fijar ciertas líneas de consenso en) el debate político y moral (sobre todo, cuando versan sobre cuestiones polémicas como el aborto, la eutanasia, el reconocimiento de nuevos derechos, la organización territorial del Estado, los límites de la acción política, etc), sería inaceptable, por ejemplo, que fundamentasen sus decisiones en términos muy formalistas, o haciendo una amplia utilización de tecnicismos jurídicos o dificultando de cualquier manera (una manera de hacerlo es dar a las sentencias una exagerada extensión) su

fácil comprensión por una persona de cultura media y sin especiales conocimientos jurídicos<sup>(20)</sup>.

Lo anterior no quiere decir que el destinatario de las argumentaciones de los tribunales constitucionales sea exactamente el «auditorio universal», en el sentido en el que Perelman utilizaba esta expresión; vale decir, no son todos los seres de razón, sino más bien todos los que componen una comunidad política. Su objetivo no puede ser por ello simplemente el consenso racional, sino (o también) el consenso fáctico. En realidad, aparece aquí, de nuevo, una tensión entre dos formas de entender el constitucionalismo y, por ello, también la práctica argumentativa según se parta de un modelo de racionalidad en el que predominen los elementos morales o los políticos. Esa doble orientación podría quizás ejemplificarse con dos famosos conceptos que, de alguna manera, caracterizan las dos fases de la obra de Rawls: El equilibrio reflexivo [Rawls 1971] frente al consenso por solapamiento [Rawls 1993]. El equilibrio reflexivo constituye ante todo un criterio de coherencia, de corrección moral, mientras que el consenso por solapamiento apunta a la noción de razonabilidad, al propósito de alcanzar acuerdos que, aunque no resuelvan el problema de fondo, permitan convivir a individuos libres e iguales, que se encuentran divididos en cuestiones de religión, política o moral.

---

(20) Me parece que la fundamentación de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) 347 US 483 (que, como se sabe, puso fin a la discriminación racial en las escuelas en aquel país) es un buen ejemplo de argumentación constitucional retóricamente bien construida.

Me parece que lo que tendría que guiar la labor argumentativa de los jueces constitucionales tendría que ser alguna combinación de esos dos criterios: Coherencia y pragmatismo; consenso ideal y consenso fáctico; teoría moral y teoría política. En algunos aspectos, quizás sea posible encontrar una cierta síntesis, por ejemplo, puede pensarse que la coherencia es un criterio irrenunciable, pero que la coherencia a la que cabe aspirar aquí –en general, en el Derecho– es una coherencia local, limitada, lo cual, por otro lado, hace posible que la Constitución pueda verse como una práctica abierta<sup>(21)</sup>. Pero en otros, quizás pueda pensarse que el grado de prevalencia de uno u otro modelo está en función de la diversidad de competencias que se confían a los tribunales constitucionales: Cuando se trata de tutelar derechos parecería que tendría que prevalecer el primer tipo de consideraciones (sí, efectivamente, los derechos son límites al ejercicio de la política), mientras que las cosas no tendrían por qué ser así cuando se ventilan conflictos de competencias o (en los Estados federales o cuasi federales) cuestiones concernientes a la distribución territorial del poder.

---

(21) Ese tipo de actitud por parte del juez constitucional podría ser la que mejor se adapta a la que es de presumir habrían tenido los constituyentes en el momento de fundar la práctica. Aguiló [2004] señala lo siguiente: «Lo que desde la perspectiva de la interpretación constitucional muchos teóricos han calificado de ‘conceptos esencialmente controvertidos’, desde la perspectiva de la redacción de una Constitución se ve como ‘acuerdos incompletamente teorizados’. Si uno es capaz de dotar de sentido a la formulación de tales acuerdos, entonces probablemente venga de suyo el sentido que haya que atribuir a los ‘conceptos esencialmente controvertidos’» (pp. 139 y 140).

## Bibliografía

- AARNIO, Aulis. *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: Reidel, 1987.
- AGUILÓ, Josep. *La Constitución del Estado constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2004.
- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt: Surkamp, 1989.
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994
- ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, en *Revista española de Derecho constitucional*. N.º 66, 2002.
- . Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- . Juridificar la bioética. Bioética, Derecho y razón práctica, en *Claves de Razón Práctica*. N.º 61, 1996.
- . Argumentación y legislación, en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.
- . *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho*. 2.ª ed. Barcelona: Ariel, 2004.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos*. 2.ª ed. Barcelona: Ariel, 2006a.

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Dejemos atrás el positivismo jurídico, en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Universidad de Salamanca, 2006b.
- BERNAL, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003.
- BOVERO, Michelangelo. Prefacio a Pedro Salazar. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006.
- CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo, en M. Carbonell (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- CATTARI, Adelino. *Los usos de la retórica*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo, en Miguel Carbonell (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- . *Law's Empire*. Londres: Fontana Press, 1986.
- EZQUIAGA, Javier. *La argumentación en la justicia constitucional española*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho, en Miguel Carbonell (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

- GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milán: Giuffrè, 1993.
- . La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: El caso italiano, en Miguel Carbonell (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- . ¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?, en Eduardo Ferrer (coordinador). *Interpretación constitucional*. México, D.F.: E. Porrúa, 2005.
- . *Lezioni di teoria del diritto e dello Statu*. Torino: Giappichelli, 2006.
- LOPERA, Gloria. *Principio de proporcionalidad y ley penal: Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- MATHIEU, Bertrand y VERPEAUX, Michel (ed. de). *La constitutionnalisation des branches du droit*. Paris: Économica, 1998.
- NINO, Carlos. *Fundamentos de Derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- . *Derecho, moral y política*. Barcelona: Ariel, 1994.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press, 1978.
- . *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal reasoning*. Oxford University Press, 2005.
- PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989.

- PERELMAN, Chäim y OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*. Paris: PUF, 1958.
- POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambiguo, en Miguel Carbonell (edición de). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- PRIETO, Luis. Neoconstitucionalismo, en Miguel Carbonell (coordinador). *Diccionario de Derecho constitucional*. México D.F.: UNAM, 2002.
- . Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- . *Political Liberalism*. Columbia University Press, 1993.
- RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Londres: Hutchinson, 1975.
- SUMMERS, Robert S. Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification, en *Cornell Law Review*. N.º 63, 1978.
- SALAZAR, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006.
- TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milán: Giuffrè, 1992.

TOULMIN, Stephen E. *The Uses of Argument*. Cambridge University Press, 1958.

TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de L'État*. Paris: PUF, 1984.

VAN EEMEREN, Frans y GROOTENDORST, Robert. *A systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*. Cambridge University Press, 2004.

WALTON, Douglas. *Informal logic. A Handbook for critical Argumentation*. Cambridge University Press, 1989.

## 8. Los límites de la interpretación constitucional De nuevo sobre los casos trágicos(\*)

---

(\*) *Revista de teoría y filosofía del Derecho*, N° 6 (abril de 1997), pp. 7-30.



## 1. Introducción

En los últimos años, el problema de la interpretación –y, en particular, el de la interpretación constitucional– parece estar en el centro de la teoría jurídica. Las razones son, creo, bastante obvias. Una de ellas es el carácter de supralegalidad que se reconoce a las constituciones contemporáneas: La interpretación constitucional es así, una interpretación superior a la de las otras normas; o, si se quiere decirlo de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de posibilidad de la interpretación de todas las otras normas; establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución. La otra razón deriva de la peculiaridad que tienen las constituciones –en relación con los otros materiales jurídicos– en el sentido de que aquí predominan enunciados de principio o enunciados valorativos, cuya interpretación presenta una mayor complejidad –da lugar a mayores disputas– que la demás normas –entendida la expresión en su sentido más amplio– del ordenamiento jurídico.

Estas y otras razones (como, por ejemplo, el que la interpretación auténtica o definitiva de la Constitución

esté confiada a órganos que difieren de los órganos jurisdiccionales ordinarios en diversos aspectos como es el de la elección política de sus miembros) plantean dos tipos de problemas que, en términos tradicionales, podrían llamarse el problema de la naturaleza y el de los límites de la interpretación constitucional. El primero de ellos –del que no me voy a ocupar aquí– es el de si la interpretación constitucional –la que llevan a cabo los tribunales constitucionales– es o no un tipo de interpretación jurídica, qué diferencias presentan en relación con la de los tribunales ordinarios, si el método de la ponderación difiere o no esencialmente del de la subsunción, etc. El problema de los límites, a su vez, puede entenderse referido a los límites externos o a los internos. En el primer caso, la cuestión fundamental a tratar será la separación entre jurisdicción y legislación, esto es, la de los límites del activismo judicial, la legitimidad de los tribunales constitucionales, etc. En el segundo, los límites internos, se trata de ver si los tribunales constitucionales –y, en general, cualquier tribunal– pueden cumplir con la función que el propio sistema jurídico parece asignarles: Dictar resoluciones correctas para los casos que se les presenten, realizar la justicia a través del Derecho. Manuel Aragón plantea así la cuestión: «Interpretación ‘constitucional’ de la *ley*, argumentación y fundamentación jurídicas, resolución justa y no sustitución del legislador. He aquí las cuatro condiciones para la correcta interpretación de la Constitución, modificando, en este caso, solo la primera: En lugar de la interpretación ‘constitucional’ de la ley, la interpretación ‘constitucionalmente adecuada’ de la Constitución. Y concretando que la resolución

‘justa’ ha de entenderse como ‘justa pero jurídicamente correcta’» (1986, p. 129).

