MANUEL ATIENZA

CURSO DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

EDITORIAL TROTTA

Curso de argumentación jurídica

Curso de argumentación jurídica

Manuel Atienza

E D I T O R I A L T R O T T A

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

© Editorial Trotta, S.A., 2013
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
http://www.trotta.es

© Manuel Atienza Rodríguez, 2013

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita utilizar algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN (edición digital pdf): 978-84-9879-446-5

CONTENIDO

Presentación: La mirada de Peitho 11

I. Derecho y argumentación 19
II. ¿Qué es argumentar? 107
III. La concepción formal: las inferencias y sus clases 171
IV. La concepción material: premisas y razones 275
V. La concepción pragmática. Los elementos retóricos y dialécticos de la argumentación 363
VI. ¿Cómo analizar las argumentaciones? 423
VII. ¿Cómo evaluar las argumentaciones? 547
VIII. ¿Cómo argumentar? 643
IX. Contextos de la argumentación jurídica 703
X. El Derecho como argumentación y algo más 803

Bibliografía 833
Índice de nombres 845
Índice de materias 851
Índice general 863

A los estudiantes de postgrado de argumentación jurídica de la Universidad de Alicante

Presentación

LA MIRADA DE PEITHO

Como probablemente el lector no sepa, Peitho es el nombre de una deidad griega de genealogía algo dudosa y que representó en Atenas, a partir del siglo V a.C., la persuasión racional: en la dimensión erótica y en la política. Al parecer, la palabra se utilizó tanto para designar a una diosa (que formaba parte del séquito de Afrodita) como para personificar a una serie de virtudes cívicas (la capacidad de persuasión, la confianza, el acuerdo...) necesarias para que las instituciones democráticas —una vida civilizada— pudieran progresar. Me encontré por primera vez con la diosa leyendo el extraordinario libro de I. F. Stone *El juicio de Sócrates* y se me ocurrió que «La mirada de Peitho» podía ser una manera literaria de referirse al giro argumentativo que caracteriza a la filosofía del Derecho de las últimas décadas y que, a fin de cuentas, consiste en contemplar el Derecho, el conjunto de los fenómenos jurídicos, desde el punto de vista argumentativo, de la persuasión racional.

Cuando comuniqué a algunos de mis colegas (y, por supuesto, amigos) mi intención de poner al libro que estaba escribiendo sobre argumentación jurídica el título de «La mirada de Peitho» me encontré, sin embargo, y para mi sorpresa, con que la idea les pareció desacertada: no sólo por pretenciosa, sino porque pensaron que ese título cumpliría más bien el papel de desorientar a los posibles lectores del libro en relación con lo que podrían encontrar en su interior. Sin necesidad de invocar a la diosa, me dejé persuadir por argumentos que me parecieron de peso. Pero pasado el tiempo (en realidad, mucho tiempo: más de una vez he pensado que llegar a poner el punto y final a este libro era una tarea semejante a la de alcanzar la línea del horizonte), he llegado a la convicción de que ninguna de esas consecuencias adversas tenía por qué producirse si reservaba el título en cuestión para la Presentación de este *Curso de argumentación jurídica*. El lector puede pensar que se trata de una maniobra para conservar

algo de mi pretensión inicial y quizás no le falte razón. Seguramente sea inevitable que el que sale perdedor en una contienda dialéctica trate, de alguna manera, de minimizar su derrota. Y, como es notorio, no son pocos los que piensan que deberíamos considerar la discusión orientada exclusivamente hacia la persuasión racional como una tarea más propia de los dioses que de los simples mortales.

Sea como fuere, lo que presento en este curso de argumentación jurídica es una visión general del Derecho (*general* en cuanto no se proyecta sobre algún campo específico del Derecho) aunque, naturalmente, no una visión que pretenda dar cuenta de toda la complejidad de lo jurídico. Un enfoque, por lo tanto, generalista del Derecho, pero no totalizador y, en consecuencia, de ninguna manera autosuficiente. Lo que he procurado al escribir este libro, para decirlo de una manera rápida, ha sido utilizar recursos de diversa procedencia (sobre todo, de la iusfilosofía contemporánea) para ofrecer a los juristas de todo tipo una orientación teórica y práctica a la hora de enfrentarse con lo que seguramente constituye el núcleo de su actividad profesional: argumentar jurídicamente, avanzar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de defender o de refutar. O para expresarlo todavía de manera más sintética: este libro aspira a proveer a los juristas de instrumentos metodológicos de carácter general que no constituyen una condición suficiente pero sí necesaria para su formación.

Lo que acabo de decir puede parecer excesivamente pretencioso. Pero el lector que haya hojeado el libro antes de empezar a leer esta presentación se habrá dado cuenta de que nueve de los diez capítulos que lo componen van acompañados de muchos materiales de origen muy variado: sentencias, textos de filósofos del Derecho, de filósofos a secas, de juristas teóricos o prácticos, polémicas, artículos de periódico... De manera que lo que presento aquí como un elemento indispensable del bagaje intelectual de un jurista no es exactamente un «libro», sino una tradición, una obra colectiva de la que, eso sí, este libro trata de dar cuenta y a la que pretende contribuir. Si consideráramos la argumentación jurídica como una (más o menos novedosa) materia jurídica, cabría decir que los primeros cinco capítulos de este *Curso* vendrían a constituir la parte general, los cuatro siguientes, la parte especial, y el último —como enseguida se verá— escapa a esa clasificación. He aquí un resumen del contenido de esos capítulos.

En el primero se muestra cuáles son los factores que explican el creciente interés por la argumentación en el Derecho, prestando una especial atención a los de naturaleza teórica. La tesis fundamental que ahí se defiende es que las principales concepciones del Derecho del siglo XX no permiten, por diversas razones, captar los aspectos argumentativos del Derecho. Además, se identifican algunos rasgos

de una nueva concepción del Derecho (ahora en fase de formación), cuyo trasfondo sería el pragmatismo jurídico (cierta manera de entender el pragmatismo jurídico) y que lleva a considerar el Derecho como argumentación.

El capítulo segundo se dedica al esclarecimiento de la noción de argumentación, lo que se lleva a cabo a través de la distinción entre *concepto* y *concepciones*: existen ciertos rasgos presentes en cualquier tipo de argumentación (que configuran el concepto) y diversas maneras de interpretar esos elementos comunes, que dan lugar a tres concepciones características: la formal, la material y la pragmática; dentro de esta última se hace, a su vez, una subdistinción entre la concepción dialéctica y la retórica. La argumentación jurídica consiste en una combinación peculiar de elementos provenientes de esas tres concepciones (o *perspectivas*), pero cabe distinguir también diversos contextos jurídicos en los que una u otra de esas concepciones juega un papel preponderante. Los tres capítulos sucesivos están destinados a desarrollar cada una de ellas.

En el capítulo tercero, el núcleo de la concepción formal se hace coincidir esencialmente con la lógica deductiva clásica. Se señala, no obstante, la importancia que para la argumentación jurídica tiene la lógica deóntica, las lógicas divergentes y la lógica inductiva. Se examinan diversos argumentos jurídicos típicos. Y se distinguen tres formas fundamentales de la argumentación jurídica: la subsunción, la adecuación (argumentos medio-fin) y la ponderación, cada una de las cuales supone el uso (como premisa) de un enunciado jurídico característico: respectivamente, una regla de acción, una regla de fin y un principio (bien sea un principio en sentido estricto, o bien una directriz).

Así como la concepción formal descansa en la noción de inferencia, la concepción material (a la que se dedica el capítulo cuarto) consiste, en lo esencial, en una teoría de las premisas, de las razones (que no son enunciados, sino «hechos») que se usan en la resolución de problemas teóricos o prácticos. El razonamiento jurídico es visto como una argumentación práctica de carácter peculiar en la que operan razones (premisas) de dos tipos: unas forman parte del sistema jurídico, y otras son razones extrasistemáticas, provenientes de la práctica jurídica. El uso de las razones lleva a plantearse el problema de la relevancia y del peso de las mismas, así como el de la relación entre las razones jurídicas (formales, sustantivas e institucionales) y las razones morales.

Finalmente, el capítulo quinto está dedicado a la concepción pragmática de la argumentación, es decir, a considerar la argumentación esencialmente como una actividad dirigida a persuadir sobre algo o a defender o atacar una tesis; el énfasis no se pone ahora en la noción de inferencia ni en la de premisa (y conclusión), sino en los efectos que se trata de lograr con la argumentación. La distinción entre la concepción retórica y la dialéctica depende esencialmente de que en la actividad social en que consiste argumentar, una de las partes de la relación

o ambas asuman un rol activo. La concepción pragmática tiene cierta prioridad sobre las otras dos, pero la argumentación jurídica no puede verse exclusivamente en términos retóricos y/o dialécticos.

En el capítulo sexto, con el que empieza la parte especial, se trata de contestar a la pregunta de cómo analizar una argumentación jurídica basándose, obviamente, en los elementos introducidos con anterioridad. Aquí se expone un método para la representación de argumentos que consiste en el uso de diagramas de flechas para dar cuenta tanto de la estructura como del flujo de la argumentación, de los diversos actos de lenguaje que se llevan a cabo al argumentar y de las razones involucradas en ello. Y se presenta una clasificación de cuestiones controvertidas o casos difíciles en ocho categorías: procesales, de prueba, de calificación, de aplicabilidad, de validez, de interpretación, de discrecionalidad y de ponderación.

La pregunta en torno a la cual gira el siguiente capítulo, el séptimo, es la de cómo evaluar una argumentación. Se examina en relación con ello la discusión en torno a la cuestión de si existe o no una única respuesta correcta a los problemas jurídicos. Y se presentan los criterios que avalan la tesis de la objetividad del razonamiento jurídico: universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moral social, moral justificada y razonabilidad.

Mientras que los dos anteriores capítulos presuponen la existencia de una argumentación, el octavo se plantea la cuestión *ex ante* de cómo argumentar. Y la contestación pasa fundamentalmente por la distinción de una serie de etapas que pueden establecerse en el proceso de resolución argumentativa de un problema jurídico: identificación y análisis del problema; propuesta de una solución; comprobación y revisión; redacción de un texto (en donde, a su vez, cabe distinguir entre la organización —en partes— del discurso y su expresión).

En fin, como la contestación a esas tres cuestiones (las cuestiones clave de la argumentación jurídica) se plantea en los anteriores capítulos fundamentalmente desde la perspectiva judicial, surge la necesidad de introducir los otros ámbitos jurídicos en los que también se producen argumentaciones. El capítulo nueve se ocupa, así, de cuatro de esos contextos: la argumentación legislativa, de los abogados, en la resolución extrajudicial de conflictos y en la dogmática jurídica.

El décimo y último capítulo, como antes avanzaba, es de una naturaleza muy distinta a los que lo anteceden. Pretende dejar constancia de que el Derecho no consiste —no puede consistir— únicamente en argumentación (no es simplemente —como a veces se dice— un gran diálogo, un complejo intercambio de razones, sino que involucra también elementos de naturaleza muy distinta) y de que, por lo tanto, la teoría del Derecho no puede reducirse tampoco a una teoría de la argumentación jurídica. Se trata, en consecuencia, de dejar las cosas o los temas abiertos, y para ello se ha elegido la forma de un

diálogo que, a pesar de su carácter ficticio, quizás pudiera ser contemplado con cierta benevolencia por la diosa Peitho. ¡Quién sabe!

El conjunto de los diez capítulos constituye, sin embargo, sólo una parte relativamente pequeña del conjunto del libro. El grueso del mismo (y eso justifica, por cierto —o así lo espero—, su considerable extensión) consiste en una serie de materiales que desarrollan o problematizan algunos de los puntos tratados anteriormente de manera muy sintética (sobre todo por lo que hace a los cinco primeros capítulos, que son un resumen de mi libro *El Derecho como argumentación*). Eso se corresponde con una cierta idea de lo que debe ser un libro de texto y, en particular, de en qué consiste enseñar a argumentar. Pues argumentar es algo que no puede aprenderse simplemente estudiando una teoría (aunque eso constituya una condición necesaria o, cuando menos, muy conveniente), sino argumentando, esto es, llevando esos conocimientos a la práctica. En su conjunto se ofrecen más de doscientos materiales (a los que, durante el proceso de su elaboración, di en llamar «peithos») de procedencia, como antes decía, muy variada y referidos a ámbitos distintos del Derecho, que se acompañan con más de quinientas preguntas dirigidas a facilitar una discusión ordenada sobre los temas tratados. En general, cada uno de esos *peithos* consta de una introducción dirigida a ofrecer los elementos contextuales necesarios para que pueda entenderse el texto (fragmentos de alguna sentencia, artículo doctrinal —de los que casi siempre he suprimido las notas a pie de página—, etc.) y, a partir de ahí, se plantean las preguntas a las que antes me refería. Creo que en todos ellos pueden encontrarse elementos argumentativos que merece la pena tomar en consideración y debatir, pero, por supuesto, la selección está inevitablemente sesgada (por razones de proximidad personal, orientación filosófica y política, conocimiento del Derecho y —si no resulta un oxímoron— simplemente casuales), de manera que el posible usuario del libro podría eliminar y añadir nuevos *peithos* de acuerdo con sus inclinaciones y con sus objetivos pedagógicos o de otra naturaleza. Por lo demás, el libro permite, me parece, una variedad de lecturas. Lo que yo recomendaría sería empezar primero por los diez capítulos (lo que puede hacerse con relativa rapidez), para luego (quizás en una lectura más reposada) incluir todos o algunos de los materiales. Al final del libro hay un índice de materias, bastante analítico, que, me parece, puede facilitar las cosas.