El problema que me interesa tratar aquí es este último o, si se quiere, un aspecto de este último: La tesis que pretendo sostener es que uno de los límites de la racionalidad jurídica viene dado por la existencia de casos trágicos; o, dicho quizás en forma más exacta, que la racionalidad jurídica no puede (no debe) desconocer la existencia de casos trágicos, debe dejar un lugar para el sentimiento de lo trágico en el Derecho.

## 2. Casos fáciles y casos difíciles

La distinción entre casos fáciles y casos difíciles juega un papel esencial en lo que cabría denominar como «teorías estándar» de la argumentación jurídica y también, más en general, en la teoría del Derecho contemporáneo.

Así, por ejemplo, Marmor ha sostenido recientemente que el positivismo jurídico implica o presupone esa distinción, pues de otra manera no podría aceptarse que existe una separación conceptual entre lo que es y lo que debe ser Derecho: «Esta tesis de la separación –ha escrito este autor en un interesante libro sobre interpretación y teoría jurídica– supone necesariamente la asunción de que los jueces pueden (al menos en algunos casos estándar) identificar el Derecho y aplicarlo sin referencia a consideraciones sobre lo que, en las circunstancias, debe ser el Derecho. En otras palabras, la distinción entre cómo es y cómo debe ser el Derecho implica una distinción paralela entre las actividades de

aplicar el Derecho y crearlo. Esto sugiere también una particular perspectiva sobre el papel de la interpretación en la aplicación judicial del Derecho. La interpretación se entiende que designa típicamente una actividad (parcialmente) creativa; tiene que ver con determinar el significado de lo que en algún aspecto relevante no es claro o es indeterminado. Dicho de manera aproximativa, se puede decir que la interpretación añade algo nuevo, previamente no reconocido, a aquello que se interpreta. Tomado conjuntamente con el punto anterior, ello implica que el positivismo jurídico no puede aceptar el punto de vista de que el Derecho es siempre objeto de interpretación. Se da por sentado que, en mayor o menor medida, los jueces participan, a través de su actividad interpretativa, en el proceso de crear Derecho. Antes, sin embargo, tiene que haber un Derecho para interpretar» (Marmor 1991, pp. 124 y 125). O sea, casos fáciles son aquellos (que ciertamente existen) en los que no hay más que aplicación pura y simple del Derecho, mientras que en los casos difíciles la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes; por eso, estos últimos requieren, a diferencia de los primeros, una labor interpretativa.

Por lo que se refiere, en particular, a la teoría de la argumentación jurídica, la importancia de la distinción –suele decirse– radica en que la justificación de las decisiones a tomar en unos u otros casos fáciles (y supuesto que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del Derecho válido y puede identificar cuáles son esas reglas válidas a través de la aceptación de criterios de reconocimiento compartidos), la justificación consistiría en efectuar una mera deducción, el consabido silogismo judicial,

cuya conclusión –en esto conviene insistir– no es una decisión (por ejemplo, «condeno a X a la pena P»), sino una norma («debo condenar a X a la pena P»)(1). Por el contrario, en los casos difíciles –cuando existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas– la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo. A los criterios de la lógica –la lógica en sentido estricto o lógica deductiva– debe añadirse los de la llamada «razón práctica» que se contienen en principios como el de universalidad, coherencia, consenso, etc.

Ahora bien, lo anterior no implica que la distinción entre casos fáciles y difíciles sea, sin más, aceptable. De hecho, ha sido, y es, discutida desde diversos puntos de vista.

Para empezar, cabe dudar de que la misma tenga un carácter razonablemente claro, dada la ambigüedad con la que habitualmente se usan esas expresiones y la diversidad de problemas a los que se alude. Así, Pablo Navarro ha señalado, por un lado, los múltiples significados con los que se usa la expresión «caso difícil». «Por ejemplo –escribe–, un caso C es considerado difícil si:

- a) No hay una respuesta correcta a C.
- b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresan son vagos, poseen textura abierta, etc.

---

(1) Sigo básicamente el planteamiento de MacCormick (1978). Esta última distinción se encuentra también en Marmor cuando señala que la aplicación no es cuestión de lógica (1994, p. 128).

- c) El Derecho es incompleto o inconsistente.
- d) No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas.
- e) C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.
- f) C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
- g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.
- h) La solución de C involucra necesariamente a juicios morales (Navarro 1993, pp. 252-253)<sup>(2)</sup>.

Por otro lado, Navarro advierte también sobre la necesidad de distinguir entre problemas conceptuales (qué es un caso fácil o difícil), fácticos (qué hacen los jueces, los abogados, etc., ante un caso fácil o difícil) o normativos (qué se debe hacer en un caso fácil o difícil).

Sin embargo, no parece muy claro que se le pueda dar la razón en cuanto a la exigencia de esta triple distinción, ya que el aspecto de comportamiento y el justificativo parecen formar parte de las propiedades definitorias de caso fácil o difícil (como él mismo sugiere, cuando indica que aunque la caracterización de caso difícil no es unívoca, «es obvio que pueden establecerse algunas relaciones entre los distintos enfoques» [p. 253]). Esto,

---

(2) Así lo afirma Barak (1987, p. 281) quien considera que en los casos difíciles existen varias respuestas correctas [lawful] y de ahí que el juez tenga (limitadamente) que ejercer su discreción.

por cierto, no implica ningún error de tipo conceptual o cosa por el estilo. Así, cabe perfectamente aceptar como caracterización –o, al menos, como punto de partida para la caracterización– de caso difícil aquellos que cumplen los requisitos indicados anteriormente bajo las letras d) a h): Las notas b) y c) quedan excluidas porque lo que recogen son tipos o causas de los casos difíciles; y la nota a), porque no todos los autores que utilizan la distinción aceptan lo ahí contenido, vale decir, esta sería, por así decirlo, una nota polémica.

Las dificultades, sin embargo, no se acaban aquí. Como es bien sabido, la tesis de Dworkin con respecto a los casos difíciles es que, en relación con ellos como en relación con los casos fáciles, el juez no goza de discrecionalidad, pues también aquí existe una única respuesta correcta; o, dicho en los términos más cautelosos con los que a veces se expresa: «Las ocasiones en las que una cuestión jurídica no tiene respuesta correcta en nuestro sistema jurídico [y, cabe generalizar, en los Derechos de los Estados democráticos] pueden ser mucho más raras de lo que generalmente se supone» (Dworkin 1986a, p. 119). Por eso, frente a la crítica de que su concepción del Derecho como integridad solo valdría para los casos difíciles, Dworkin no tiene inconveniente en replicar que la distinción entre casos fáciles y casos difíciles «no es tan clara ni tan importante» como esa crítica supone y que «los casos fáciles son, para el Derecho como integridad [o sea, para su concepción del Derecho] solo casos especiales de casos difíciles» (Dworkin 1986b, p. 266). Lo que Dworkin llama «el problema del caso fácil» consistiría en lo siguiente: «Puede ser difícil saber si el caso actual es un caso fácil o difícil, y Hércules no puede decidirlo al utilizar su técnica para casos difíciles sin dar

por sentado lo que queda por probar» (Dworkin 1986b, p. 354). Pero esto le parece a Dworkin justamente un pseudoproblema: «Hércules no necesita un método para casos difíciles y otro para los fáciles. Su método funciona también en los casos fáciles, pero como las respuestas a las preguntas que hace son entonces obvias, o al menos parecen serlo, no nos damos cuenta de que está funcionando una teoría. Pensamos que la pregunta sobre si alguien puede conducir más rápido de lo que estipula el límite de velocidad es una pregunta fácil porque suponemos de inmediato que ninguna descripción del registro legal que negara dicho paradigma sería competente. Pero una persona cuyas convicciones sobre justicia y equidad fueran muy diferentes de las nuestras no hallaría tan fácil esa pregunta; aun si terminara aceptando nuestra respuesta, insistiría en que nos equivocamos al estar tan confiados. Esto explica por qué las preguntas consideradas fáciles durante un período se tornan difíciles antes de volver a ser otra vez fáciles, pero con respuestas opuestas» (Dworkin 1986b, p. 354).

La relativización de Dworkin en cuanto a la distinción: Caso fácil/caso difícil, es de signo bastante diferente a la que sostienen los (o algunos de los) integrantes del movimiento Critical Legal Studies [cfr., por ejemplo, Kennedy 1986]. Cabría decir, incluso, que son de signo diametralmente opuesto: Mientras que para Dworkin, en cierto modo –y a pesar de su frase antes transcrita–, todos los casos son, en última instancia, fáciles, puesto que poseen una sola respuesta correcta, para los CLS no cabría hablar prácticamente nunca de caso fácil, esto es de caso con una única respuesta correcta. No es por ello de extrañar el alejamiento explícito de Dworkin con respecto a esa concepción (aunque

no deja de reconocer que sus pretensiones escépticas de tipo general, entendidas en cuanto escepticismo interno<sup>(3)</sup>, son importantes) y que, entre otros motivos, descansa en el reproche que les dirige por haber pasado por alto la distinción entre competencia y contradicción entre principios, esto es, por interpretar como contradicción lo que no pasa de ser competencia entre principios de manera que, por esa vía, todos los casos resultan ser –o, mejor, parecen ser– difíciles<sup>(4)</sup>.

Frente al escepticismo «radical» de los CLS, el punto de vista de un autor como Posner representaría un escepticismo que él mismo califica de «moderado» y «epistemológico». Posner no niega que existan casos fáciles y casos difíciles, pero pone en duda que muchos de estos últimos puedan ser resueltos en forma metódica. «Muchas –aunque ciertamente no la mayoría y quizás solo una pequeña fracción– de las cuestiones jurídicas en nuestro sistema, y sospecho que también en muchos

---

(3) Dworkin distingue entre el escepticismo externo y el interno. Según el primero, los valores morales no formarían parte de la «fábrica» del universo: Cuando uno dice que la esclavitud es injusta, no estaría afirmando algo sobre la realidad, sino proyectando sus opiniones sobre el mundo. Por el contrario, el escepticismo interno –el escepticismo relevante para Dworkin– lo que sostiene que no puede decirse que una opinión moral sea superior a otra («la esclavitud es justa» no goza de mejores argumentos en su favor, en la discusión moral, que «la esclavitud es justa») (Dworkin 1986b, pp. 76-86 y 266-267; cfr. también Moreso 1996, cap V).

(4) Dworkin ilustra esa crítica con un ejemplo a propósito de los principios que entran en juego en los supuestos de compensación por accidente en el Derecho norteamericano (1986b, pp. 274-5 y 441 y ss.).

otros, no son simplemente difíciles, sino imposibles de ser contestadas mediante los métodos del razonamiento jurídico. Como resultado, las respuestas –la enmienda catorce garantiza ciertos derechos a los padres de hijos ilegítimos, el derecho a la intimidad sexual no incluye la sodomía, el dueño de un hotel tiene un deber de cuidado en relación con las personas que han sufrido un daño por causa de un huésped borracho, las leyes contra la venta de niños hacen que no sean exigibles los contratos de maternidad surrogada, y así hasta el infinito– dependen de juicios de policy, de preferencias políticas y valores éticos de los jueces o (lo que claramente no es distinto) de la opinión pública dominante que actúa a través de los jueces, antes que del razonamiento jurídico considerado como algo diferente de la policy, o la política, o los valores, o la opinión pública. Algunas veces estas fuentes de creencias permitirán a un juez llegar a un resultado que se pueda demostrar correcto, pero frecuentemente no; y cuando no, la decisión del juez será indeterminada, en el sentido de que una decisión de otro tipo sería considerada con la misma probabilidad correcta por un observador informado e imparcial» (1988, p. 316). De todas formas –por eso su «moderación»–, Posner considera que aunque los procedimientos o métodos del razonamiento jurídico no sean suficientes para establecer la corrección de las decisiones, la justificación de las decisiones judiciales en esos casos no tiene por qué consistir en una sarta de mentiras destinadas a ocultar los verdaderos –e inconfesables– motivos de la decisión: «El hecho de que no pueda mostrarse que una posición es correcta no significa que sea el producto de la pasión o de la vileza. La posición puede reflejar una visión so-

cial que puede ser articulada y defendida aun cuando no pueda probarse que es correcta o falsa. Pocas proposiciones éticas –casi ninguna de las que la gente está interesada en debatir– puede probarse que sea correcta o equivocada [right or wrong], sin embargo el discurso ético no es infructuoso; y en los casos indeterminados, el discurso jurídico es una forma de discurso ético o político» (ibid., p. 362).

En fin, cabe pensar también que la distinción entre casos fáciles y difíciles (y, aproximadamente, en los términos antes señalados) es, en lo fundamental, aceptable –incluso necesaria– pero necesita ser «enriquecida», en el sentido de que se deberían trazar nuevas categorías situadas «entre» los casos fáciles y los difíciles, y también, «más allá» de unos y otros.

Entre los casos fáciles y los difíciles se situarían, por ejemplo, los que Barak ha llamado casos «intermedios» y que integran una buena porción de los que llegan a los tribunales superiores y constitucionales. «Los casos intermedios se caracterizan por el hecho de que, en el análisis final, el juez no tiene discreción para decidir. Desde esta perspectiva, son casos fáciles: Lo que los sitúa aparte de los casos fáciles es solo que en los casos intermedios ambas partes parecen tener un argumento jurídico legítimo que apoya su posición. Se necesita un acto consciente de interpretación antes de que el juez pueda concluir que el problema [argument] es realmente infundado y que solo hay una solución jurídica. Cualquier jurista que pertenezca a la comunidad jurídica de la que hemos hablado llegará a esta conclusión –de que sólo hay una solución jurídica–, de manera que si el juez

fuera a decidir de otra forma, la reacción de la comunidad sería que ha cometido un error (...) En todos estos (...), después de un balance y sopesamiento consciente –que a veces requiere un esfuerzo coordinado y serio– y en el marco de las reglas aceptadas, todo jurista versado llegará a la conclusión de que solo existe una posibilidad y de que no hay discreción judicial» (Barak 1987 pp. 39 y 40).

Y más allá de los casos fáciles y de los difíciles están los que cabe llamar casos trágicos: Aquellos que no tienen ninguna respuesta correcta y que, por lo tanto, plantean a los jueces no el problema de cómo decidir ante una serie de alternativas (o sea, cómo ejercer su discreción); sino qué camino tomar frente a un dilema. Pero antes de llegar ahí, antes de enfrentarnos con la cuestión de cómo actuar frente a una situación trágica, conviene aclarar dos cuestiones previas: Qué cabe entender específicamente por caso trágico y si realmente existen casos trágicos en el Derecho.

### **3. Los casos trágicos**

#### **3.1. Casos difíciles y casos trágicos**

La discusión en torno a los casos difíciles en la teoría del Derecho contemporáneo –sin duda por influencia de la obra de Dworkin– ha girado en torno a cuestiones como la de si para todos los casos jurídicos (incluidos, pues, los difíciles) existe una única respuesta correcta, si el juez dispone o no de discrecionalidad, aunque sea limitada, en los casos difíciles, en qué consiste, cómo se ejerce o fundamenta la discrecionalidad judicial, etc.

Ello, sin embargo, supone dar por sentado que para todo caso jurídico existe al menos una respuesta correcta; o, si se quiere decirlo de otra manera, el presupuesto último del que parte el paradigma dominante de teoría del Derecho (que incluye tanto a Dworkin como a lo que he llamado la teoría estándar de la argumentación jurídica –autores como MacCormick, Alexy, Aarnio o Peczenik– y, por supuesto, la metodología jurídica de corte más tradicional) es el de que en el Estado de Derecho contemporáneo «siempre es posible ‘hacer justicia por medio del Derecho’» (Atienza 1991, p. 251).

Ahora bien, una valoración tan positiva de nuestros Derechos va ligada –como no podía ser menos– a una ideología de signo inequívocamente conservador y a la que no veo ninguna razón para adherirse. Sigo por ello considerando acertada una de las conclusiones a que llegaba en un libro de hace algunos años dedicado a exponer –y criticar– las teorías dominantes de la argumentación jurídica. «En mi opinión –afirmaba–, la teoría de la argumentación jurídica tendría que comprometerse con una concepción –una ideología política y moral– más crítica con respecto al Derecho de los Estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista. Quien tiene que resolver un determinado problema jurídico, incluso desde la posición de juez, no parte necesariamente de la idea de que el sistema jurídico ofrece una solución correcta –política y moralmente correcta– del mismo. Puede muy bien darse el caso de que el jurista –el juez– tenga que resolver una cuestión y argumentar en favor de una decisión que es la que él estima como correcta aunque, al mismo tiempo, tenga plena conciencia de que esa no es la solución a

que lleva el Derecho positivo. El Derecho de los Estados democráticos no configura necesariamente el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (aunque sí sea el mejor de los mundos jurídicos existentes). La práctica de la adopción de decisiones jurídicas mediante instrumentos argumentativos no agota el funcionamiento del Derecho que consiste también en la utilización de instrumentos burocráticos y coactivos. E incluso la misma práctica de argumentar jurídicamente para justificar una determinada decisión puede implicar en ocasiones un elemento trágico» (Atienza 1991, pp. 251 y 252)<sup>(5)</sup>.

Lo que en ese y en un trabajo anterior (1989) entendía por «caso trágico» eran aquellos supuestos en relación con los cuales «no cabe encontrar ninguna solución [jurídica] que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral» (Atienza 1991, p. 252); o, dicho de otra manera, los casos en relación con los cuales «no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo» (Atienza 1989, p. 101). Distinto, y por encima, del equilibrio mínimo estaría el equilibrio óptimo que alcanzaría «la decisión (o las decisiones) que satisficieran no solo las exigencias esenciales, sino también otras exigencias no esenciales, de

---

(5) La idea de que nuestros Derechos democráticos no constituyen el mejor de los mundos jurídicos posibles la tomaba de un trabajo de Tugendhat (1980). Esta misma idea es la que parece contenerse (Bayón 1985) en la síntesis entre Dworkin y Ely efectuada por Barber (*On What the Constitution Means*, The Johns Hopkins University Press. Baltimore - 1984), para dar cuenta de la noción de supremacía constitucional.

acuerdo con el distinto peso atribuido a cada una y con los criterios o reglas de decisión que se utilicen [una de esas reglas podría ser, por ejemplo, la que prescribe no sacrificar nunca una exigencia que tenga un mayor peso en aras de otras de menor peso, aunque la suma de estas últimas arrojaran un peso superior a la primera» (ibid., p. 100). A partir de aquí, la diferencia que cabría establecer entre quienes, como Dworkin, entienden que siempre –o casi siempre– puede encontrarse una respuesta correcta y quienes –como hemos visto– niegan esa pretensión afectaría al logro del equilibrio óptimo, pero no del mínimo; vale decir, lo que se discute es si cabe siempre decir que una respuesta es mejor que otra, pero no si hay alguna buena respuesta: Unos y otros estarían de acuerdo en que un caso es difícil «cuando en relación con el mismo cabe encontrar, en principio, más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que tomar en consideración en la decisión y, por tanto, hay que efectuar (y justificar) una decisión» (ibid, p. 99).