Aunque, como lo sugiere su título, lo que he pretendido escribir sea, en lo esencial, un libro de texto, constituye también una realización de mi manera de entender la filosofía del Derecho. Un tipo de actividad que no debería verse, en mi opinión, en términos propiamente individuales, sino como una contribución a una práctica social, que es en lo que consisten el Derecho y la teoría del Derecho; que se traduce en escritos cuyos destinatarios no pueden ser exclusivamente otros filósofos del Derecho, sino la comunidad jurídica en

su sentido más amplio, y con pretensiones de incidir en la práctica, esto es, de mejorar el Derecho y, en consecuencia, las instituciones sociales. Todo lo cual me ha llevado a prestar una especial atención a lo que podríamos llamar «la cultura jurídica del mundo latino», si bien no creo que pueda reprochárseme el haber escrito un libro «localista» y, de hecho, hago un amplio uso de fuentes, sobre todo anglosajonas, ajenas a esa tradición. Pero desde la primera página he sido muy consciente, para entendernos, de que los posibles lectores de este libro —como diría el «viejo maestro» Elías Díaz— no se encuentran precisamente entre los abogados de Wisconsin.

Un libro largo de escribir suele contar con muchas ayudas, y éste no es una excepción. Además del apoyo institucional de mi universidad y del Ministerio español de Ciencia y Tecnología[1], hay muchas personas —colegas y, en ocasiones, simplemente amigos— a las que este libro debe mucho. No sería capaz de nombrar a todas ellas, pero sí a las que han jugado un papel más determinante. Perfecto Andrés Ibáñez —lo más aproximado a lo que yo considero como el ideal de juez— me animó desde hace tiempo a escribir algo para que fuera publicado en la editorial Trotta, y el director de la misma, Alejandro Sierra, acogió el proyecto con un interés y una profesionalidad que le agradezco enormemente. Tomás-Ramón Fernández y Jesús Delgado (por si el lector no lo sabe, destacados juristas en los ámbitos, respectivamente, del Derecho público y del Derecho privado, y buenos conocedores de la teoría del Derecho contemporánea) leyeron alguna versión anterior (más o menos completa) de este libro y me proporcionaron lo que, en un sentido algo inusual de la palabra, podría llamarse «seguridad jurídica», de tanta importancia para un filósofo del Derecho que pretende ocuparse ni más ni menos que del Derecho. Debo también mucho a mis compañeros del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, con quienes he discutido largo y tendido sobre las cuestiones tratadas en este libro y sobre muchas otras cosas: Juan Ruiz Manero, Josep Aguiló, Juan Antonio Pérez Lledó, Daniel González Lagier, Ángeles Ródenas, Isabel Lifante, Victoria Roca, Macario Alemany, Jesús Vega, Hugo Ortiz, Alí Lozada e Isidoro Madrid; en los seminarios de los jueves yo también he aprendido (para utilizar la expresión de un reciente asistente al mismo) cosas que no pueden aprenderse en ningún libro. Con cuatro de ellos tengo una especial deuda de gratitud: Josep Aguiló ha sido el principal impulsor de este libro, y me ha hecho numerosas sugerencias e indicaciones que me han resultado de extraordinario valor; Isabel Lifante ha leído el libro con la empática inteligencia que

1. A través de dos proyectos de investigación: «Argumentación y derechos» (SEJ 2007-64044) y «Argumentación y constitucionalismo» (DER 2010-21032).

la caracteriza y ha contribuido a mejorarlo en muchos aspectos; Juan Antonio Pérez Lledó me ha proporcionado algunas informaciones sobre cuestiones para mí difíciles con una precisión y maestría verdaderamente admirables; y a la ayuda esmerada y eficiente de Hugo Ortiz debo, lisa y llanamente, el haber podido terminar este libro. Y si el mismo está dedicado a los estudiantes del Curso de Postgrado de Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante es porque, en estos tiempos de grotesca desorientación en las universidades españolas, me han hecho sentir que el oficio de profesor universitario sigue mereciendo la pena.

Alicante, septiembre de 2012

I

DERECHO Y ARGUMENTACIÓN

1. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

El Derecho es, obviamente, un fenómeno muy complejo y que puede contemplarse desde muy diversas perspectivas. Tres de esos enfoques han tenido, y siguen teniendo, una especial relevancia teórica.

Al primero se lo puede llamar estructural y tiende a identificarse con el normativismo jurídico, pues parte de la idea de que el Derecho se compone esencialmente de normas. Usando una metáfora arquitectónica, podría decirse que se trata de mostrar, de describir, las partes de las que se compone el edificio jurídico y cómo se ensamblan entre sí.

Otro posible enfoque consiste en estudiar el Derecho desde un punto de vista funcional: para qué sirve cada una de las partes del edificio, y qué función cumple todo él en el contexto en el que está inserto (el conjunto de la sociedad). Se corresponde aproximadamente con las posturas realistas, sociológicas, que tienden a identificar el Derecho con la conducta (de los jueces y, en general, de los operadores jurídicos), puesto que lo que importa para contestar a las anteriores cuestiones no es el Derecho formalmente válido (el Derecho de los libros), sino el Derecho en acción, el Derecho verdaderamente eficaz.

En fin, desde una tercera perspectiva, es posible fijarse en la idealidad del Derecho. No en el edificio ya construido, con todos sus defectos, sino en lo que tendría que ser un edificio modélico (el Derecho justo). Las mejores versiones del Derecho natural (las que no han consistido en una mistificación del Derecho positivo) pueden verse de esta manera: como una propuesta de lo que habría que entender por Derecho racional.

En este libro, el Derecho se ve desde una perspectiva distinta de las anteriores que, sin embargo, no las excluye del todo, sino que, más bien, las presupone y, en cierto modo, las unifica y vuelve operativas. El Derecho no es, claro está, únicamente argumentación. Pero

destacar este aspecto tiene particular importancia para dar cuenta de los fenómenos jurídicos en las sociedades democráticas y para suministrar a quienes operan dentro del Derecho, a los juristas prácticos, instrumentos que permitan guiar y dar sentido a su actividad. Pues el Derecho, en todas sus instancias —legislativa, jurisdiccional, doctrinal, etc.—, puede considerarse como un entramado muy complejo de decisiones —vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos— y de argumentos, esto es, de razones a favor o en contra de esas (o de otras) decisiones.

Se puede decir entonces que la perspectiva que nos interesa aquí no es la de quien contempla un edificio o, mejor, una ciudad, desde fuera y se limita a describir sus calles, sus parques, sus construcciones. Tampoco la de quien pretende participar en su construcción y desarrollo simplemente como un técnico que se plantea de qué manera pueden satisfacerse ciertos objetivos que se suponen dados. Ni la del arquitecto que diseña los planos de un edificio y se desentiende de las cuestiones de detalle, de su ejecución. Sino la del que se siente comprometido con la tarea de mejorar el diseño y el desarrollo de una ciudad a partir de un modelo ideal que, sin embargo, sabe que tiene que ir adaptando continuamente a la realidad, o sea, esforzándose por construir la mejor ciudad posible a partir de las circunstancias dadas.

2. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SU AUGE ACTUAL

La argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica y lo ha sido siempre, con independencia de que para referirse a ese elemento de lo jurídico se haya usado esa denominación o alguna otra más o menos equivalente, como «razonamiento jurídico», «método jurídico» o «lógica jurídica». Esta última expresión, por cierto, ha sido —y sigue siendo— bastante polémica, pues no todos los juristas parecen convencidos de que su modo de operar en el Derecho haya de ser «lógico»; es frecuente, por ejemplo, oír de un jurista afirmaciones del tipo de «en el Derecho dos más dos no siempre son cuatro», «la aplicación del Derecho no puede entenderse en términos puramente silogísticos», «el método jurídico no es el de la lógica o el de la matemática», etc. Pero seguramente se trata de una polémica basada, al menos en buena parte, en la ambigüedad de la palabra «lógica», que a veces la usamos para referirnos a la lógica formal (la lógica matemática), y otras como sinónimo de «aceptable», «fundado», «racional», etc. En cualquier caso, la argumentación jurídica no se reduce a la lógica formal e incluso, como enseguida se verá, el origen de lo que hoy suele llamarse «teoría de la argumentación jurídica» es el rechazo a entender el razonamiento jurídico en términos estricta-

mente lógico-formales. Digamos que la lógica, la lógica formal, es un elemento necesario pero no suficiente (o no siempre suficiente) de la argumentación jurídica.

Ahora bien, en los Derechos de los Estados democráticos contemporáneos, esa dimensión argumentativa parece haber adquirido una particular importancia. Y algo parecido, por cierto, ha ocurrido en muchos otros ámbitos de la sociedad; por eso, los psicólogos, los sociólogos, los lingüistas, los filósofos... y la gente normal y corriente están también interesados en la argumentación. Los juristas, en definitiva, se preocupan hoy por los aspectos argumentativos de su práctica en mucha mayor medida de lo que parecen haberlo hecho anteriormente por una serie de factores que, en lo esencial, se reducen a los cinco siguientes: 1) Las teorías del Derecho más características del siglo XX han tendido, por diversas razones de las que luego se hablará, a descuidar esa dimensión del Derecho; 2) 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; 3) Los cambios que se están produciendo en los sistemas jurídicos contemporáneos (sobre todo, la constitucionalización del Derecho) parecen llevar a un crecimiento, en términos cuantitativos y cualitativos, de la exigencia de fundamentación, de argumentación, de las decisiones de los órganos públicos; 4) Una enseñanza del Derecho más «práctica» tendría que estar volcada hacia el manejo —esencialmente argumentativo— del material jurídico y no tanto a conocer, simplemente, los contenidos de un sistema jurídico; 5) En la sociedad contemporánea hemos asistido a una pérdida de importancia de la autoridad y de la tradición como fuentes de legitimación del poder; en su lugar se ha impuesto el consentimiento de los afectados, la democracia; pero la democracia —sobre todo, la democracia deliberativa, la que no se identifica simplemente con la ley de la mayoría— exige ciudadanos capaces de argumentar racional y competentemente en relación con las acciones y las decisiones de la vida en común.

3. CONCEPCIONES DEL DERECHO: DE LOS TEÓRICOS Y DE LOS PRÁCTICOS

Una concepción del Derecho viene a ser un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación entre sí, a una serie de cuestiones fundamentales en relación con el Derecho: cuáles son sus componentes básicos, cómo se determina el Derecho válido, qué relación mantiene con la moral o con la política, en qué consisten las operaciones de interpretarlo y aplicarlo, etc. En el siglo XX, y en el ámbito de la

cultura jurídica occidental, ha habido básicamente tres 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 el formalismo y las concepciones escépticas del Derecho (hasta la década de los setenta, esencialmente las corrientes de inspiración marxista, y desde entonces, las llamadas teorías «críticas» del Derecho).

Quienes han elaborado esas concepciones son los teóricos o filósofos del Derecho, pero es de suponer que las mismas han de tener también algún reflejo en la práctica jurídica. Un abogado, un juez, etc., no podría resolver ningún problema práctico sin presuponer ciertas ideas (aunque las mismas puedan tener un grado muy bajo de articulación) sobre las fuentes del Derecho, la validez, la interpretación, etc. De manera que interesarse por las concepciones del Derecho no obedece a un propósito puramente «teórico». Sirve para entender mejor la práctica, la cultura jurídica en la que se actúa y para cuestionarse si ésa es o no la mejor posible. Por ejemplo, si uno se plantease cuáles son los rasgos más característicos de la cultura jurídica española y, en general, del mundo latino, probablemente llegaría a conclusiones como las siguientes: subsiste en ella un fondo formalista que, sin embargo, tiende progresivamente a debilitarse; el modelo de positivismo jurídico kelseniano suscita un rechazo bastante generalizado, mientras que una concepción como la de Hart o la de Carrió resulta mucho más atractiva; los elementos comunitaristas, hermenéuticos, de una concepción como la de Dworkin o Nino no son fácilmente asimilables, debido seguramente al formalismo de base; algo de «realismo» es visto como saludable, pero siempre y cuando no derive en indeterminación radical del Derecho; y el iusnaturalismo no parece jugar prácticamente ningún papel, como no sea el de contribuir a identificar (aunque no de manera explícita) la Constitución con una especie de Derecho natural, un conjunto de principios indiscutibles, lo cual lleva a que el jurista piense que no necesita de ninguna filosofía moral y política situada «más allá» del Derecho positivo.

Veamos entonces cómo cabe caracterizar esas concepciones del Derecho que forman parte de nuestra cultura jurídica y qué es lo que cada una de ellas aporta al enfoque argumentativo del Derecho.

3.1. *El formalismo jurídico*

«Formalismo jurídico» es un término muy ambiguo. En una de sus acepciones (a veces se habla de «legalismo» aproximadamente en el mismo sentido) significa simplemente que el Derecho —el Derecho moderno— consiste en buena medida en una serie de *reglas* preexistentes al aplicador, de manera que la toma de decisiones jurídicas,

salvo en supuestos marginales, no exige propiamente una deliberación y resulta así relativamente previsible. Como es fácil de comprender, se trata de un ingrediente esencial del Estado de Derecho, del *rule of law*. En términos argumentativos, significa que el razonamiento jurídico opera dentro de ciertos límites (límites institucionales, autoritativos) que no existen, por ejemplo, en la moral. Así entendido, no habría ninguna razón para oponerse al formalismo.

Pero cuando hoy se habla (normalmente, en términos peyorativos) de formalismo jurídico, a lo que se hace referencia es a una concepción del Derecho cuyas formas clásicas habrían sido el formalismo legalista de la escuela de la exégesis, el formalismo conceptual de la Jurisprudencia de conceptos y el formalismo jurisprudencial desarrollado en Estados Unidos a partir de Langdell. Aunque cada una de ellas tenga sus propias señas de identidad, todas esas teorías del Derecho comparten ciertos rasgos, como los siguientes: considerar que el Derecho es un sistema completo y coherente; que sólo los legisladores, y no los tribunales, pueden crear Derecho (la interpretación consistiría en descubrir el significado objetivo de un texto o la voluntad de su autor, no en innovar o desarrollar el Derecho); que los cambios jurídicos deberían reducirse al mínimo, puesto que la certeza y la previsibilidad son los máximos valores jurídicos; que el verdadero Derecho consiste en reglas generales y abstractas fijadas en «libros jurídicos»; que los conceptos jurídicos poseen una lógica propia, la cual permite deducir de ellos soluciones sin tomar en consideración elementos extrajurídicos (las consecuencias sociales de las decisiones o los valores morales de las normas); que las decisiones judiciales sólo pueden justificarse deductivamente, esto es, según el esquema del silogismo subsuntivo que requiere, como premisa mayor, una norma de tipo general y abstracto; como premisa menor, los datos fácticos del caso que se «subsumen» en el supuesto de hecho de la norma para inferir de ahí, como conclusión, la consecuencia jurídica prevista en la norma.

Pues bien, en este sentido más estricto, el formalismo es una concepción del Derecho bastante desacreditada teóricamente (es difícil encontrar a un jurista que se califique a sí mismo de «formalista»), pero no infrecuente en la práctica. La teoría del silogismo, por cierto, no es que sea exactamente falsa, sino que supone una simplificación excesiva de la argumentación (la justificación) judicial. Por lo demás, es importante evitar un error bastante frecuente: el de pensar que formalismo y positivismo jurídico son términos sinónimos. Obviamente, no es así; ninguno de los grandes positivistas del siglo XX (Holmes, Llewellyn, Kelsen, Hart, Bobbio, Ross, Carrió...) suscribiría las anteriores tesis, sino que, más bien, esos autores han contribuido decisivamente a desacreditarlas.

3.2. *El positivismo normativista*

Considerar el Derecho como un conjunto de normas creadas o modificadas mediante actos humanos e identificables mediante criterios ajenos a la moral ha sido probablemente la concepción más extendida en la teoría del Derecho del siglo XX. Cabría hablar aquí de dos formas básicas. Una, la más radical, está representada por Kelsen y considera el Derecho como un conjunto de normas coactivas. Otra, más moderada y sofisticada, se identifica con la obra de Hart, para el cual el Derecho ha de verse, fundamentalmente, como una combinación de dos tipos de normas: primarias (las que establecen que los seres humanos hagan u omitan ciertos actos, lo quieran o no) y secundarias (se refieren a las anteriores e indican qué normas pertenecen al sistema —regla de reconocimiento—, cómo se pueden crear y modificar nuevas normas y quién puede hacerlo —normas de cambio—, y qué órganos deben decidir si se ha infringido o no una norma primaria y con qué consecuencias —normas de juicio—). En el mundo hispano-hablante, los principales representantes habrían sido Carrió (cuya posición está muy próxima a la de Hart) y Alchourrón y Bulygin (que defendieron tesis que se sitúan, en cierto modo, entre Kelsen y Hart).

La visión kelseniana del Derecho es bastante antagónica con respecto al enfoque argumentativo del que antes se hablaba. En efecto, Kelsen privilegió, ante todo, el análisis estructural del Derecho; defendió una teoría voluntarista o prescriptivista del Derecho en la que la validez de las normas jurídicas y su interpretación por parte de los órganos aplicadores es una cuestión de *fiat, no de razón*; sostuvo un emotivismo ético radical (no cabría, según él, un discurso racional sobre los valores); y consideró incluso que no existen relaciones lógicas entre las normas, lo que supone que no se pueden justificar racionalmente las decisiones jurídicas.

En el caso de Hart, el juicio tiene que ser más matizado. Su obra maestra, *El concepto de Derecho*, tiene poco que ver con una visión argumentativa del Derecho, pero en otros de sus trabajos hizo contribuciones de interés a ese enfoque y, de hecho, la teoría jurídica hartiana es la base de una de las teorías más acreditadas de la argumentación jurídica: la de Neil MacCormick[1]. De todas formas, hay dos rasgos en la concepción de Hart (puestos de manifiesto en su discusión con Dworkin [Hart 1997]) que le separan de ese enfoque: su pretensión de elaborar una teoría descriptiva y general del Derecho, y su manera de entender la discrecionalidad judicial (que supone que,

1. La expuesta en su libro *Legal Reasoning and Legal Theory* (MacCormick 1978). En su última época, MacCormick abandonó el positivismo jurídico y sostuvo tesis más próximas a Dworkin que a Hart (*vid.* MacCormick 2005).

en los casos difíciles, los jueces tienen que acudir a criterios extrajurídicos, aunque no por ello arbitrarios).

En términos generales, lo que separa al positivismo normativista del enfoque del Derecho como argumentación sería: ver el Derecho como una realidad ya dada (un conjunto de normas) y no como una actividad, una práctica, que transcurre en el tiempo; entender, en consecuencia, que los elementos integrantes del Derecho son normas, enunciados, y no (también) las fases o momentos de esa actividad; considerar como el objeto de la teoría del Derecho la descripción de una realidad (previamente dada) y no la contribución al desarrollo de una empresa, de tal manera que la teoría (como ocurre en la concepción «interpretativa» del Derecho de Dworkin) se fundiría con la práctica.

3.3. *El realismo jurídico*

El realismo jurídico viene a ser la contrafigura del formalismo. Tanto en su versión norteamericana como escandinava, el Derecho tiende a verse como una realidad *in fieri*, como una práctica que se desarrolla en el contexto de una sociedad en transformación; el Derecho es un instrumento para el cumplimiento de fines sociales, y no un fin en sí mismo. Al igual que los positivistas normativistas, los realistas suscriben la tesis de las fuentes sociales del Derecho y de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Pero su concepción empirista e instrumentalista del Derecho (más marcado, este último rasgo, en el caso de los americanos; el pragmatismo fue el trasfondo filosófico de ese movimiento) les lleva a rechazar la identificación del Derecho con «las reglas sobre el papel». Digamos que, para utilizar adecuadamente el Derecho (como factor de transformación social), hay que tomar en consideración no sólo las normas válidas, sino también las normas eficaces, al igual que los intereses, los fines, los valores sociales y muchos otros elementos que componen la «maquinaria del Derecho».

Tanto en el caso del realismo americano como en el del escandinavo ha habido posiciones más o menos radicales o moderadas. Hablando, sin embargo, en términos generales, cabría decir que si ese movimiento (del que formaron parte autores como Holmes, Pound —habrían sido los precursores en Estados Unidos a comienzos del XX—, Frank, Llewellyn o —del lado escandinavo— Hägerström, Olivecrona, Lundstedt o Ross) no produjo una teoría de la argumentación jurídica, ello se debió, esencialmente, a los tres siguientes factores. En primer lugar, al escepticismo axiológico. Los realistas subrayaron la importancia de los juicios de valor en la toma de las decisiones jurídicas, pero entendieron que los mismos caían fuera del campo de la razón; en relación con ellos no sería posible construir un razonamiento propiamente justificativo, sino de carácter persuasivo, retórico (y puramente instrumental). En segundo lugar, el interés por la retórica queda, de todas formas, limita-

do por el hecho de que el enfoque realista es, en lo esencial, un enfoque conductista, dirigido a predecir o explicar el comportamiento de los operadores jurídicos, más bien que a justificarlo; los más radicales, como Frank, insistirán en la mistificación del silogismo judicial como doctrina de la justificación judicial. Finalmente, la tesis de la indeterminación (más o menos radical) del Derecho, esto es, postular que las decisiones judiciales no están determinadas por normas previamente establecidas, sino que son el fruto de elementos políticos, sociológicos, ideológicos e idiosincrásicos, lleva también a que no se pueda hablar propiamente ni de argumentación jurídica ni de método jurídico.

3.4. *El iusnaturalismo*

La idea de un Derecho natural, esto es, de un orden consistente en una serie de principios con validez para todos los tiempos y lugares, y al que se subordina la validez de los Derechos positivos, ha sido una constante del pensamiento occidental hasta finales del siglo XVIII. A partir de entonces, cuando se produce la positivización de los Derechos, esto es, cuando se establecen ordenamientos con sistemas exhaustivos y excluyentes de fuentes positivas, el iusnaturalismo dejó de ser una concepción funcional del Derecho: el jurista no necesitaba ya del Derecho natural como instrumento con el que operar dentro del Derecho, entre otras cosas, porque los sistemas jurídicos habían positivizado muchas normas de origen iusnaturalista.

A pesar de lo cual, el siglo XX ha conocido muchas variantes de iusnaturalismo. La más extendida, al menos en los países de tradición católica, no ha promovido en absoluto la consideración del Derecho como argumentación. La razón fundamental es que ese tipo de iusnaturalismo (escolástico o neoescolástico) se preocupó básicamente por determinar la esencia del Derecho, por mostrar las conexiones entre el orden jurídico-positivo y un orden de naturaleza superior que, en último término, se basaba en creencias religiosas. Los iusnaturalistas no han estado por ello interesados en cómo funciona —y cómo puede funcionar— el Derecho en cuanto realidad determinada social e históricamente, y han usado el Derecho natural más bien como una ideología escapista dirigida, en el fondo, a justificar el Derecho positivo (o cierto tipo de Derecho positivo: aquel en el que se plasmaban valores de tipo tradicional).

Pero hay algunas excepciones a lo anterior. Una de ellas se encuentra en ciertos escritos de Gustav Radbruch (Radbruch 1962) en los que se defiende la idea de que la validez del Derecho (en sentido pleno) no puede provenir ni del propio Derecho positivo ni de ciertos hechos, sino de valores de carácter suprapositivo, o sea, de un Derecho natural extraíble de «la naturaleza de la cosa». Según él, la idea de Derecho contiene varias nociones de valor, una de las cuales es la

justicia; cuando una ley es extraordinariamente injusta (lo que, en su opinión, habría ocurrido con algunas de la época nazi), entonces carece de validez y, en consecuencia, no existe la obligación jurídica de obedecerla. Cabría pensar, sin embargo, que esa apelación a un «Derecho supralegal» ha dejado de tener sentido en los Derechos del Estado constitucional.

Otra manera peculiar de entender el Derecho natural fue la del estadounidense Lon L. Fuller. Para él, el Derecho no consiste esencialmente en una serie de normas, sino que es una empresa, una actividad dirigida a satisfacer ciertas finalidades. El Derecho natural se traduce en una serie de requisitos de carácter procedimental (esencialmente, las exigencias que definen el *rule of law*) que integran lo que llama «la moralidad interna del Derecho»; si no se cumplen, al menos en cierta medida, entonces no cabría hablar de Derecho, de manera semejante a como no diríamos que practica la medicina alguien que no pretende curar. La concepción de Fuller se aproxima en varios aspectos a la del Derecho como argumentación. Sin embargo, él no construyó algo así como una teoría de la argumentación jurídica, por diversas razones: una es su conservadurismo político, que le llevó a poner el énfasis en la noción de orden, más bien que en la de justificación; otra, el antiformalismo (característico de la cultura jurídica estadounidense) que hizo que desdeñara el papel de la lógica en el Derecho; y una tercera, su propensión a un análisis más bien casuístico del Derecho y del razonamiento jurídico, incompatible con la elaboración de teorías de ámbito general.

En los últimos tiempos, el autor iusnaturalista más influyente es John Finnis. Para él, 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. Sin embargo, a pesar de seguir la tradición iusnaturalista clásica (tomista) y de reconocer la existencia de absolutos morales, Finnis no cree que la «razón natural» pueda suministrar una respuesta correcta para cada caso que se le presenta a un juez (*vid.* VII,3,B).

3.5. *El escepticismo jurídico*

Los realistas fueron, en diversos sentidos, escépticos en relación con el papel de las normas y/o de los hechos en el Derecho. Pero no pusieron en duda —como sí lo hicieron muchos juristas de orientación marxista— la funcionalidad del Derecho en cuanto instrumento de construcción y de cambio social. En el marco teórico clásico del marxismo, el discurso interno de carácter justificativo no es posible y ni siquiera queda mucho espacio para un uso retórico (instrumental)

del Derecho, si de verdad se piensa que el Derecho es, simplemente, expresión de la voluntad de la clase dominante, un elemento de la superestructura destinado a desaparecer en una sociedad plenamente emancipada, etcétera.

Desde los años setenta, sin embargo, más que de marxismo jurídico suele hablarse de «teorías críticas del Derecho», que vienen a ser una combinación de marxismo jurídico (digamos, un marxismo «débil» en el que se reconoce cierta autonomía al Derecho, se atenúa su carácter «clasista», etc.) al que se le añaden elementos procedentes de otras tradiciones: la tesis de la indeterminación radical del Derecho de los realistas, la crítica al racionalismo y al cientificismo del pensamiento postmoderno, el feminismo jurídico, etc. Se abre así un espacio para el uso crítico (alternativo) del Derecho, pero limitado, en cuanto el discurso justificativo (que constituye el centro de la argumentación judicial y de la que tiene lugar en otras instancias jurídicas) presupone cierto grado de aceptación del Derecho.