Todo ello, por cierto, presupone que en los casos difíciles se da siempre una contraposición entre principios o valores (entendiendo por valores la dimensión justificativa de las normas contempladas como razones para la acción) que ha de resolverse mediante una operación de ponderación en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo. Esto es sin duda cierto, pero no debe llevar a pensar que en los casos fáciles (y quizás en algunos de los que llamábamos intermedios) no habría, por así decirlo, más que una operación de subsunción del caso bajo el supuesto de hecho de la regla, o del conjunto de reglas, aplicable; y como las reglas, tal y como he soste-

nido en varios trabajos escritos conjuntamente con Juan Ruiz Manero, suponen razones para las acciones perentorias o excluyentes, de ahí se seguiría que, en los casos fáciles, no cabría hablar de deliberación por parte, por ejemplo, del juez que tuviera que resolverlo, sino simplemente de obediencia a las reglas. Esto, sin embargo, no es exactamente así, pues «un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate»; esto es, la obediencia a las reglas, a las razones perentorias, que se da en los casos fáciles «exige la previa deliberación [del juez] y solo tiene lugar en el territorio acotado por esta» (Atienza y Ruiz Manero 1996, pp. 22 y 23). En definitiva, para los órganos judiciales, el Derecho constituye, en nuestra opinión –y bien se trate de casos fáciles o difíciles– «un sistema excluyente [en cuanto que el órgano jurisdiccional sólo puede atender a razones contenidas explícita o implícitamente en el propio Derecho] en un doble nivel y en un doble sentido. En un primer sentido –y en un primer nivel– por cuanto que impone a tales órganos jurisdiccionales el deber de componer un balance de razones integrado únicamente por las constituidas por las pautas jurídicas, siendo admisible la toma en consideración de otras razones únicamente en la medida en que las propias pautas jurídicas lo permitan. En un segundo sentido –y en un segundo nivel– por cuanto que tal balance de razones remite, no en todos los casos, pero sí en la mayoría, a adoptar como base de la resolución una regla jurídica, esto es, una razón perentoria. Cabría así dividir los casos en dos grupos: Aquéllos cuya resolución se fundamenta en el balance

de razones jurídicas que se integran en la deliberación del órgano jurisdiccional, y aquellos otros en los que tal balance de razones exige el abandono de la deliberación y la adopción como base de la resolución de una razón perentoria»<sup>(6)</sup> (ibid., pp. 23 y 24).

Esta forma de ver las cosas, por cierto, deja por así decirlo indecida la cuestión de si existen o no casos trágicos en nuestros Derechos, esto es, un tipo de caso difícil en el que el «balance de razones» no permite llegar a una solución satisfactoria, a una solución –como antes decía– que no suponga el sacrificio de algún valor –o exigencia valorativa– considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral (cfr. Atienza y Ruiz Manero 1996, p. 141).

### 3.2. Juristas y filósofos ante los casos trágicos

Ahora bien, como antes señalaba, la exclusión de estos casos trágicos es un presupuesto común a casi toda la teoría del Derecho contemporáneo. Y ni siquiera cabe afirmar en rigor que sostengan la existencia de casos trágicos autores que, como Calabresi y Bobbit, han estudiado y efectuado aportaciones notables en el campo de las llamadas «elecciones trágicas», esto es, las

---

(6) Esta postura, como se ve, es semejante a la antes indicada de Dworkin. La distinción entre casos fáciles y difíciles queda también aquí notablemente relativizada: Las fronteras entre ambos tipos de casos son fluidas, pues siempre cabe que surjan circunstancias que hagan que el «sistema de los principios» impida que un determinado tipo de caso –hasta entonces fácil– pueda seguir siendo considerado como subsumible bajo una determinada regla o conjunto de reglas.

decisiones relativas a la producción y reparto de bienes que implican un gran sufrimiento o incluso la muerte, como ocurre en relación con el trasplante de órganos vitales, el control de la natalidad o el servicio militar en tiempo de guerra. El conflicto surge aquí, por un lado, entre «valores con los que la sociedad determina los beneficiarios de la distribución y (con la naturaleza) los perímetros de la escasez ;y, por otro lado, los valores morales humanistas que valoran la vida y el bienestar» (Calabresi y Bobbit 1978, p. 18). El actuar en el contexto de bienes necesariamente escasos hace que entren en conflicto «los valores últimos, los valores con los que una sociedad se define a sí misma. Preguntamos ‘¿Qué curso de acción no produce males?’ (como Esquilo hace decir a Agamenón), pero sabemos que ninguna verdadera respuesta nos confortará. Como un crítico (R. B. Sewall) ha establecido, ‘En la base de la forma trágica está el reconocimiento de la inevitabilidad de paradojas, de tensiones y ambigüedades no resueltas, de los opuestos en equilibrio precario. Como el arco, la tragedia nunca se destensa» (ibid., pp. 18 y 19). Calabresi y Bobbit parten de cuatro posibles aproximaciones o mecanismos para la toma de decisiones en esos contextos: El mercado, la política, el azar y la tradición. Todos ellos presentan inconvenientes que los vuelven inservibles, pero los dos primeros pueden ser modificados (con respecto a sus formas puras), para tratar así de salvar, al menos, alguno de esos inconvenientes. En relación con los mecanismos de tipo político, una de esas modificaciones consiste en recurrir a una instancia a quien no cabe exigir responsabilidad por sus actuaciones, como mecanismo de descentralización de las decisiones políticas, y cuyo prototipo sería, en uno de sus aspectos, el

jurado. Frente a los problemas que plantan tales instituciones, los autores sugieren la posibilidad de recurrir al modelo del tribunal (frente al del jurado), pero rechazan tal posibilidad en los siguientes términos: «En esta discusión sobre las instancias sin responsabilidad adaptadas a las circunstancias, hemos tenido varias ocasiones para sugerir la relevancia de las críticas dirigidas a las dificultades asociadas con la toma de decisiones judiciales. ¿Es entonces el modelo para las instancias sin responsabilidad adaptadas y descentralizadas un tribunal modificado más bien que un jurado modificado? No lo creemos. Mientras que decisiones importantes han sido dejadas en nuestra sociedad a los tribunales, estas decisiones son muy distintas de aquellas a las que nos enfrentamos en las situaciones trágicas. La posibilidad de las decisiones caso a caso, de las decisiones intersticiales, de la actualización de reglas desfasadas, del moverse en áreas de falta de legislación, de lucha de intereses o de estancamiento político; estos y los muchos otros campos de creación judicial de Derecho, requieren, en último término, enunciados claros, lógicos y generalizables de por qué se ha llegado a una decisión. Las razones para utilizar instancias sin responsabilidad adaptadas para efectuar elecciones trágicas pueden reconducirse por el contrario al deseo de hacer que las razones para la decisión sean menos directas y quizás incluso menos obvias, mientras que al mismo tiempo se trata de asegurar que las decisiones estén basadas en valores sociales ampliamente compartidos. Es, en efecto, más bien difícil concebir que un órgano constituido como un tribunal pudiera considerarse apropiado para decidir sobre una elección trágica del tipo de asignar un órgano artificial o el derecho a tener niños, a no ser que —y por hipótesis esto lo hemos

excluido en esta parte del libro— los estándares iniciales para la elección estuvieran responsablemente establecidos por la legislatura (ibid., pp. 71 y 72). Es decir, las decisiones trágicas en las que los autores piensan no son los casos trágicos que a nosotros nos interesan; no son los casos trágicos que llegan a los jueces, aunque sí cabría hablar en algún sentido de casos jurídicos, sobre todo cuando quienes toman esas decisiones son órganos de la administración; los jueces podrían tener que revisar alguna de esas decisiones trágicas, pero las suyas no serían ya decisiones trágicas (ellos habrían traducido lo trágico a otros términos).

En contraste con esta actitud que quizás pudiera considerarse «natural» de los juristas a rehuir los casos trágicos, los filósofos —o algunos filósofos— parecen estar bastante más dispuestos a reconocer la existencia de casos (judiciales) trágicos. O, al menos, esta es la actitud que puede encontrarse en dos obras recientes de Javier Muguerza y de Paul Ricoeur. A los dos, y seguramente por razones no muy distintas, la perspectiva de que existan casos jurídicos trágicos en el sentido que los venimos definiendo les produce más alivio que inquietud.