Así, por ejemplo, en el caso de Boaventura Santos (1980 y 1998), la imposibilidad de un discurso propiamente justificativo se debe: por un lado, a que la elaboración de su teoría está hecha no desde el punto de vista del participante, sino del sociólogo que trata de explicar una realidad, o bien del «infiltrado» en una práctica, que no pretende exactamente mejorarla, sino reconstruirla sobre otras bases; y, por otro lado, a su visión postmodernista y anti-racionalista, que le lleva a defender versiones fuertes de escepticismo epistemológico y de relativismo cultural difícilmente compatibles con el discurso justificativo propio de los derechos humanos. Y Duncan Kennedy (el más caracterizado de los representantes del movimiento «Critical Legal Studies») sostiene (Kennedy 1997) que frente a la retórica de la *coherencia* y de la *neutralidad* que él atribuye a la filosofía «liberal» estándar (representada por autores como Dworkin) 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.

4. EL CONSTITUCIONALISMO O POST-POSITIVISMO

Todas esas concepciones del Derecho parecen haber entrado en crisis como consecuencia de la irrupción, en las últimas décadas del siglo XX, del paradigma del constitucionalismo (para algunos, neo-constitucionalismo). No quiere ello decir, naturalmente, que haya que prescindir de ellas sin más, puesto que en esas tradiciones teóricas se contienen (en mayor o en menor medida) elementos imprescindibles para desarrollar un enfoque argumentativo del Derecho. Pero ninguna de ellas parece, por sí misma, adecuada para cumplir ese objetivo.

Por «constitucionalismo» se puede entender, al menos, dos cosas distintas: un fenómeno, la «constitucionalización» de nuestros Derechos después de la segunda guerra mundial como consecuencia de la existencia de Constituciones rígidas densamente pobladas de derechos y capaces de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos o las relaciones sociales; o bien la conceptualización, la teorización de ese fenómeno. Muchos juristas, por ejemplo, parecen aproximarse hoy al Derecho con las herramientas de otro tiempo, esto es, sin ser conscientes de los grandes cambios que se han producido en las últimas décadas. Otros consideran que el positivismo jurídico metodológico (el de los normativistas o el de los realistas) sigue siendo una concepción adecuada, siempre que se introduzca en el mismo algunos cambios de relativa poca importancia. Otros, en fin, piensan que se necesita un nuevo tipo de positivismo (positivismo crítico, positivismo incluyente, etc.). Y finalmente, los autores a los que en sentido estricto cabría calificar de «constitucionalistas» o, quizás mejor, de «post-positivistas» (como Dworkin, Nino o Alexy) son aquellos que consideran que el positivismo jurídico no es ya una concepción adecuada del Derecho, sin caer por ello (aunque ésta sea una objeción usual que les dirigen sus críticos) en formas de iusnaturalismo.

En términos generales, cabría decir que esa nueva concepción del Derecho (a la que no sólo se adscriben ciertos teóricos del Derecho, sino también muchos juristas prácticos) supone, entre otras cosas, lo siguiente. El Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada). Atribuir una especial importancia a la interpretación, entendida como una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica. Y otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin desconocer por ello los valores del «legalismo»; el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo, o del jurista post-positivista, tendría que ser el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales.

Por lo demás, parece obvio que esa nueva concepción del Derecho (y el fenómeno del constitucionalismo en cuanto tal) supone una mayor demanda de justificación, de argumentación, en el Derecho: tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Y lleva también a que el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento «insular»: la argumentación jurídica tiene, necesariamente,

un componente moral y político, pero ello no implica desconocer sus peculiaridades: la unidad de la razón práctica no supone la confusión entre el Derecho, la moral y la política.

Aunque el uso del término «pragmatismo» puede llevar a confusión, el enfoque del Derecho como argumentación presupone un trasfondo pragmatista, entendiendo por tal no exactamente una teoría o una filosofía del Derecho, sino más bien una cierta actitud en relación a qué teoría del Derecho merece la pena elaborar. Y la respuesta es que sólo aquella que parte de la primacía de la práctica. Eso significa que, en la teoría del Derecho, carece de valor cualquier trabajo que no esté enfocado a mejorar el Derecho y el mundo social, aunque, naturalmente, el objetivo puede ser a muy largo plazo y contando con muchas mediaciones. Pero, además, el tipo de pragmatismo específico que se defiende en este libro presupone una idea fuerte de razón práctica, o sea, no implica circunscribir la racionalidad práctica a la adecuación entre medios y fines. Es, como se ve, una concepción que permitiría calificar de pragmatistas a filósofos como Kant o como Habermas, o a teóricos del Derecho como Dworkin (a pesar de que este último haya polemizado con cierto tipo de «pragmatismo jurídico» [*vid.* VII,3,A]).

5. LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El estudio (en principio, tanto descriptivo como prescriptivo y conceptual) de los razonamientos llevados a cabo por los juristas en las diversas instancias jurídicas ha tenido un gran auge en la segunda mitad del siglo XX. Suele hablarse (*vid.* Atienza 1991) de dos fases en el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica: la de los precursores y la de la elaboración de la teoría estándar.

Lo que caracterizó a los precursores, en los años cincuenta del siglo pasado, fue la tesis de que el razonamiento jurídico no podía verse como un tipo de razonamiento deductivo. Recaséns Siches (inspirándose en Ortega) defendió la idea de un *logos de lo razonable* (adecuado para campos como el Derecho) que contrapuso al *logos de lo racional*. Viehweg sostuvo que lo peculiar del razonamiento jurídico se encuentra en la noción tradicional de tópica; y la tópica no sería un *ars iudicandi*, una técnica referida al paso de las premisas a la conclusión, sino un *ars inveniendi*, volcado al descubrimiento de las premisas y centrado en la noción de problema (y no en la de sistema). Perelman, por su lado, contrapuso los argumentos lógico-deductivos o demostrativos a los de carácter retórico; estos últimos no tratarían de establecer verdades evidentes, pruebas demostrativas, sino de mostrar el carácter razonable, plausible, de una determinada decisión u opinión y tendrían como finalidad fundamental persuadir

a un auditorio. Y, en fin, Toulmin se opuso al estudio tradicional de los argumentos desde un punto de vista puramente formal y, en su lugar, propuso un enfoque procedimental, dialéctico; una *lógica operativa* construida a partir del modelo del Derecho: «la lógica —llegó a afirmar— es Jurisprudencia generalizada» (Toulmin 1958: 7).

Sin embargo, en los autores que integran la concepción estándar (elaborada a partir de finales de los setenta), el razonamiento jurídico no aparece ya como contrapuesto al deductivo, sino que lo que estos autores (Wróblewski, Peczenik, Aarnio, Alexy o MacCormick) destacan es que para comprender aquél en toda su complejidad se necesitan otros recursos, además del de la lógica en sentido estricto. Por ejemplo, en el caso de MacCormick, porque la lógica deductiva no permite una justificación de las decisiones judiciales en los casos difíciles. Y en el de Alexy, porque la argumentación jurídica debería verse como un caso especial del discurso práctico general, y éste se define a partir de una serie de reglas que no son, simplemente, lógico-formales. Algo característico de este enfoque es, por tanto, la distinción entre la llamada «justificación interna» y la «justificación externa» de las decisiones judiciales: la justificación interna es de carácter exclusivamente lógico-deductivo y se refiere al paso de las premisas a la conclusión; la justificación externa no excluye la lógica, pero requiere algo más y concierne al establecimiento de las premisas.

A la teoría de la argumentación jurídica, así conformada, se le han dirigido una serie de críticas (Atienza 1991). Así, se ha objetado que restringe excesivamente su campo de estudio, en cuanto se ha centrado básicamente en las argumentaciones llevadas a cabo por los tribunales superiores y, por tanto, en los problemas de interpretación; lo que quedaría fuera serían las argumentaciones en materia de hechos (aunque en los últimos tiempos se ha escrito bastante sobre esta cuestión), la argumentación legislativa, la argumentación en los procesos de negociación o de mediación, o la argumentación de la dogmática. Otra crítica frecuente deriva de haberse ocupado exclusivamente del discurso justificativo de los juristas, descuidando los elementos sociológicos, psicológicos, etc., de tipo explicativo. Y, en fin, algunos autores han subrayado también que esas teorías han adoptado una actitud excesivamente complaciente en relación con la práctica de la justificación de los Estados constitucionales contemporáneos.

MATERIALES

1,A) UNA CRÍTICA «REALISTA» A LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Subrayar la importancia del enfoque argumentativo del Derecho no supone, como se ha dicho, reducir el Derecho a argumentación; pero supone inevitablemente destacar ciertos aspectos del Derecho en detrimento de otros y adoptar un punto de vista, al menos, moderadamente interno: el punto de vista —podríamos decir— de un aceptante del sistema jurídico en su conjunto. El texto que sigue tiene como autor a Enrique P. Haba (2010) y forma parte de un artículo con el que se inicia una polémica en la que participaron también otros iusfilósofos del mundo latino: Manuel Atienza, Óscar Sarlo y Juan Antonio García Amado. Haba no se refiere a cualquier teoría de la argumentación jurídica, sino a la teoría dominante (la teoría estándar [*vid.* I,5]). La critica por considerar que ofrece una visión deformada, idealizada, de la realidad; en su lugar, propugna un enfoque «realista», cuyas pretensiones serían de carácter descriptivo-explicativo:

Es capital no perder de vista unas diferencias esenciales en cuanto al posible papel de los ideales en el pensamiento. Se trata de las diferencias, que son fundamentales, entre cuatro grandes modelos de aproximación a las cuestiones sociales, sean o no sean éstas de orden específicamente jurídico.

i) Modelo de *ideal valorativo*. Es un *proyecto*, un propósito cuya realización se juzga deseable, y también bastante viable, con vistas a corregir tales o cuales aspectos de la realidad actual.

ii) Modelo como «*tipo ideal*» (según la categoría de pensamiento denominada así por Max Weber). Se trata principalmente de un modelo heurístico para poner cierto orden, de acuerdo con criterios de selectividad determinados por tales o cuales intereses de conocimiento, en la captación *intelectual* de determinados aspectos —así escogidos— acerca de realidades que son mucho más complejas. Entonces no se desconoce que la práctica difiere del modelo trazado. Las diferencias entre éste y ella pueden hasta ser muy amplias, inclusive insalvables, mas hay un interés en compararla con aquél justamente, sobre todo para juzgarla (¡crítica!).

iii) Modelo de *tipo promedial*. Este punto de vista, a diferencia del anterior, pretende corresponder a comprobaciones sobre cómo pasan las cosas habitualmente en la *realidad* misma. Mediante él se trata de registrar cómo suelen proceder de hecho, en la generalidad (o por lo menos en la mayoría) de los casos, los protagonistas reales —¡no unos seres ideales!— de la actividad empírica de donde se considera inducido el modelo en cuestión.

iv) Modelo de *idealización*, que *disimula* («embellece») cómo son ciertas realidades sociales. Se presenta como si fuera ni más ni menos que la descripción de realidades efectivamente dadas, cuando lo cierto es que los discursos académicos concentrados en elucidar tales idealizaciones atienden poco o nada a cómo son los razonamientos utilizados *en la práctica*. Esas elucidaciones se ocupan de ciertos modelos (*i*), pero que en ellas no se perciben como tales, sino que ahí son tratados como si correspondieran a modelos (*iii*) [...]

En síntesis. La Teoría «estándar» de la Argumentación es esencialmente engañadora, pero no precisamente porque acaso ella proponga cierto ideal que sea presentado *como tal* e incluido en el seno de unos razonamientos jurídicos *como tal*, sino justamente por disimular que ante todo y sobre todo *es tal*. En efecto, dicha teoría se halla asentada sobre los siguientes vicios de enfoque básicos:

a) Ofrece una perspectiva que es principalmente *axiológica* (modelo [*i*]), pero de modo implícito desliza la presuposición de que eso es asimismo una descripción empírico-*promedial* (modelo [*iii*]), lo cual constituye una gruesa exageración.

b) Tampoco se trata de algo así como un «tipo ideal» en el sentido técnico de Max Weber (modelo [*ii*]). Si lo fuera, ahí éste sería sobre todo descriptivo-*crítico*, pues mediante él no habría más remedio que comprobar cuánto los razonamientos jurídicos reales se *apartan* habitualmente de tal racionalidad o razonabilidad típico-ideal. Por el contrario, los constructos argumentativistas sirven sobre todo para desviar la vista de esa distinción fundamental [...], que así queda disimulada por concentrarse la atención sobre unas «cirugías estéticas» (Courtis) al respecto.

c) En virtud de la confusión (*a*) y del encubrimiento (*b*), la idealización «argumentativista» sobre los razonamientos jurídicos constituye sobre todo una presentación escapista-*encubridora* —ideología gremial— frente a cómo funcionan esos razonamientos en la práctica de los tribunales y en los discursos «técnicos» (dogmática) de su doctrina profesional en general (Haba 2010: 352-354).

1) ¿Es acertada la crítica de Haba? ¿Qué propósitos debería perseguir una teoría de la argumentación jurídica: conceptuales, descriptivo-explicativos, normativos, etcétera?

2) ¿Qué habría que entender por «teoría estándar» de la argumentación jurídica? ¿En qué sentido debería ser «crítica» la teoría de la argumentación jurídica?

2,A) LÓGICA Y DERECHO

La argumentación jurídica no se identifica con la lógica jurídica, pero la lógica es una dimensión esencial de la argumentación. La anterior afirmación no pasa de ser una obviedad que, sin embargo, ha quedado en muchas ocasiones enturbiada como consecuencia del carácter equívoco de la expresión «lógica». El juez Oliver W. Holmes, probablemente, el jurista más influyente en toda la historia de los Estados Unidos, escribió al comienzo de uno de sus libros, *The common law* (Holmes 1963), que «la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia». Para entender lo que quería decir con ello, conviene ir a otro de sus textos, *La senda del Derecho* (*The path of the law*) (Holmes 1975), en el que esa idea aparece desarrollada. Holmes se plantea la cuestión de cuáles son las fuerzas que determinan el contenido y el crecimiento del Derecho, y en relación con ello se refiere a una falacia —la falacia de la lógica—, que es objeto de su crítica:

> La falacia a que me refiero consiste en la noción de que la única forma operante del desarrollo del Derecho es la Lógica. En el más alto de los sentidos, ciertamente, esa noción sería verdadera. El postulado en que basamos el pensamiento del universo es la existencia de una relación cuantitativa fija entre cada fenómeno y sus antecedentes y consecuentes. Un fenómeno sin tales relaciones, si lo

hubiere, sería un milagro; estaría más allá de la ley de la causalidad, y como tal trascendería la esfera de nuestro pensamiento, o, al menos, sería algo hacia o a partir de lo cual podríamos razonar. La condición de nuestro pensar el universo es que pueda ser pensado racionalmente, o, en otras palabras, que cada una de las partes sea efecto y causa en el mismo sentido en que lo son aquellas partes con que estamos más familiarizados. Por eso, en un sentido latísimo, es verdad que el Derecho, como todo otro objeto, está hecho a un desarrollo lógico. El peligro a que me estoy refiriendo no reside en la admisión de que los principios que regulan otros fenómenos regulan también el Derecho, sino en la noción de que un determinado sistema jurídico —el nuestro, por ejemplo— puede ser construido, como las matemáticas, a partir de ciertos axiomas generales de conducta. Éste es el error natural de las escuelas, pero no les es exclusivo. Yo recuerdo haber oído decir, en una oportunidad, a un juez eminentísimo, que él jamás dictaba una sentencia sin estar antes absolutamente seguro de haber dado con la solución exacta. Quienes así piensan muchas veces critican la práctica de la disidencia judicial en los tribunales colegiados, como si ella simplemente significara que la mayoría o la minoría se ha equivocado en la suma, y que, de haber hecho las cosas con más preocupación y detenimiento, la unanimidad habría sido inevitable.

Esta forma de pensar es completamente natural. La preparación de los juristas es preparación en Lógica. Los procesos de analogía, de establecimiento de distinciones y de deducción hacen al ambiente intelectual del jurista. El lenguaje de las sentencias judiciales es, sobre todo, el lenguaje de la Lógica. Y la forma y el método de la Lógica satisfacen esa ansia de certidumbre y de reposo que alberga toda mente humana. Pero, generalmente, la certidumbre no es más que ilusión, y el reposo no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica yace un juicio acerca del valor y la importancia que se atribuye a fundamentos legislativos contrapuestos, un juicio que permanece generalmente inarticulado e inconsciente, es verdad, pero que no por ello deja de ser raíz y nervio de todo proceso. Podéis dar forma lógica a cualquier conclusión. Podéis leer siempre una condición implícita en un contrato. Pero ¿por qué lo hacéis? Simplemente, por cierta creencia relativa a las prácticas de la comunidad o de una clase, o por efecto de cierta opinión referente a política jurídica, o, en resumen, por cierta actitud vuestra con relación a un determinado asunto, actitud que no admite una exacta medición cuantitativa, y que no puede, por consiguiente, fundamentar conclusiones lógicas exactas. Tales asuntos se constituyen en escenarios de una lid en que no existen medios aptos para realizar determinaciones con pretensión de validez universal, y donde la decisión no puede sino dar cuerpo a la preferencia de un organismo determinado, en un cierto tiempo y lugar. [...] ¿Por qué el juez indica al jurado que un empleador no debe pagar indemnización a su empleado por un accidente sufrido en el desempeño de su empleo a menos que aquél haya sido negligente, y por qué el jurado aprovecha la menor oportunidad para decidir en esos casos a favor del demandante? La respuesta consiste en que la orientación tradicional de nuestro derecho es circunscribir la responsabilidad en general a aquellos casos en los cuales un hombre prudente podría haber previsto el daño, mientras que una gran parte de la comunidad se inclina a hacer a ciertas clases de personas garantes de la seguridad de aquellos con quienes trabajan. Después de haber escrito las líneas precedentes he tenido ocasión de enterarme de que una de las más reputadas organizaciones sindicales ha incluido tal garantía como parte de su programa. Se agita aquí una batalla oculta y consciente sólo a medias, que emboza un problema de política legislativa; y si alguien pretende que tal problema pueda ser resuelto deductivamente, o de una vez y para siempre, sólo puedo contestarle que, en mi opinión, está teoréticamente en

un error, y que tengo la plena seguridad de que en la práctica su conclusión no ha de ser aceptada *Semper ubique et ab omnibus*. [...]

Me parece que los mismos jueces han omitido reconocer adecuadamente su deber de apreciar las consideraciones de ventaja social. Tal deber es inevitable, y el resultado de la aversión judicial, muchas veces proclamada, a tomar en cuenta dichas consideraciones, es simplemente el de dejar inarticulados y a menudo inconscientes, como ya he dicho, los propios fundamentos de sus sentencias. Cuando por primera vez comenzó a hablarse de socialismo, las clases más acomodadas de la comunidad fueron sensiblemente conmovidas. Tengo la sospecha de que su temor ha influido sobre la acción de los jueces, tanto en este país como en Inglaterra; empero, no cabe duda de que tal sentimiento no es un factor consciente de las sentencias a que me refiero. Creo que algo similar ha llevado a ciertos grupos, ya sin esperanzas de ser mayoría en las legislaturas, a considerar a los tribunales como los expositores de las respectivas Constituciones, y a algunos tribunales como descubridores de nuevos principios, ajenos al cuerpo de aquellos instrumentos, generalizables como aceptación de doctrinas económicas prevalecientes cincuenta años atrás, una como prohibición general de aquello que un tribunal de juristas no cree justo. Estoy convencido de que si la preparación de los juristas los acostumbrara a considerar en forma más definida y explícita las ventajas de orden social que deben fundar las reglas que formulan, vacilarían a veces donde hoy más seguros se sienten, y tendrían que reconocer que realmente estaban tomando partido en cuestiones debatibles y muy a menudo candentes (Holmes 1975: 28-33).

1) Para entender cuál es el uso de la lógica en el Derecho que Holmes rechaza, se necesita distinguir varios sentidos de «lógica» que quizás no estén claramente especificados en el texto. Pues una cosa es la lógica como sinónimo, aproximadamente, de «razón» (lo que Holmes entiende por lógica «en el más alto de los sentidos»); otra cosa es la lógica en el sentido de método para explicar, predecir o guiar el desarrollo del Derecho: las acciones de los jueces, de los abogados, etc.; y una tercera, la lógica entendida como las formas de los argumentos y el estudio de esas formas. ¿Podría entonces decirse que contra lo que Holmes está es contra el uso (de manera exclusiva) del método de la lógica en el Derecho, pero no contra el empleo de la lógica (en los otros dos sentidos de la expresión) en el Derecho? De ser así, ¿estaría empleando Holmes la noción de lógica en el sentido técnico en el que hoy se usa?

2,B) CÓMO FUNCIONA EL MÉTODO SOCRÁTICO

En algunas culturas jurídicas, la enseñanza del Derecho ha sido, cabría decir, esencialmente argumentativa. Es, singularmente, el caso de Estados Unidos, con la adopción, desde finales del XIX, en las escuelas de Derecho más reputadas, del famoso método socrático. He aquí cómo lo caracteriza un buen conocedor del mismo, Juan Antonio Pérez Lledó (1992):

Este enfoque «metodológico» e instrumental de la enseñanza del Derecho se pone de manifiesto sobre todo en las aulas, en la manera de conducir las clases a través del llamado «método socrático». En nuestras universidades solemos asumir con resig-

nación la idea de que no hay manera humanamente posible de llevar a la práctica el formato de las «clases dialogadas» si tenemos delante un grupo de más de treinta estudiantes: cuando el grupo es muy numeroso, la única opción que le queda al profesor, le guste o no, es la lección magistral; la docencia a través de discusiones mínimamente rigurosas debe confiarse al marco de seminarios reducidos de estudiantes voluntarios especialmente seleccionados o motivados. En Estados Unidos, los grupos de segundo y tercer año tienen esas características: los estudiantes han elegido voluntariamente todos sus cursos (no hay asignaturas obligatorias), e incluso el profesor puede establecer —con frecuencia lo hacen— un número máximo de estudiantes y determinados requisitos de admisión para su curso (por ejemplo, haber cursado previamente cierta asignatura, o una determinada orientación de su currículum durante el *College*, o conocer algún idioma extranjero...). Sin embargo, el método socrático también se utiliza, y de manera especialmente «ortodoxa», en los cursos del primer año, donde todas las asignaturas son obligatorias y los grupos son de 100 o 150 alumnos. Sorprendentemente, el sistema funciona con relativa soltura. Esto en parte se explica porque, como ya he dicho, se trata de un colectivo de estudiantes intelectualmente más maduros, con una sólida formación durante el *College*, dotados de espíritu crítico y participativo, acostumbrados a expresar sus conocimientos y opiniones de manera articulada, y que han superado un proceso de selección (especialmente el LSAT) precisamente dirigido a primar las cualidades más idóneas para este tipo de docencia; por su parte, los profesores generalmente dominan el difícil arte de la clase dialogada, que es el estilo de enseñanza que ellos mismos recibieron cuando eran estudiantes y en el que están bien entrenados porque es el que han ejercido durante toda su carrera docente. Pero hay también otras razones «menos nobles» que explican el funcionamiento del método socrático. La participación del estudiante, y el buen nivel que se exige a sus intervenciones, se estimula de modo artificial porque el alumno sabe que de la frecuencia y calidad de sus actuaciones en clase depende en buena medida su nota final en esa asignatura, y porque muchas de las preguntas del examen tendrán que ver directamente con lo que ha ocurrido durante la discusión en el aula. La asistencia a clase es estrictamente obligatoria, y la participación, de hecho, casi también. Muchas veces, los estudiantes tienen asignado un asiento fijo y numerado en cada curso y, durante la clase, los profesores tienen delante un diagrama del aula con los nombres de los estudiantes que ocupan cada asiento (a veces incluso con su fotografía), de manera que toman buena nota de cuánto y cómo interviene cada estudiante, e incluso pueden seleccionar a quién dirigir sus preguntas sin esperar a que aparezcan voluntarios. Por eso se ha criticado a veces el ambiente represivo y «de colegio» que el método socrático puede llegar a crear en las aulas.

Una clase de este tipo se desarrollaría más o menos así: el profesor comienza su clase seleccionando sin previo aviso a uno de sus alumnos, a quien pide que «plantee el caso», es decir, que exponga durante unos minutos la información básica acerca de los hechos, las cuestiones jurídicas que se suscitan, la argumentación utilizada y la decisión final del juez, en relación con el caso previamente asignado para ese día. A continuación, ese mismo estudiante es sometido a un duro interrogatorio sobre lo que acaba de decir, durante el cual el profesor le va presionando para que clarifique sus respuestas, estrechándose el cerco en torno a las cuestiones más relevantes. Tarde o temprano el alumno ha quedado contra las cuerdas y se ve incapaz de responder satisfactoriamente a una pregunta, y entonces se levantan varias manos de otros compañeros dispuestos a responderla. El profesor llama a uno de ellos y continúa con él la discusión, aunque a veces ésta se limita a aclarar el punto problemático y se reanuda el interrogatorio del primer estudiante, que puede prolongarse durante la mayor parte de la hora y media que generalmente dura una clase. Pero lo normal es que intervengan al menos una docena de protagonistas principales, y un número mucho mayor de participantes esporádicos.

Con frecuencia el profesor interrumpe el debate para introducir una breve disertación sobre algún punto y continuar después la discusión. Al final, el profesor suele recopilar las conclusiones principales que «entre todos» han alcanzado, aunque hay profesores que se limitan a hacer preguntas y plantear problemas durante toda la clase, obligando a que cada estudiante extraiga por sí mismo sus propias conclusiones.

El ambiente entre los estudiantes en este tipo de clases casi siempre es muy competitivo, aunque esa competitividad se oculte muy a menudo bajo un frágil disfraz de cortesía y de falso compañerismo. La competitividad entre los estudiantes es uno de los rasgos más llamativos de toda la enseñanza universitaria americana, pero en la Facultad de Derecho está especialmente acentuada. El propio sistema educativo la fomenta de manera más o menos abierta. Sin ir más lejos, en el complejo mecanismo de calificación de exámenes, muchas veces la nota de cada estudiante se hace depender en parte de los resultados medios obtenidos por el grupo. Otro ejemplo es la organización de las «moot court competitions», en las que todos los estudiantes de primer curso están obligados a participar. Se trata de juicios simulados ante tribunales compuestos por profesores, estudiantes veteranos, abogados y jueces locales; se forman parejas de estudiantes que se enfrentan como defensores de cada una de las partes del hipotético pleito, y hay todo un sistema de eliminatorias que culmina en una «gran final» y una pareja campeona (en las «upper-round competitions», entre estudiantes de los cursos superiores, hay incluso premios en metálico). Pero quizá la competencia más dura sea aquella que enfrenta a los mejores por el puesto más codiciado: pertenecer al consejo de redacción de la revista de la facultad, lo cual viene a ser algo parecido —salvando las distancias— a estar inscrito en aquellos «cuadros de honor» con que se premiaba a los alumnos más destacados en nuestras escuelas. [...]