En el caso de Muguerza, cabría decir que el sentido de la tragedia es necesario para preservar la tensión entre el Derecho y la justicia (Muguerza 1994, p. 552); la sensibilidad para lo trágico mostraría cuando menos que el juez tiene «problemas de conciencia» (ibid, p. 553), esto es, que tiene la voluntad de moralidad, de prestar oídos a la conciencia: «Desde luego —precisa Muguerza— la buena voluntad no basta por sí sola para garantizarnos el acierto moral, que depende también de nuestros actos

y de sus consecuencias y no tan solo de nuestras intenciones, pero sin ella ni tan siquiera existiría esa perpetua fuente de desasosiego que es la voz de la conciencia, de la que, sin embargo, no podemos prescindir más que al precio de volvernos inhumanos» (ibid, p. 559).

Por lo que se refiere a Ricoeur, los casos trágicos suponen «una llamada a un sentido difícilmente formalizable de equidad o, podría decirse, a un sentido de justeza (*justesse*) más que de justicia (*justice*)» (Ricoeur 1995, p. 183). Lo trágico de la acción –que resulta desconocido para una concepción puramente formal de la obligación moral– aparece cuando el conflicto no surge únicamente entre las normas, sino entre, por un lado, el respeto debido a la norma universal y, por otro, el respeto debido a la persona singular. «Lo trágico de la acción aparece, desde luego, desde el momento en que la norma es reconocida como parte en el debate, en el conflicto que opone la norma a la solicitud de hacerse cargo de la miseria humana. La prudencia (*sagesse*) de juicio consiste en elaborar compromisos frágiles en los que se trata menos de optar entre el bien y el mal, entre el blanco y el negro, que entre el gris y el gris o, caso altamente trágico, entre lo malo y lo peor» (ibid., p. 220).

### 3.3. Tipos de casos trágicos ¿existen en el Derecho casos trágicos?

Anteriormente he definido de forma un tanto ambigua lo que debe entenderse por caso trágico, al considerar que el elemento de tragedia se da en la medida en que no puede alcanzarse una solución que no vulnere un elemento esencial de un valor considerado como fun-

damental desde el punto de vista jurídico y/o moral. Pero esto significa que cabe hablar de dos tipos de casos trágicos o, dicho de otra manera, el juez puede vivir como trágica: a) Una situación en que su ordenamiento jurídico le provee al menos de una solución correcta (de acuerdo con los valores de ese sistema), pero que choca con su moral; b) una situación en que el ordenamiento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta. En la primera situación, lo trágico deriva del contraste entre ordenamientos distintos; en la segunda, se trata de una contradicción interna al ordenamiento jurídico. Pero –y dado que las razones morales son las razones últimas en el razonamiento práctico de cualquier sujeto– el juez se encuentra en ambos supuestos en una situación en la que le es imposible decidir sin infringir el ordenamiento jurídico. Por supuesto, en las dos situaciones, el juez podría dimitir como tal *juez* y quizás fuera esa una decisión que eliminara la tragedia, que tranquilizara su conciencia en cuanto ciudadano; pero esa no sería una decisión que resolviera el caso que a él se le presenta en cuanto juez.

La posibilidad de que se planteen situaciones del primer tipo no ofrece, me parece a mí, demasiadas dudas. Lo que muchos parecen negarse a aceptar es que ese tipo de situaciones surjan no solo en sistemas dictatoriales (globalmente ilegítimos), sino también en sistemas jurídicos democráticos. Las normas emanadas democráticamente –según esa opinión– serían, por definición (vale decir, por definición de justicia: Justo es lo aprobado por la mayoría) justas, morales: El juez no puede, pues, contraponer sus opiniones (subjetivas) de lo que es moral a la opinión (objetiva) de la mayoría; no puede

—o, mejor, no debe— tener problemas de conciencia: Es posible que él viva —subjetivamente— una situación de tragedia moral, pero, desde el punto de vista objetivo, no existe aquí ningún elemento trágico.

En mi opinión, el caso de los insumisos en España planteaba —plantea— precisamente una situación de este tipo, aunque muchos juristas se nieguen a verlo así. En otro lugar (Atienza 1993) he tenido ocasión de discutir con cierta extensión este problema y no voy a volver ahora sobre ello. Tan solo diré —por lo demás, una pura obviedad— que si se piensa que es injusto establecer una pena de cárcel, o de inhabilitación, para esas conductas, entonces no veo cómo evitar reconocer que el juez que se enfrenta con ese problema está situado, en realidad, ante un caso trágico: O hace justicia o aplica la ley<sup>(7)</sup>.

Pero lo que aquí me interesa discutir es la posibilidad de que existan situaciones trágicas del otro tipo, esto es, situaciones que surgen no por algún déficit moral de nuestros sistemas jurídicos (y que, por tanto, podrían evitarse modificando el sistema jurídico, lo que, al fin y al cabo, hace que la situación no sea tan trágica, por evitable), sino a pesar de que el sistema jurídico en cuestión recoge los principios morales que debe recoger. Cabría decir incluso que los casos trágicos aparecen aquí, paradójicamente, como consecuencia de la «moralización» de los sistemas jurídicos; la contradicción

---

(7) Otra cosa, naturalmente, es que el juez —por razones «pragmáticas»— tienda a convertir esa situación en una de conflicto «interno» (en un caso difícil o un caso trágico del otro tipo) entre principios o valores pertenecientes —todos ellos— al ordenamiento.

sería ahora interna –se plantea entre principios jurídicos, de contenido moral, pertenecientes al sistema– e inevitable, dadas las presentes características de nuestro mundo (no solo de nuestro mundo jurídico, sino del mundo social en general).

Hay un excelente artículo de Liborio Hierro que, en mi opinión, muestra muy bien por qué en el Derecho, en nuestros Derechos, existen necesariamente este tipo de casos trágicos, aunque el autor, de alguna forma, parece detenerse ante (o procura evitar llegar a) la conclusión a la que su argumentación fatalmente le conduce. El artículo de Hierro lleva como elocuente título el de «Las huellas de la desigualdad en la Constitución» y, en su mayor parte, *está* dedicado a explicar por qué ni nuestra Constitución ni ninguna otra puede satisfacer (vale decir, no puede satisfacer plenamente) nuestro ideal de igualdad, entendido como «la igualdad entre todos los seres humanos en los recursos adecuados para satisfacer las necesidades básicas, de forma que permitan a todos y cada uno desarrollar de forma equiparablemente autónoma y libre su propio plan de vida», lo que «probablemente» –añade– incluya «unas condiciones mínimas y relativamente equiparables de alimento, sanidad, vivienda, educación y ciertos derechos de seguridad y –¡por supuesto!– de libertad negativa y positiva» (Hierro 1995, p. 137).

En su argumentación, Hierro muestra acertadamente cómo nuestra Constitución satisface el derecho a la libertad y a la seguridad jurídica «para todos los seres humanos», porque la libertad y la seguridad son –a diferencia de la igualdad– «cualidades o propiedades que se pueden adscribir o reconocer normativamente» (ibid.,

p. 138). Ninguna Constitución puede, sin embargo, satisfacer el derecho a la igualdad tal y como antes se ha entendido, debido a la existencia de dos limitaciones: Una de carácter interno y otra de carácter externo. La interna –a la que luego me referiré con algún detalle– se conecta con la necesaria distinción que cualquier sistema jurídico tiene que establecer entre los nacionales (sus nacionales) y los extranjeros. La limitación externa se refiere a que el ámbito en el que funciona la igualdad real –la igualdad en cuanto a la satisfacción de las necesidades básicas– es el del Estado lo que, para Hierro, tiene «tres graves consecuencias»:

- a) Una consecuencia que podemos llamar «ideológica» o incluso «epistémica»: El sistema de «estados» cierra a nivel de estado-nación el ámbito de definición de los iguales, esto es de los seres humanos candidatos a la igualdad en  $x$  ( $x$  es lo que cada cual haya metido en el saco).
- b) Una consecuencia que podemos llamar «ética»: El sistema de «estados» cierra a ese mismo nivel el ámbito de exigibilidad de nuestros deberes éticos y de su institucionalización ético-política (es decir, de nuestras ofertas de sacrificio y de nuestras demandas de moralidad institucional).
- c) Una consecuencia que podemos llamar «jurídica»: El sistema de «estados» delimita jurídicamente el ámbito del «Estado social», y separa radicalmente lo justo como jurídicamente exigible (la justicia nacional que se realiza mediante los deberes positivos generales) de lo moralmente deseable pero jurídicamente no exigible («la justicia» internacional, que queda aban-

donada al ámbito de la beneficencia, la solidaridad espontánea y voluntaria o, simplemente, de los buenos sentimientos) (ibid., p. 147).

La segunda de las consecuencias, por cierto, me parece discutible (quizás pudiera decirse: Vale en relación con cierta moral social, pero no respecto a una moral crítica o esclarecida: No veo cómo el universalismo ético puede hacerse compatible con la idea de que la exigibilidad de nuestros deberes éticos pueda estar limitada por los Estados), pero no lo discutiré aquí porque esta limitación externa plantea problemas (el de la existencia o no de deberes positivos generales) que, al menos por el momento, no parecen dar lugar a casos jurídicos que hayan de ser resueltos por los jueces; su discusión nos alejaría, pues, del tipo de caso trágico que aquí nos interesa<sup>(8)</sup>.