Pero volvamos al método socrático en las aulas. Esta atmósfera general tan competitiva explica que a veces los estudiantes levanten la mano en clase no ya con la intención de participar en una sana confrontación intelectual, sino con el deseo mal disimulado de «derrotar» y, si es posible, ridiculizar ante el profesor y ante los demás compañeros a aquel que acaba de tener una intervención desafortunada o no supo contestar a la pregunta del profesor, sobre todo si este «compañero» es uno de sus más directos rivales en el *ranking* de su promoción: también en las intervenciones en clase, el éxito depende en parte de que se haga no ya un buen papel, sino un papel mejor que el de los demás.

Así pues, el método socrático es un arma de doble filo. Por un lado, estimula sin duda la participación activa del estudiante y le acostumbra a discutir y argumentar, manejar en público ese estilo inquisitivo de análisis característico del abogado, cosa que difícilmente puede conseguir la lección magistral. Pero, por otro lado, puede crear en algunos estudiantes (o en muchos) un sentimiento agobiante de temor ante la posibilidad de «ser llamado» por el profesor y verse expuesto así al fracaso en público, a una cierta humillación ante el profesor y ante sus propios compañeros; la asistencia a clase puede convertirse para ellos en una experiencia diaria de tensión y angustia, que explica la aparición de prácticas como el llamado «back benching» o el «no-hassle pass».

Una ambivalencia parecida puede detectarse en uno de los rasgos más elogiados del método socrático: el espíritu crítico que inculca a los alumnos. Efectivamente, el método socrático no sólo enseña a reconstruir paso a paso el razonamiento de los tribunales, sino también a criticarlo. Los estudiantes deben estar preparados para emitir una opinión sobre si la decisión es correcta, y ofrecer razones para defender su postura; durante la discusión el profesor y los demás compañeros desafían al estudiante, presentándole contraargumentos que éste debe sopesar y criticar para seguir defendiendo su postura o para cambiarla. In-

cluso a veces el profesor plantea inicialmente el estudio de los casos adoptando el punto de vista de un juez que debe tomar una decisión para la que carece de reglas o de precedentes judiciales aplicables a ese caso. Es verdad que el método socrático parece correr más el peligro de caer en la crítica gratuita y en la discusión chapucera de barra de bar que en el extremo opuesto del dogmatismo propio de la lección magistral. Pero también hay que advertir que el método socrático es susceptible de un uso mucho más autoritario bajo la apariencia abierta y flexible de la discusión de los estudiantes. De hecho, este tipo de debate ha sido criticado a veces como un juego amañado en el que, de antemano, la posibilidad real de ganar es de un solo jugador: el profesor. Éste somete a los estudiantes a un interrogatorio con el que poco a poco va conduciendo al rebaño hasta su redil. El profesor está en posesión de la verdad, conoce la única respuesta correcta, y todo es cuestión de que los estudiantes lleguen «por sí mismos» (?) a esa misma conclusión, en lugar de imponérsela de manera autoritaria desde un principio. El autoritarismo intelectual queda así demagógicamente disfrazado. Al final, si alguien no entra en el redil, es porque no ha sido capaz de seguir correctamente todos los pasos dados en clase, y permanecerá, por tanto, en el error (Pérez Lledó 1992: 84-90).

1) ¿Qué aspectos del método socrático están conectados con el enfoque argumentativo del Derecho? ¿Cómo podría mejorarse ese método? ¿Serían los jueces (y los juristas en general) de los países latinos distintos a como son si se hubiesen formado en ese método?

2) El carácter «práctico» de ese método de enseñanza no parece asegurar, sin embargo, que de las facultades de Derecho de mayor prestigio (por ejemplo, de Harvard) el estudiante salga bien entrenado para ejercer la abogacía. He aquí la opinión al respecto de un famoso abogado estadounidense y profesor en esa universidad, Alan Dershowitz: «Lo que las escuelas de Derecho estadounidenses frecuentemente no enseñan —al menos no lo enseñan suficientemente bien— son las habilidades básicas de la abogacía: cómo preparar un caso, cómo examinar a un testigo, cómo escribir un documento y cómo argumentar ante los jueces de apelación. Una de las comprensibles razones por la que los profesores de Derecho no ponen el énfasis en esas habilidades es que muchos de ellos simplemente no tienen experiencia ni son expertos en ellas» (Dershowitz 2005: 106).

¿Le parece que es un error en la concepción de la enseñanza del Derecho o está justificado que no se atienda a esas cuestiones «prácticas»? ¿En qué sentido debe ser «práctica» la enseñanza del Derecho?

2,C) RAZÓN PÚBLICA Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA

El siguiente texto forma parte de la obra de John Rawls *El Derecho de gentes y «Una revisión de la idea de razón pública»* (Rawls 2001). Rawls introduce aquí la noción de «democracia deliberativa» en el contexto de su tratamiento de la idea de razón pública. Esa idea de razón pública formaría parte de una democracia constitucional bien ordenada.

En el seno de las sociedades democráticas se dan, en su opinión, una serie de doctrinas generales (filosóficas, religiosas, etc.) sobre la jus-

ticia, varias de las cuales pueden ser razonables, pero, sin embargo, resultar irreconciliables entre sí. Eso quiere decir que para lograr el entendimiento mutuo, los ciudadanos deben esgrimir no cualquier tipo de razones (o sea, no podrían usar sin más las razones provenientes de la doctrina general a la que se adhieren), sino aquellas que los ciudadanos razonables puedan aceptar. Según Rawls, la exigencia básica para que una doctrina sea razonable es que «acepte la democracia constitucional y su complemento, el derecho legítimo» (p. 156). Y los ciudadanos son razonables «cuando, al verse como libres e iguales en un sistema intergeneracional de cooperación social, están [dispuestos a] ofrecerse justos términos de cooperación según la que consideren como la más razonable concepción política de la justicia; y cuando coinciden en actuar en esos términos, incluso a costa de sus propios intereses en casos concretos, siempre que los demás ciudadanos también acepten dichos términos» (p. 161). Aclara también que la idea de razón pública no se aplica a todos los debates políticos sobre cuestiones fundamentales (no se aplica, por ejemplo, a los debates en las universidades o en las sociedades científicas), sino sólo a las cuestiones que caen bajo lo que llama «el foro político público». Ese foro se divide en tres partes: «el discurso de los jueces en sus decisiones y en especial el de los magistrados del Tribunal Supremo; el discurso de los funcionarios públicos y en especial el de los altos funcionarios del ejecutivo y del legislativo; y, finalmente, el discurso de los candidatos a los cargos públicos y los jefes de sus campañas, especialmente en sus peroratas, plataformas y declaraciones políticas» (p. 158). Naturalmente, no quiere decir que los simples ciudadanos queden fuera de la razón pública, sino que deben argumentar de esa manera cuando participan en los procesos dirigidos a adoptar decisiones públicas y a propósito de cuestiones políticas fundamentales, en las que están en juego ingredientes esenciales de la constitución o asuntos de justicia básica (*vid.* VII,4.5,A); ejemplos típicos de ello pueden ser las discusiones acerca de cómo regular jurídicamente el aborto, los matrimonios entre personas del mismo sexo o las prestaciones de la seguridad social.

La democracia tiene una larga historia, desde sus comienzos en la Grecia clásica hasta hoy, y existen muchas ideas diferentes sobre ella. Aquí sólo me preocupa la democracia constitucional bien ordenada, como la vengo llamando, entendida también como democracia deliberativa. La clave de esta concepción es la idea misma de deliberación. Cuando los ciudadanos deliberan, intercambian puntos de vista y exponen sus razones para sustentar las cuestiones políticas públicas. Todos suponen que sus opiniones políticas se pueden revisar a la luz del debate con otros ciudadanos; y, en consecuencia, tales opiniones no son simplemente un producto de sus intereses creados. En este punto, la razón pública resulta crucial, puesto que imprime carácter a los argumentos ciudadanos en materia constitucional y de justicia básica. Si bien no puedo exponer ampliamente la naturaleza de la democracia deliberativa, me permito indicar la ubicación y la función de la razón pública.

Los elementos esenciales de la democracia deliberativa son tres. El primero es una idea de razón pública[2], pues no todas las ideas de razón pública son iguales. El segundo es un marco de instituciones constitucionales democráticas que establezca el escenario para cuerpos legislativos deliberantes. El tercero es el conocimiento y el deseo de los ciudadanos de seguir la razón pública y realizar su ideal en su comportamiento político. Las implicaciones inmediatas de estos tres elementos incluyen la financiación pública de las elecciones y la celebración de reuniones públicas para debatir de manera seria y ordenada las cuestiones fundamentales de política pública. La deliberación pública se hace posible cuando se reconoce como una característica fundamental de la democracia y cuando se libra de la maldición del capital. De lo contrario, la política cae bajo la dominación de las grandes empresas y otros intereses creados, que a través de sus cuantiosas contribuciones distorsionan e impiden el debate y la deliberación públicas.

La democracia deliberativa reconoce también que sin una amplia educación de todos los ciudadanos en los aspectos básicos del constitucionalismo democrático, y sin un público informado sobre los problemas prioritarios, no se pueden tomar las decisiones políticas y sociales cruciales. Incluso los dirigentes [con una visión más amplia][3], que desean hacer reformas razonables, no pueden convencer a un público desinformado y cínico (Rawls 2001: 162-164).

1) Rawls entiende que la idea de razón pública se aplica de manera más estricta a los jueces que, por ejemplo, a los miembros del ejecutivo y del legislativo, aunque las exigencias de justificación pública de esa razón son siempre las mismas. ¿Cree que es así? ¿Por qué? ¿Supone ello que hay una mayor racionalidad en el ejercicio del poder judicial que en el de los otros poderes públicos?

2) ¿Es realizable el ideal de la democracia deliberativa en nuestras sociedades? ¿Cuáles son sus principales obstáculos (hay algún otro, aparte de los señalados por Rawls en el texto)? Suele decirse que para la toma de decisiones colectivas hay tres procedimientos: la deliberación, el voto y la negociación. ¿En qué sentido son distintos? ¿Cuáles son las ventajas y los inconvenientes de cada uno de los tres? ¿Son necesariamente contrapuestos o existe alguna forma razonable de articularlos?

2,D) LA REPÚBLICA DELIBERATIVA

José Luis Martí sintetiza en ocho puntos las ideas principales de su libro *La república deliberativa. Una teoría de la democracia* (Martí 2006):

(1) *La democracia deliberativa es un ideal normativo, defendido por un modelo teórico de la democracia, que propone la adopción de un procedimiento colectivo de toma de decisiones políticas, con participación directa o indirecta de todos*

2. Aquí Rawls introduce una nota (suprimo otras notas del texto) que empieza así: «La democracia deliberativa limita las razones que los ciudadanos pueden alegar para sustentar su opiniones políticas a aquellas razones coherentes con el tratamiento de los demás ciudadanos como si fueran iguales».

3. La traducción española dice «más visionarios».

los potencialmente afectados por tales decisiones, y basado en el principio de la argumentación, en lugar del voto o la negociación.

La democracia deliberativa es fundamentalmente eso, un procedimiento de toma de decisiones democráticas. Muchos son los deliberativistas que han procurado distinguirlo de los procesos basados en la negociación o simplemente en la agregación de preferencias, si bien el autor que mejor ha desarrollado esta oposición es Jon Elster [...] La argumentación, a diferencia de los mecanismos basados en el voto, presupone la reflexión dialógica entre los decisores, esto es, el acto de comunicación consistente en un intercambio de razones y argumentos a favor de una determinada alternativa de decisión con la pretensión de convencer racionalmente a los demás y que se dirige a producir, en consecuencia, una transformación de las preferencias. [...]

Por otra parte, el hecho de que la democracia deliberativa sea un ideal regulativo nos permite comprender mejor algunos de sus rasgos centrales, como, por ejemplo, que esté orientado a alcanzar el consenso total entre todos sus participantes, o que éstos deban asumir determinados compromisos con el bien común. La democracia deliberativa es una teoría, que defiende la adopción de un ideal, que denominamos igual, y que en su versión republicana se plasma en el sistema de la *república deliberativa*. En tanto que ideal, la democracia deliberativa se limita a establecer las condiciones que definen un estado de cosas perfecto hacia el que debemos tender en la medida de lo posible, y que nos sirve tanto para clasificar las situaciones reales (según la mayor o menor proximidad con el ideal), así como para plantear el diseño institucional de los procesos democráticos deliberativos reales.

(2) *La democracia deliberativa como modelo normativo democrático se opone a otros modelos democráticos como la democracia como mercado, la democracia pluralista y la democracia agonista*[4]. [...]

(3) *La democracia deliberativa debe basarse en la idea de interés de los ciudadanos. Así, la noción de bien común o interés general con la que los participantes en una deliberación deben comprometerse es el resultado de agregar lo que he denominado intereses intersubjetivos de todos los ciudadanos. Los intereses intersubjetivos permiten eludir el compromiso con una ontología de valores en*

4. En el capítulo II de su libro, Martí señala que tanto la democracia en tanto mercado como la democracia pluralista comparten «el presupuesto de que los individuos 'entran al proceso político con intereses preseleccionados que tratan de promover a través del conflicto político y el compromiso'», y también «el escepticismo hacia cualquier noción de bien común, que les lleva a adoptar una noción subjetiva de interés (sea como intereses dependientes de las preferencias o como intereses posicionales)» (p. 68). Pero se diferenciarían en cuanto a los principios de toma de decisiones que priorizan: la democracia como mercado prioriza el voto, y el modelo pluralista pone el acento en la negociación y el compromiso.

En cuanto a la democracia agonista o radical, se trata de una noción procedente del pensamiento postmoderno que subraya como dato evidente e ineludible «el pluralismo cultural inconmensurable en permanente conflicto y la preeminencia de las relaciones de poder como dato explicativo de cualquier sistema de organización o relación social» (p. 72). El proyecto de la democracia agonística consistiría en tomar de punto de partida un «relativismo cultural fuerte», según el cual no existe una posibilidad de consenso real entre los diversos grupos, y en ver el concepto de ciudadanía (Martí cita aquí a Chantal Mouffe) «como una forma colectiva de identificación entre las exigencias democráticas que se encuentra en una variedad de movimientos: de mujeres, de trabajadores, de negros, de gais, de ecologistas, así como en otros 'nuevos movimientos sociales'» (p. 72).

sentido fuerte, partiendo de las preferencias individuales, pero trascendiendo a las mismas a través de la idea de imparcialidad. [...]

(4) *El modelo de la democracia deliberativa está caracterizado por ocho principios estructurales, que son constitutivos del proceso democrático deliberativo: el principio de argumentación*[5], el de procedimiento colectivo, el de inclusión, el de publicidad, el de procedimiento abierto, el de procedimiento continuo y los de libertad e igualdad de los participantes. Las precondiciones del modelo, por su parte, son condiciones necesarias de dichos principios estructurales. [...]

(5) *La deliberación democrática es considerada como la fuente de legitimidad de las decisiones políticas. No obstante, si examinamos detalladamente la cuestión de la legitimidad, podemos identificar la existencia de otra paradoja compleja e insoluble: no podemos renunciar ni a los valores procedimentales ni a los sustantivos, porque se presuponen mutuamente, pero, en cambio, tampoco podemos conciliarlos de forma armónica, ya que se producen conflictos entre ambos para los cuales no es posible encontrar soluciones generales y definitivas.* [...]

(6) *La democracia deliberativa está justificada por su valor epistémico, esto es, porque garantiza una mayor corrección de las decisiones políticas que cualquier otro procedimiento alternativo, así como por ser respetuosa de ciertos valores sustantivos, como la dignidad, la autonomía y la igualdad política básica.* [...]

(7) *El ideal de la democracia deliberativa es compatible con dos interpretaciones distintas, presentes ambas en la literatura actual, que derivan, a su vez, de dos teorías distintas de la representación política: la concepción elitista y la concepción republicana.*

[...] Podemos identificar una concepción de la democracia deliberativa que defiende la aplicación del procedimiento deliberativo, principalmente, a los ór-

5. Anteriormente, en el capítulo III, Martí precisa lo que debe entenderse por principio de argumentación: «La democracia deliberativa propone instaurar, como algunos han dicho, un 'gobierno por discusión', esto es, un modelo de gobierno en el que las decisiones políticas son deliberadas previamente a través de un procedimiento argumentativo, de intercambio de argumentos y razones a favor de una u otra propuesta. [...]

»[E]l principio de argumentación presupone comunicación y posibilidad de (formar y) *transformar las preferencias de los participantes*. Cuando un participante en el procedimiento deliberativo formula un argumento en defensa de una determinada propuesta, quiere convencer a los demás de la corrección de dicha propuesta a la luz de la *fuerza de los mejores argumentos*. En esto consiste precisamente la idea de 'filtración' o depuración racional de las preferencias que subyace a la propia noción de reflexión dialógica. Y en relación con ello, el objetivo último implícito en la idea de intentar transformar las preferencias de los demás es el de alcanzar, al menos idealmente, un consenso razonado de todos los participantes, sin perjuicio de que los procesos deliberativos reales terminen con una votación, dada la imposibilidad de alcanzar un consenso razonado sobre la mayoría de los temas de controversia política.

»Por último, el principio de argumentación, y en especial el requisito de estar dispuesto a modificar las propias preferencias a la luz de los mejores argumentos, requiere entonces *motivaciones imparciales* (no egoístas) por parte de los participantes. En otras palabras, se requiere algún tipo de compromiso con la noción de *bien común* o *interés público* [...] todos los deliberativistas están de acuerdo en que, para poder argumentar de manera sincera, los participantes en una deliberación deben creer que existe al menos un criterio de corrección de las decisiones políticas intersubjetivamente válido. La mayoría de ellos [...] vinculan dicho criterio a la idea de imparcialidad. Y, finalmente, algunos autores han enfatizado también como motivación el principio de reciprocidad que debe jugar en el procedimiento deliberativo entendido como empresa cooperativa» (pp. 90-92).

ganos representativos de toma de decisiones existentes y la independencia de los representantes a la hora de deliberar, ambas cosas derivadas de su desconfianza hacia las capacidades de los ciudadanos. Es la concepción elitista de la democracia deliberativa. Pero también podemos identificar otra concepción que confía en las capacidades de los ciudadanos, que propugna el fortalecimiento del vínculo entre representantes y representados y la apertura de canales de participación directa o semidirecta en los ámbitos de toma de decisiones políticas, y que reclama el fortalecimiento de la esfera pública para potenciar la deliberación pública informal y no institucional que tiene lugar en ella. Y ésta es la concepción republicana de la democracia deliberativa. [...]

(8) *La mejor versión de la democracia deliberativa es la republicana por dos razones. Primero, porque la concepción elitista se encuentra ante un dilema, ya que es altamente inestable y o bien abandona sus presupuestos elitistas para abrazar los republicanos, o bien renuncia a su carácter democrático para convertirse en una posición elitista anti-democrática. Y, en segundo lugar, la concepción republicana es más respetuosa de los propios valores sustantivos que justifican el modelo general, la dignidad de todos los seres humanos, la autonomía plena (tanto pública como privada) y la igualdad política básica. Por todo ello, el mejor sistema político de gobierno es el de la república deliberativa* (Martí 2006: 314-318).

1) El «principio de argumentación» al que se refiere Martí parece coincidir con la argumentación que tiene lugar en un tipo específico de diálogo, el diálogo racional en sentido habermasiano. ¿Pero no sería más realista y adecuado vincular la democracia deliberativa con un tipo menos «idealizado» de argumentación, por ejemplo, con el de las *controversias* (*vid.* V,3,E)?

2) La defensa de la concepción republicana de la democracia deliberativa y, por consiguiente, la confianza en la capacidad argumentativa de los ciudadanos, ¿no debería llevar a defender también una democracia en la que las decisiones —al menos, las más importantes— se tomasen «asamblearíamente» vía internet? ¿Es eso deseable?

3) ¿Existe ese tipo de proceder puramente deliberativo en la toma de decisiones de los órganos judiciales (*vid.* VIII,5,A)?

3,A) EL DERECHO Y EL REVÉS

En 1998, Alejandro Nieto y Tomás-Ramón Fernández publicaron un delicioso libro titulado *El Derecho y el revés* (Nieto y Fernández 1998) que contenía un intercambio epistolar entre ambos a propósito de sus concepciones del Derecho y de sus largas y fructíferas experiencias como juristas: ambos son reputados maestros del Derecho administrativo. Lo que dio origen a ese diálogo fue una lección magistral pronunciada por Nieto, en la que presentaba un relato de su autobiografía intelectual que, en sus propias palabras, «vale por una reflexión de Teoría del Derecho». Como se verá, Nieto distingue seis estadios de su itinerario personal (su comienzo se señala con un número entre corchetes), cada uno de los cuales vendría a corresponderse con una cierta concepción o idea del Derecho:

[1] La primera jornada de mi aventura personal se desarrolló en las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. Allí me enseñaron que el Derecho es un montón de conocimientos revueltos, científicamente sospechosos y literariamente raquíticos, pero cuya memorización, sin necesidad de comprensión ni de raciocinio propio, habilita para obtener un título académico y luego para ganarse la vida. En definitiva, *Derecho es lo que sirve para aprobar asignaturas y oposiciones y, en su caso, para resolver expedientes administrativos o para ganar pleitos.* ¿Una tesis disparatada, una broma irrespetuosa? De ninguna manera, porque (no nos engañemos) tal es el concepto que corre entre nosotros con unanimidad casi absoluta, puesto que es el que tienen del Derecho el 97 por ciento de los estudiantes, el 98 por ciento de los funcionarios y el 99 por ciento de los abogados: quienes deben de estar, por cierto, muy seguros de él, dado que jamás lo han puesto en duda, y sonríen con indiferencia y desdeño cuando oyen plantearse otra cosa.

[2] Por lo que a mí se refiere, sucedió, no obstante, que asegurada ya mi situación económica, volví a la universidad y en el silencio de las bibliotecas, los libros de mis maestros me convencieron de la zafiedad de lo que me habían contado antes en las aulas, abrieron mis ojos, oxigenaron mi espíritu y, lo que es más importante, me devolvieron la ilusión de pensar. En aquellos libros tuve, en efecto, mi primer contacto, ya que no con el Derecho, al menos con una sombra de él: unos conceptos exquisitos elaborados por sabios profesores extranjeros, que formaban sistemas deslumbrantes y con los que se construían edificios armoniosos en cuyas estancias se recreaba la razón. De esta manera me convertí en un devoto de la jurisprudencia de conceptos y tomé conciencia de la superioridad intelectual que me proporcionaba el descubrimiento de saber que *Derecho es un sistema intelectual rigurosamente racional y lógico que permite entender las relaciones sociales y resolver los conflictos que en su seno pueden producirse.*

[3] No hay orgullo tan legítimo como el que se basa en el dominio de una dogmática ni nadie vive más feliz ni más cómodo que aquel que cree en lo que dicen los libros. Libre ya del pelo de la dehesa propio de las aulas universitarias y de las academias de preparación de opositores, me acerqué orgulloso y confiado al Foro, donde me esperaba una sorpresa dolorosísima. Porque en los Tribunales descubrí asombrado que a los jueces no les importaban las admirables opiniones de Hauriou o Zanobini sino la austera prosa de la ley positiva y, en consecuencia, tuve que aceptar que *Derecho es lo que dice la norma jurídica positiva* y que los libros son adornos para gente ociosa o ambiciosa. Así fue como, olvidando de nuevo lo aprendido, entré en la orden venerable del positivismo legalista, donde tuve el honor de coincidir con la mayor parte de quienes se dedican a la docencia.

Con este paso llegué, al fin, al suelo firme, a esa seguridad jurídica que es la corona más preciosa del Derecho y la que caracteriza a sus servidores. El *Boletín Oficial* no podía engañarme y algunas colecciones legislativas particulares me proporcionaban, además, una fuente nutricia literalmente inextinguible con la que podía montar argumentos solidísimos propios o desmontar los contrarios sin otro trabajo que el de buscar por orden alfabético lo que me conviniere. Porque cuando una tesis o un cliente se defienden con los bloques graníticos de la ley, son inexpugnables, ya que *el Derecho es el texto como el texto es Derecho.*

[4] O al menos esto es lo que yo creía entonces a pies juntillas hasta que los propios jueces —los mismos que me habían obligado antes a abandonar las teorías para atenerme a las leyes— se encargaron de desengañarme de nuevo y me forzaron a volver a empezar y ahora por cuarta vez. El caso es que con el curso de la experiencia terminé dándome cuenta de que los pretendidos siervos de la ley eran, en realidad, sus señores, y señores despóticos e incontrolados que

obligaban a decir a los textos lo que jamás se hubiera pensado. Además, unos jueces aplicaban una leyes y otros, otras distintas. Y hasta un mismo tribunal juzgando casos idénticos cambiaba con soltura de opinión dos o tres veces al año. De esta manera conocí el derecho judicial del que me convertí en paladín entusiasta, aunque un tanto a la fuerza, dado que pretender imponer otra cosa en los Tribunales es darse golpes en la cabeza contra una pared de quien responde y decide. En sustancia, pues, *Derecho no es lo que dicen las leyes sino lo que dicen los jueces, que es, en último extremo, lo que cuenta y vale.* ¿De qué sirven, en efecto, las leyes que los jueces no aplican? ¿Y cuál puede ser el contenido de las leyes sino el que quieran darle los jueces?

[5] A la vista de tantas experiencias es inevitable deducir que la imagen de las fuentes del Derecho ha dejado de ser acertada. Ya no se trata de corrientes vivas que clarifican sino de escombros que ocultan. Hoy sería más propio hablar de «los montones del Derecho» donde se acumulan sin orden ni concierto las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas, Reales Decretos, Decretos, Órdenes ministeriales y de consejerías, Resoluciones, Pactos y Acuerdos sindicales con valor normativo [...]. Todo ello acompañado por más de veinte mil sentencias anuales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Europeo de Derechos Humanos, del Constitucional, del Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, sin contar, claro es, con las Audiencias y Juzgados inferiores. ¿Cómo encontrar aquí el Derecho? El buscador está obligado a excavar larguísimos túneles y galerías si quiere encontrar alguna pepita de valor. Y al parecer, de eso se trata ahora: de unos granos de oro —los principios generales del Derecho— que introducen orden en el caos y dan sentido a cada uno de los elementos del Ordenamiento jurídico. *El Derecho se encuentra en los principios generales del Derecho, que son su Verbo.*

Si echamos ahora la vista atrás, vemos que, en cualquier caso, el positivismo se ha hundido por la incontinencia del legislador que lo ha abrumado con el peso de sus normas excesivas. Con la consecuencia de que el juez, para poder caminar, tiene que reducir su equipaje y seleccionar del Ordenamiento, no ya lo que podría estar formalmente vigente, sino lo que a él le parece útil aplicar. Decisión muy cuerda —y quizás necesaria—, pero que tiene el inconveniente de la arbitrariedad e inseguridad jurídica, y en términos más generales, las de la impredictibilidad, la contradicción habitual y, en definitiva, el caos o, dicho de forma más elegante, la jurisprudencia tópica.