---

(8) Hierro no parece muy dispuesto a aceptar que estas limitaciones dan lugar a casos (morales) trágicos –esto es, me parece, lo que se esconde detrás del llamado «dilema de Fishkin»–, pero no llega a desarrollar un argumento completo al respecto. «Creo que la posición de James S. Fishkin –que también participó en el debate citado (se refiere al debate sobre los deberes positivos generales publicado en el N° 3 de *Doxa* con contribuciones de Ernesto Garzón Valdés, Francisco Laporta y Juan Carlos Bayón)– parte lúcidamente de constatar estas limitaciones: «cuando la teoría liberal de la justicia estaba herméticamente aislada de las relaciones internacionales y limitaba su aplicación a los miembros de un Estado-nación determinado, los conflictos que hoy estoy subrayando se encontraban oscurecidos. El rebasar las fronteras nacionales no para de proporcionarnos casos en los que el SIC («consecuencialismo sistemático imparcial» que, para Fishkin, es el paradigma de la filosofía política liberal) no puede aplicarse sistemáticamente; puede aplicar-

Volvamos, pues, al límite interno. La existencia, por un lado, de un artículo como el 14 de nuestra Constitución (el equivalente se encuentra, como es bien sabido, prácticamente en todas las Constituciones democráticas) que extiende el alcance de la igualdad ante la ley a los españoles y, por otro lado, del principio de la dignidad humana (como principio o valor constitucional de carácter fundamental) nos sitúa aparentemente» —escribe Hierro— ante una aporía «o bien el derecho a la igualdad ante la ley no es inherente a la dignidad humana (como se infiere, en principio, de la doctrina del Tribunal Constitucional) y entonces no se comprende su relevancia constitucional como derecho fundamental de los ciudadanos, o bien el derecho a la igualdad ante la ley es inherente a la dignidad humana y entonces resulta palmariamente conculcado por nuestra Constitución (y todas las similares, que son la mayoría de las constituciones democráticas) respecto a los extranjeros» (ibid.,

---

se sólo asistemática o «intuicionistamente». Nos sitúa ante la necesidad de contrapesar consideraciones moralmente inconmesurables. El resultado es una especie de no-teoría». «El punto de partida de Fishkin —continúa Hierro— es impresionantemente lúcido; describe la situación dominante de nuestra filosofía política. Su conclusión —la idea de que nos encontramos ante un auténtico dilema— es más discutible. La aportación central de Garzón Valdés en aquel debate consistía precisamente en superar el dilema. como Singer. Beitz y otros lo han propuesto. En todo caso, no parece demostrado que las variantes aparentemente inconmensurables de problemas como el del hambre en el mundo o la superpoblación sean, por ello, teóricamente inconmesurables y nos aboquen al cinismo ético o, como Fishkin propone rechazando el cinismo, a convivir inexorablemente con una ética asistemática» (Hierro 1995, p. 147).

p. 14). Hierro señala –y así es– que esta última es la tesis sostenida por mí (Atienza 1993), pero encuentra en ella un doble fallo, «en primer lugar –escribe–, prescinde de que la distinción nacional/extranjero no es contingente, sino necesaria, para un ordenamiento jurídico no universal. Puesto que la nacionalidad no es una condición natural (como el sexo o el color de la piel), ni voluntariamente ejercida (como la opinión o la religión) sino un *status* normativamente atribuido, un ordenamiento tiene que discriminar necesariamente (al menos en la titularidad del *status* y en algún –al menos en uno– elemento que lo diferencie) a los nacionales de los extranjeros pues lo contrario es simplemente reconocer que todos son nacionales (no que los extranjeros son iguales en derechos que los nacionales) (...). En segundo lugar, creo que es errónea la aplicación del argumento de Nino [se refiere a entender el principio de la dignidad humana en el sentido de tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades o circunstancias que escapan a su control] (Cfr. Nino 1989), el extranjero no es discriminado, en principio, por una condición o circunstancia que nada tenga que ver con su «acción voluntaria» ya que –salvo los apátridas (que carecen de nacionalidad), los nacidos en el territorio a quienes se niegue la nacionalidad y los castigados penalmente con la pérdida de nacionalidad– el extranjero es, en términos generales, aquel no-nacional que se sitúa (voluntariamente) bajo el ámbito de aplicación del ordenamiento (sea por razón de entrada en el territorio, sea por razón de establecimiento de relaciones personales –obligaciones, contratos– o patrimoniales –propiedades– situadas bajo el ámbito de aplicación del ordenamiento)» (Hierro 1995, pp. 141-142).

Ahora bien, empezando por esta última crítica, no me parece que Hierro lleve aquí la razón. Es cierto que, por ejemplo, el norteafricano que cruza el Estrecho de Gibraltar en una patera lo hace voluntariamente, esto es, no en forma coaccionada, pero cuando las autoridades le expulsan del territorio español le están tratando en esa forma (esto es, están haciendo con él algo que él no desea que se haga) por razón de circunstancias (no haber nacido en España o no ser hijo de españoles, etc., lo que determina su nacionalidad) que escapan de su control. Me parece que si no consideraríamos que eso va en contra del principio de dignidad humana, interpretado a la manera de Nino (y, por cierto, el propio Nino opinaba también así, como tuve ocasión de comentar con él), el principio en cuestión resultaría prácticamente vacío, pues no habría ninguna circunstancia que no dependiera mínimamente de nuestra voluntad: Nuestra raza, sexo, religión, etc, tiene «algo que ver» con nuestras acciones voluntarias, pues si no fuera por nuestra voluntad de seguir viviendo, careceríamos en absoluto de esas propiedades.

Y, por lo que se refiere a la primera de las críticas, estoy, desde luego, de acuerdo con Hierro en que la distinción nacional/extranjero no es contingente, sino necesaria dada la existencia de ordenamientos jurídicos nacionales<sup>(9)</sup>. Lo que pasa es que no creo que eso vaya

---

(9) Hierro por haber utilizado como «ilustrativo argumento de autoridad en favor de su tesis, una referencia a la postura de Kelsen que, desde 1929, sostuvo que la distinción entre nacional y extranjero no era necesaria para el concepto de Estado, lo que le llevó a `elogiar la primera Constitución soviética' por cuanto equiparaba derechos a los naciona-

en contra de mi tesis: Lo que, por el contrario, muestra es que un ordenamiento jurídico que, por un lado, reconozca el principio de la dignidad humana y, por otro lado, establezca –al menos en cierta medida– como criterio de reparto de los bienes básicos la condición de ser nacional o extranjero<sup>(10)</sup>, lleva fatalmente, a quien tenga que apli-

---

les y a los extranjeros residentes por razón de trabajo. Obviamente –añade– cualquier referencia a la Constitución soviética no tiene valor alguno teórico ni práctico si hablamos, con seriedad, de derechos humanos» [Hierro 1995, p. 141]. Tiene razón en esto último, pero lo que yo hacía en mi trabajo era contraponer las concepciones que, sobre los extranjeros, tuvieron dos teóricos del Derecho tan emblemáticos como Hans Kelsen y Carl Schmitt; concretamente, mencionaba –o usaba– a Kelsen como ejemplo de autor que no aceptaba la idea de que la discriminación entre nacional y extranjero tuviese un carácter necesario (o que una cierta diferencia de trato entre nacionales y extranjeros formara parte, necesariamente, de nuestras «intuiciones morales») (cfr: Atienza 1993, pp. 236-237).

- (10) Me parece que tiene razón Hierro, en este caso argumentando contra Javier de Lucas [Lucas 1994], cuando considera «autocontradictorio» sostener, por un lado, que un régimen de «equiparación restringida» como el que parece presidir el estatuto del extranjero en el ordenamiento español no va en contra de la dignidad humana y, por otro lado, sostener que no está legitimado para expulsar a los extranjeros que han entrado ilícitamente al territorio ni para negarles, a pesar de esa circunstancia, el derecho al trabajo, ni el derecho de residencia, ni de formación profesional, etc. Para Hierro, algo que «va implícito en la propia existencia del Estado (...) y que goza de su misma justificación moral (en la medida en que la tenga) [es]: La posibilidad de discriminar al nacional del no nacional en el acceso a formar parte de la comunidad político jurídica territorial» [Hierro 1995, p. 144].

car sus normas, a encontrarse frente a casos trágicos: No se puede –o, al menos, así lo creo yo– expulsar a un extranjero del territorio nacional –por el solo hecho de que es extranjero– sin atentar contra su dignidad, esto es, sin tratarle injustamente; pero, al mismo tiempo, un juez que, ante un caso de ese tipo, evitara tomar esa decisión, no podría justificarla en Derecho: Si desea seguir siendo juez –esto es, comportarse como tendría que hacerlo un juez– tiene que actuar injustamente<sup>(11)</sup>.

Esta consecuencia, como antes apuntaba (y, en realidad, creo que mi discrepancia con él se limita a ello) es la que Hierro no parece estar dispuesto a admitir: «Nuestra aporía –escribe al respecto– es (...) solo aparente. Es necesario recurrir una vez más a la clásica distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, no tanto como dos categorías ontológicamente distintas, sino simplemente como dos grupos de derechos cuya condición de aplicación es distinta. Los llamados derechos del hombre son universales no solo en su titularidad (todos los hombres), sino en su condición

---

(11) Esa «creencia» la ha ratificado el propio Hierro en unas «Notas provisionales» a mi trabajo que tuvo la amabilidad de escribir antes de ser discutido en el seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (en noviembre de 1996). Dejando a un lado algunas precisiones a su trabajo y observaciones críticas (al mío), Hierro insiste en que esta experiencia trágica del Derecho es una experiencia moral, no jurídica(..) Los casos trágicos (..) no pertenecen al nivel del razonamiento jurídico (que la solución correcta choca con la moral del juez), sino que constituyen un problema moral, como antes he señalado, por lo que no son una clase disyuntiva a la de los casos fáciles, difíciles o intermedios.

de aplicación (en cualquier lugar y tiempo, que es lo que los juristas, en relación con las normas, denominan «abstracción»), los derechos del ciudadano (o mejor dicho, los derechos del hombre en cuanto ciudadano) son universales en cuanto a su titularidad (todos los hombres), pero son concretos en su condición de aplicación: En cuanto miembros de una comunidad político jurídica. La igualdad ante la ley –como la libertad positiva, en concreto, los derechos de participación política)– es un derecho de «todo ser humano» en cuanto miembro de una comunidad político jurídica determinada. Lo que, según creo, explica suficientemente que, a fin de cuentas, tenía razón el Tribunal Constitucional» (Hierro 1995, pp. 144-145)<sup>(12)</sup>. Ahora bien, yo no creo que lo anterior resuelva la aporía en cuestión, por la sencilla razón de que la condición de ciudadano es

---

(12) El Tribunal Constitucional (en una sentencia de 23 de noviembre de 1984) «resolvió» el problema distinguiendo tres tipos de derechos: En primer lugar estarían los «derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos»; aquí se incluirían «aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano (...) que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana»: A título de ejemplo, ponía «el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.». En segundo lugar, los «derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución)». Y, finalmente, otros derechos «que pertenecerán o no a los extranjeros según los dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio»; un ejemplo de ello sería el derecho al trabajo. He criticado esa doctrina del Tribunal Constitucional en Atienza 1993, pp. 230 y ss.

—en ciertos casos— un requisito necesario para poder gozar de los derechos del hombre de manera que, en fin de cuentas, la distinción a la que recurre Hierro no resuelve la aporía, sino que, más bien, la oculta o la niega: Quiero decir que no hay forma de hacer compatible la igualdad ante la ley del art. 14 —tal y como la interpreta el Tribunal Constitucional— y el principio de la dignidad humana.

#### 4. ¿Qué hacer frente a los casos trágicos?

El último de los problemas de los que quería ocuparme aquí es el de cómo actuar frente a los casos trágicos. ¿Qué debería hacer un juez ante esa situación? ¿Podría de alguna forma justificar la decisión que necesariamente ha de tomar? Me es imposible —y no sólo por razones de tiempo— contestar ni siquiera en forma medianamente satisfactoria a estas cuestiones, pero querría sugerir algunas ideas al respecto que quizás pudieran servir también como incitación para una posible discusión.

- 1) La primera es que aunque la existencia de casos trágicos suponga que hay situaciones en las que el sistema jurídico no permite llegar a alguna respuesta correcta, ello no quiere decir que la toma de la decisión en esos casos escape por completo al control racional. El hecho de que no exista una respuesta que pueda calificarse de correcta o de buena, no quiere decir que todas las posibles alternativas sean equiparables. O, dicho de otra manera, el que no haya una respuesta buena no significa que no podamos decir que unas son peores que otras, de mane-

ra que lo que debemos –lo que un juez debe– hacer en tales situaciones es, sencillamente, optar por el mal menor. Esto es por cierto lo que, en mi opinión, habría hecho el juez del Juzgado No. 4 de Madrid en una discutidísima sentencia de marzo de 1992 en la que absolvía a un joven objetor del delito de insumisión, por más que los hechos del caso y las normas aplicables al caso no ofrecieran, en principio, dudas: «El juez no podía, en el caso en cuestión, dictar una resolución que satisficiera todas las exigencias que el Derecho –ampliamente entendido– le planteaba y optó, de manera muy razonable, por el mal menor, dado que evitó cometer una injusticia grave –castigar con una pena considerable una acción no solo no reprobable moralmente, sino supererogatoria– y lo hizo afectando en la menor medida posible al ordenamiento jurídico» (Atienza 1993, p. 178)<sup>(13)</sup>. Esta es también la solución a la que llega Gowens en su excelente presentación a la selección de escritos sobre dilemas morales: «En cualquier caso, si existen dilemas irresolubles, entonces no siempre es el caso de que hay una acción que es moralmente la mejor (en mi terminología, que debe ser hecha). Esto pone una obvia limitación en cuanto a la extensión con la que puede decirse que el juicio moral es objetivo. Sin embargo, del hecho de que en una determinada situación no sea el caso de que una acción es la mejor, no se sigue que en tal situación una acción sea tan buena o tan mala como cualquier otra. Puede ser todavía que algunas acciones sean mejores que otras.

---

(13) Como antes se ha señalado, eso significa, en cierto modo, transformar esa situación trágica de tipo a) en una de tipo b).

En general, donde quiera que haya una pluralidad de consideraciones que sean relevantes para una cuestión pero indeterminadas en cuanto a su importancia relativa (...), podemos estar ante situaciones en las que, aunque no hay una respuesta correcta, algunas respuestas son claramente mejores que otras. Se ha argumentado incluso, aunque en forma controvertida [Gowens se refiere a autores como Kuhn y Putnam], que las cuestiones científicas son a veces de esta naturaleza» (Gowens 1987, pp. 29 y 30).

- 2) Una consecuencia de lo anterior es la necesidad que el juez que se enfrenta a un caso de este tipo –y probablemente también a otros casos difíciles pero no trágicos– tiende recurrir a criterios de lo razonable, vale decir, a criterios situados entre lo que podría llamarse racionalidad estricta (integrada tanto por el respeto a la lógica formal como a los principios de universalidad, coherencia, etc.) y la pura y simple arbitrariedad. Una decisión razonable, por lo demás, no es –claro está– una decisión que implique vulnerar alguno de los anteriores criterios –esa sería una decisión sencillamente irracional, aunque pudiera ser justa desde el punto de vista de su contenido–, sino la que logra volverlos operativos a través del recurso a una determinada filosofía política y moral<sup>(14)</sup>; si el Derecho por sí mismo –el

---

<sup>(14)</sup> La contraposición entre lo racional y lo razonable debe verse, creo yo, como una contraposición entre niveles de abstracción distintos: Lo racional opera en un nivel más abstracto y lo razonable en uno más vinculado con la resolución de problemas concretos; por eso –porque operan en niveles distintos– podría decirse que no existe propiamente

Derecho preexistente al caso— no provee ninguna solución correcta (y los anteriores criterios que podríamos considerar de alguna forma extra jurídicos tienen un carácter formal), no queda otra alternativa que acudir a esos otros ámbitos de la razón práctica.

- 3) Hay una serie de características de los sistemas jurídicos de los Estados contemporáneos (especialmente, y aunque esto resulte paradójico, de los Estados de Derecho con una mayor carga social y democrática) que permite explicar por qué se producen casos trágicos. Por un lado, la ampliación de los derechos y, en particular, la irrupción de derechos de contenido social y económico se traduce normativamente en la proliferación de directrices y reglas en fin que tienen una mayor fuerza expansiva —y, por tanto, una mayor propensión a generar contradicciones— que las «tradicionales» normas «condicionales» o normas de acción [cfr. Atienza y Ruiz Manero 1966]. Por otro lado, los órganos judiciales siguen estando configurados (a pesar del anterior cambio) como instancias que deben resolver conflictos no buscando simplemente un compromiso entre los intereses en juego, sino un equilibrio entre valores que no son negociables [cfr. Atienza 1989]; además, la tendencia creciente a fundamentar las decisiones en una forma cada vez más exigente dificulta que las posibles contradicciones puedan mantenerse ocultas. Finalmente, las

---

contradicción, sino simplemente oposición (como la que se da entre la universalidad y la equidad: Cfr. MacCormick 1978, pp. 97 y ss.).

constituciones contemporáneas, en la medida en que tratan de representar todo el espectro de los valores vigentes en la sociedad, esto es, en la medida en que pretenden ser constituciones «para todos», incorporan necesariamente valores –valores últimos– de signo contrapuesto; por ejemplo, en el caso de la Constitución española, tanto los valores de tipo liberal como los valores igualitarios de signo socialista en sentido amplio.

- 4) Una consecuencia de lo anterior es que la presencia (o el aumento) de casos trágicos no es necesariamente indicio de una mayor injusticia del sistema jurídico en que se plantean; por ejemplo, en un sistema puramente liberal, sin ningún tipo de protección social, probablemente no se producirían las discriminaciones por razón de nacionalidad que antes discutía a propósito del artículo de Hierro: No habría mayor problema en extender a todos los «beneficios» de la nacionalidad. Por lo demás, la sensibilidad de los jueces para detectar y convivir con lo trágico en el Derecho no debe pensarse que sea un elemento particularmente perturbador o disfuncional. Un argumento que se esgrime con alguna frecuencia en la teoría moral para defender la existencia de genuinos dilemas morales (Williams 1973) no podría explicarse de otra forma la existencia, en supuestos de conflicto moral, de sentimientos de pesar (por lo que se deja de hacer, y aunque se piense que se ha hecho lo que, dadas las circunstancias, debía hacerse). En tales casos –se afirma– ese sentimiento de pesar cumple una función importante, porque nos motiva en el futuro a evitar que surjan situaciones dilemáticas (Marcus

1980 y Gowens 1987, pp. 15 y 16). Aplicado al caso de los jueces (y de los operadores jurídicos en general), la conciencia de lo trágico –y el sentimiento de malestar que lo acompaña– puede muy bien servir de revulsivo para incitar al juez a cumplir con sus deberes como ciudadano, esto es, con su deber de contribuir a modificar el mundo social de manera que disminuya lo trágico en el Derecho (en ese sentido, cabe decir que no se puede ser buen juez si no se es también un buen ciudadano). Entre tanto, quizás no esté de más recordar que si hay algo de cierto en el famoso aserto del juez Holmes de que «la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia» (1963, p. 5). Quizás no lo haya menos en la frase de Unamuno de que «la vida es tragedia, y la tragedia es perpetua lucha, sin victoria ni esperanza de ella; es contradicción» (1994, p. 58). Y si esto es así, es muy probable que no tengamos ninguna razón para prescindir de la experiencia de lo trágico en el Derecho.

## Bibliografía:

- ARAGÓN, Manuel. La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 17, 1986.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- , *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1993.

- ATIENZA, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.
- BARAK, Aharon. *Judicial Discretion*. New Haven y Londres: Yale University Press, 1987.
- BAYÓN, Juan Carlos. El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber), en *Revista de las Cortes Generales*, N.º 4, 1985.
- CALABRESI, Guido Calabresi y BOBBIT, Philip. *Tragic Choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Nueva York: Norton, 1978.
- DWORKIN, Ronald. *Laws Empire*. Londres: Fontana Press, 1986a.
- GOWANS, Cristopher W. *Moral Dilemmas*. Nueva York-Oxford: Oxford University Press, 1987.
- HIERRO, Liborio. Las huellas de la desigualdad en la Constitución, en M. Reyes Mate (ed.). *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*. Madrid: Visor, 1995.
- HOLMES, Oliver W. Bolines. *The Common Law* (ed. de M. DeWolfe). Boston-Toronto-Londres: Little Brown and Co (El texto de Holmes fue escrito en 1888), 1963.
- KENNEDY, Duncan. Freedom and Constraint in Adjudication, en *Journal of Legal Education*. N.º 3, 1986.
- LUCAS, Javier de. *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Madrid: Temas de Hoy, 1994.

- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- MARCUS, Ruth Barcan Marcus. Moral Dilemmas and Consistency, *en The Journal of Philosophy*. N.º 77, 1980, este trabajo está reproducido en Gowens 1987.
- MARMOR, Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- MORESO, José Juan. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la constitución* (inérito), 1993.
- MUGUERZA, Javier. El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal, *en Doxa*. N.º 15-16, L2, 1994.
- NAVARRO, Pablo. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho, *en Doxa*. N.º 14, 1993.
- NINO, Carlos S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989.
- POSNER, Richard. The Jurisprudence of Skepticism, *en Michigan Law Revue*. N.º 86, 1988.
- RICOEUR, Paul. *Le juste*. Paris: Editions Esprits, 1995.
- TUGENDHAT, Ernst. Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht, *en A.R.S.P. Nueva serie*, cuaderno 14, 1980.
- UNAMUNO, Miguel de. *Del sentimiento trágico de la vida (En los hombres y en los pueblos)*. Madrid: Colección Austral, 1994.
- WILLIAMS, Bernard. *Ethical Consistency, en Problems of the Self: Philosophical Papers 1956-1972*. Cambridge University Press, 1973, este trabajo está reproducido en Gowans 1987.

## ÍNDICE ONOMÁSTICO

- Aarnio, Aulis 46, 58, 71, 157, 279
- Aguiló, Josep 137, 139, 160, 277, 278, 279
- Alchourrón, Carlos 37, 38, 57, 58, 177, 178, 179, 184, 287, 288, 305
- Alexy, Robert 38, 39, 46, 47, 57, 71, 116, 154, 157, 189, 198, 209, 216, 226, 239, 240, 241, 254, 259, 268, 275, 277, 279, 295, 296, 297, 300,
- Aquino, Tomás de 26, 27
- Aragón, Manuel 62, 97
- Aristóteles 25, 57, 128, 131, 137, 139, 152, 270
- Atienza, Manuel 7, 8, 12, 71, 72, 73, 74, 75, 80, 84, 88, 90, 95, 96, 97, 114, 137, 139, 14, 156, 157, 160, 164, 199, 206, 226, 241, 243, 244, 245, 253, 264, 275, 276, 277, 279, 288, 313
- Auger, Clemente 106, 137, 140

- Aulet, José Luis 137
- Barak, Aaron 70, 93, 97
- Bayón, Juan Carlos 93, 94, 97
- Beltran, Miguel 112, 140
- Bentham, Jeremy 181
- Bernal, Carlos 254, 279
- Boaventura, Santos 207
- Bobbio, Norberto 30, 32, 33, 34, 51, 53, 57, 195, 234, 275, 299, 300, 313
- Bobbit, Philip 75, 76, 97
- Bovero, Michelangelo 232, 279
- Bulygin, Eugenio 58, 177, 178, 179, 180, 184 285, 286, 287, 288 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 301, 305, 313
- Bunge, Mario 58
- Calabresi, Guido 75, 76, 97
- Camps, Victoria 22, 140
- Carbonell, Miguel 233, 279, 280
- Carrió, Genaro 58, 114, 118, 136, 137, 140, 171, 175, 177, 178, 179, 182, 183, 288, 300, 302, 305, 313
- Cattari, Adelino 268, 279
- Dworkin, Ronald 66, 67, 68, 71, 73, 93, 94, 97, 115, 116, 118, 137, 140, 157, 170, 171, 181, 182, 183, 185, 198, 201, 216, 220 228, 239, 240, 241 242, 256, 258, 259, 275, 280, 300, 302, 303

- Ferrajoli, Luigi 200, 216, 226, 227, 235, 238, 239, 240, 241, 242, 275, 280
- Fuller, Lon 198, 202, 203, 204, 205, 225, 305
- García de Enterría, Eduardo 105, 140, 142
- García, Alonso 112
- Garzón Valdés, Ernesto 94
- Gianformaggio, Letizia 47, 58, 194
- González Vicen, Felipe 199, 201, 300, 304, 313
- Guastini, Riccardo 233, 23, 236, 237, 280
- Hart, Herbert 17, 114, 115, 118, 171, 175, 177, 178, 179, 181, 182, 183, 184, 203, 218, 225, 244, 287, 288, 299, 300, 302, 303, 305
- Hierro, Liborio 81, 82, 83, 84, 85, 86, 91, 94, 95, 97, 174, 303
- Holmes, Oliver 91, 97, 153, 154, 188, 195, 220
- Kelsen, Hans 95, 170, 171, 177, 178, 179, 180, 184, 191, 203, 225, 232, 244, 287, 299, 305
- Kennedy, Duncan 68, 210, 211, 212
- Klug, Ulrich 34, 36, 37, 39, 44, 47, 51, 57, 58, 156,
- Kronman, Anthony 128, 129, 132, 140, 169, 188
- Kuhn, Thomas 89
- Langdell, Christopher 110, 159
- Lautmann, Rüdiger 134, 141
- Legaz y Lacambria, Luis 194, 195, 196, 199, 225, 226

- Lucas, Javier de 95, 98
- Luhmann, Niklas 45, 58
- MacCormick, Neil 47, 48, 58, 71, 93, 96, 98, 127, 141, 157, 176, 177, 182, 216, 275, 280
- MacIntyre, Alasdair 122, 124, 125, 126, 128, 141
- Málem, Jorge 137, 141
- Marcus, Ruth 91, 98
- Marmor, Andrei 63, 93, 98
- Martens, Paul 137, 141
- Mathieu, Bernard 275, 280
- Moreso, José Juan 93, 98, 301, 303, 313
- Muguerza, Javier 78, 98
- Navarro, Pablo 65, 66, 98
- Nino, Carlos 84, 85, 98, 116, 164, 171, 216, 227, 228, 240, 241, 262, 275, 280, 286
- Nussbaum, Martha 132, 133, 141
- Ost, François 116, 117, 118, 141
- Peczenik, Aleksander 38, 71, 157, 280
- Perelman, Chaim 37, 40, 41, 42, 46, 51, 58, 157, 181, 197, 249, 267, 270, 271, 280
- Pérez Lledó, Juan Antonio 110, 141, 159, 163, 207, 210, 226, 227
- Posner, Richard 68, 69, 98, 132, 141, 219
- Pozzolo, Susana 234, 280

- Prieto, Luis 201, 233, 276, 280
- Putnam, Hilary 89
- Radbruch, Gustav 198, 199, 226, 295, 296, 297, 305
- Rawls, John 269, 272, 281
- Raz, Joseph 116, 157, 216, 227, 275, 281, 301, 302,  
313
- Recaséns Siches, Luis 197, 226
- Reisinger, Leo 43, 58
- Ricoeur, Paul 78, 79, 98
- Ross, Alf 177, 178, 191, 192, 193, 207, 299, 305
- Ruiz Manero, Juan 74, 75, 90, 97, 137, 140, 206, 226,  
241, 243, 275, 27, 279, 285, 313
- Salazar, Pedro 266, 279, 281,
- Saussure, Ferdinand 79, 58
- Savigny, Karl 26, 48, 49
- Schwartz, Bernard 105, 111, 142,
- Summers, Robert 157, 168, 169, 170, 220, 260, 281
- Taruffo, Michele 135, 142, 281

Se terminó de imprimir en los  
Talleres gráficos de Editora y Librería Jurídica Grijley,  
en el mes de octubre del 2018