Mi generación ha visto, en resumen, una evolución circular que ahora se está cerrando: desde la confianza absoluta en el texto hasta la entrega sin condiciones en manos del cadí, quien, por encima de los textos, decide con la arrogancia y la impunidad propias de un poder constitucional.

[6] Al llegar a estas alturas forzoso es reconocer que nos encontramos perdidos en el laberinto. Mis experiencias personales han coincidido punto por punto con las teorías de las escuelas que aparecen en los libros; pero si todas son plausibles y si todas cuentan con adeptos entusiastas, peor que peor. Y en tal confusión he estado viviendo hasta que me di cuenta de que la abundancia de teorías se debe a un mal planteamiento, empezando por el hecho de que no se trata de amontonar teorías brillantes o de escoger una de ellas. La verdadera cuestión no es el concepto del Derecho ni la determinación de sus fuentes ni su interpretación. Todo esto no son más que epifenómenos de lo esencial. *Lo esencial es la actitud personal que adopta el jurista ante el Derecho. No se trata, por tanto, de una actitud intelectual sino vital.* No es una teoría sino una praxis; una convicción, no una razón.

Creemos estar en un laberinto y lo que sucede es que andamos con los ojos cerrados o, peor aún, con ellos tapados por erudición estéril. Encontrar la salida

es, en consecuencia, muy fácil. Basta dejar de guiarnos por otros ciegos y abrir los ojos. Porque la realidad es clarísima, como vamos a comprobar inmediatamente, aunque no nos guste. De tal manera que lo único que hace falta es valor y sinceridad para confesar lo que estamos viendo. [...]

[E]l jurista de hoy ya ha dejado de creer que la ley es una norma sagrada e intocable y —tan descreído como irrespetuoso— se atreve a enjuiciar su contenido y hasta poner sus manos en ella. Lejos ya del pasado formalismo entra en el contenido material de las normas y obra luego en consecuencia, de tal forma que, dejando a un lado la autoridad, valora con sus propios criterios y, a sus resultas, aplica o no aplica, o aplica previa adaptación, las normas.

Pues si esto es así, hora es ya de dejarnos de hipocresías e importa llamar las cosas por su nombre. [...] [N]o se trata de ignorancia o de mala fe sino de algo más grave, a saber, que 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 sólo muy parcialmente van a aplicarlas y que lo decisivo será siempre no la voluntad del legislador sino el criterio personal del operador.

Pero ¿cuáles serán esos criterios que impulsan al jurista a aceptar la ley sólo cuando y en la medida en que el contenido de ésta concuerde con su juicio? Por lo pronto, es seguro que se trata de criterios personales: lo cual explica la diferencia de decisiones. Y, en segundo lugar, es un criterio ajeno o trascendente a la norma. Dicho sea muy claramente: cada operador jurídico tiene un fin personal en cada caso concreto; llegado el momento contrasta la norma con tal fin y, si le conviene, la aplicará; pero si fin y norma no están de acuerdo, rechazará la norma o la retorcerá sin escrúpulos hasta que le sea útil (Nieto y Fernández 1998: 10-17).

1) En relación con lo que parece haber sido la estación de llegada del periplo recorrido por Alejandro Nieto, su interlocutor, Tomás-Ramón Fernández, opina que el exagerado descreimiento actual en el Derecho de Nieto («una actitud entre cínica y escéptica y más que eso, dolorida» —p. 19—) es, en cierto modo, la consecuencia de una anterior fe en el Derecho, también exagerada. Con independencia de que eso pueda servir de explicación, ¿está justificada la concepción del Derecho —la última— que sostiene Nieto? ¿Qué «etiquetas» podrían ponerse a cada una de las concepciones sobre el Derecho asumidas sucesivamente por este jurista?

2) Refiriéndose a las diferencias existentes entre los dos interlocutores, Nieto escribe (hacia el final del libro: p. 221) lo siguiente: «tú [o sea, Tomás-Ramón Fernández] *quieres mejorar el mundo* a través de una lucha diaria por la justicia y por el Derecho; mientras que *mi pretensión es simplemente entender esa parte del mundo cubierta por el Derecho*». ¿Podría decirse, entonces, que una concepción como la de Alejandro Nieto no logra dar sentido al Derecho, y de ahí que renuncie a cualquier propósito práctico y se resigne al objetivo (meramente teórico) de entender, describir y explicar lo que el Derecho es y cómo funciona?

3) La concepción escéptica sobre el Derecho que suscribe Nieto le lleva también (¿cabría decir que en forma «irremediable»?) a sostener un punto de vista muy negativo en relación con la argumentación jurídica. En un libro publicado algo después del anterior, *El arbitrio judicial* (Nie-

to 2000), considera que la teoría de la argumentación jurídica es un empeño vano, pues la argumentación jurídica no pasaría de ser «una variante publicitaria» (p. 193). Y poco antes de lo anterior, había escrito: «Ésta es, para mí, la gran —y triste— especificidad de la argumentación jurídica: su inutilidad radical. Porque nadie 'escucha a razones' [...] *La argumentación jurídica se convierte de esta forma en un rito de cortesía que a nadie importa y ninguno atiende*. Es muy raro —casi podría decirse excepcional— que en una discusión dogmática un jurista se deje convencer por las razones de su antagonista» (p. 187). ¿Tiene razón Alejandro Nieto al mostrarse tan pesimista respecto a la posibilidad de persuadir a otro —a otro jurista— mediante argumentos? Como Nieto sí es alguien que se dejaría persuadir por la fuerza del mejor argumento, ¿qué razones podrían dársele —si es que hay alguna— para que modificara su punto de vista al respecto?

3.1,A) LAS RAZONES DEL LEGALISMO

En su libro *El imperio de la ley. Una visión actual* (Laporta 2007), Francisco Laporta sostiene la tesis de que si las exigencias del imperio de la ley no están razonablemente satisfechas, lo que se pone en peligro no es sólo el buen funcionamiento del sistema jurídico (un valor, digamos, de tipo instrumental y, si se quiere, específico del Derecho), sino la propia autonomía personal, la capacidad de los individuos para controlar su vida y sus proyectos. No existe una única manera de entender en qué consiste el imperio de la ley, en cuanto componente central del Estado de Derecho, y cuáles son sus exigencias. Laporta otorga cierta relevancia a una contraposición efectuada por Dworkin entre la «concepción-libro de reglas» y la «concepción-derechos». De acuerdo con la primera, el poder del Estado, en la medida de lo posible, sólo podría ejercerse contra los individuos si se hace de acuerdo con reglas explícitamente establecidas en un libro público accesible a todos. Mientras que la segunda pone el énfasis en el reconocimiento de derechos para todos los ciudadanos, en la accesibilidad a los tribunales para reivindicarlos, en la importancia de los principios y de la justicia sustantiva como algo que está más allá de la justicia simplemente formal. Laporta es un convencido defensor de la primera de estas dos concepciones porque, en su opinión, entre ambas no hay una verdadera oposición y porque el imperio de la ley (tal y como él lo entiende) es una condición necesaria para la persecución de todo ideal de justicia. En su exposición, juega un papel destacado una serie de contraposiciones más o menos clásicas del pensamiento jurídico: normativismo frente a decisionismo, reglas frente a principios, ley frente a constitución, subsunción frente a ponderación, positivismo frente a constitucionalismo, interpretación literal frente a interpretación teleológica y valorativa, etc. Laporta no es proclive a intentar algo así como una síntesis superadora, sino que el *leitmotiv* de su obra consiste más bien en resaltar el valor profundo que subyace a cada uno de los conceptos que aparecen en primer lugar en

cada díada y en combatir la tendencia contraria (a subestimar ese valor o a poner excesivamente el énfasis en los otros conceptos de cada par). El texto que sigue se refiere a su defensa de una teoría de la interpretación que él no duda en calificar de «formalista»:

Formalismo e idealización de las decisiones judiciales

Las consideraciones que se han desarrollado en este capítulo y la toma de posición que en él se contiene a favor de una interpretación constreñida en la medida de lo posible al sentido propio de las palabras de la ley pueden ser situadas bajo la etiqueta genérica de «formalismo». El ideal regulativo del imperio de la ley fuerza a los procesos de interpretación y aplicación del derecho a ser formalistas, puesto que la idea de que sean las reglas las que gobiernen la decisión tiene que suponer una teoría del significado del lenguaje jurídico que mantenga un razonable grado de objetividad y ello lo acerca al literalismo. Someterse a la letra de la ley, al significado propio de las palabras de la ley, es algo implícito en ese ideal. El imperio de la ley sería así también una justificación del formalismo, de igual modo que el sentido de otras expresiones, tales como imperio de la justicia o imperio del derecho (concebido «derecho» aquí como un conjunto abierto de reglas, principios y valores) podría ser adelantar justificaciones a otros acercamientos distintos a los procesos de aplicación.

Una posición y una afirmación como ésa tiene un evidente alcance normativo. Lo que intenta transmitir no es una descripción de cómo son los procedimientos de aplicación del derecho, sino una propuesta de cómo deben ser para ser coherentes con las exigencias del imperio de la ley. Para terminar este capítulo voy a traer a colación una investigación reciente que viene a reforzar esa misma apuesta por el formalismo en la decisión judicial empírica basada en la naturaleza de las instituciones. Nos viene a decir que inferir una teoría de la interpretación a partir de conceptos políticos abstractos, como «democracia», «autoridad» o «integridad» (o en el presente caso, «imperio de la ley») o sobre teorías abstractas acerca de la naturaleza del lenguaje lleva consigo una suerte de ceguera hacia los aspectos institucionales del proceso de aplicación del derecho que siempre intervienen entre las premisas abstractas y las conclusiones concretas. Asimismo, en muchas teorías de la interpretación se presupone una visión «estilizada», ideal, de lo que son los tribunales, los legislativos, etc. Y ello se acentúa todavía más cuando se incurre en lo que se viene a llamar la «falacia del nirvana», que consiste en comparar una visión idealizada y óptima de una institución con una visión demonizada y pésima de otra, como sucedería si se compara al famoso juez Hércules de Dworkin, un ser con una densa formación moral y jurídica que puede trabajar sin limitaciones de tiempo ni problemas de acceso a la información, con la imagen que a veces se da de las agencias administrativas como entidades peligrosas y arbitrarias, irremediablemente impregnadas de ambición y tendenciosidad. Hacer un relato romántico de las capacidades de los jueces y no plantearse preguntas sobre las probables respuestas del legislador a diferentes enfoques judiciales es lo que muchas veces se desprende de las teorías de la interpretación al uso (Vermeule 2006: 16-18). Si eludimos la «falacia del nirvana» y vemos las instituciones en su dimensión realista, entonces hemos de concluir que el textualismo y el literalismo formalista es mejor en términos de consecuencias. Escribe Vermeule: «La visión formalista no es que todos los textos se interpretan solos; es que por buenas razones consecuencialistas, los jueces podrían hacer lo mejor (la mayoría del tiempo) al elegir pegarse muy de cerca al significado superficial de los textos (conformado por los contextos, las presuposiciones y las prácticas sociales) en lugar de impugnarlo

constantemente haciendo referencia a todo tipo de consideraciones como la historia legislativa, los valores públicos y tantos otros» (Vermeule 2006: 44).

El formalismo aquí es producto de una opción estratégica de naturaleza consecuencialista. De acuerdo con ella, los tribunales harían bien en adoptar una decisión de segundo orden de decidir los casos, cuando ello es posible, de acuerdo con las reglas mejor que de acuerdo con estándares, apegándose al significado más evidente de los textos legales y poniendo el énfasis en valores como la certeza jurídica y la adhesión al entendimiento usual de los mandatos legales y constitucionales. Las limitaciones en la capacidad de los jueces entendidos como instituciones (y no como personas o expertos académicos), limitaciones de capacidad de procesamiento de la información y de la racionalidad (que es en ellos limitada como la de cualquier otro agente decidor); y los efectos sistémicos consistentes en los costes de decisión, la probabilidad de incoherencias entre jueces y tribunales, y las incertidumbres sobre los efectos de la decisión en otras agencias, aconsejan esa opción. Las exigencias implícitas en el ideal regulativo del imperio de la ley parecen así confluir con una reflexión sobre las consecuencias que podemos esperar de las diferentes actitudes interpretativas para reconducir la mejor visión de la interpretación hacia el sentido propio de las palabras de la ley[6] (Laporta 2007: 191-192).

1) ¿En qué sentido es, entonces, «formalista» la concepción de la interpretación de Laporta? Laporta (y Vermeule) afirman que los jueces harían lo mejor, en la mayor parte de las ocasiones, resolviendo los casos aplicando, de manera estricta, las reglas vigentes y sin hacer ninguna referencia a principios y valores. ¿Pero supone eso ir en contra de lo que sostienen autores «constitucionalistas» o «post-positivistas», como Dworkin, Alexy o Nino? ¿Lleva una concepción post-positivista del Derecho a negar los valores del legalismo? ¿En qué sentido?

2) ¿En qué consiste, según el texto, la «falacia del nirvana»? ¿Qué otro nombre podría dársele a la falacia en cuestión? ¿Es cierto que se comete con tanta profusión?

3.1,B) ¿CÓMO DESENMASCARAR A UN FORMALISTA?

El formalismo no es la única dolencia que aqueja al Derecho o, mejor, a quienes tienen la función de interpretarlo y aplicarlo. Pero es quizás la más perniciosa en los países latinos por el carácter de enfermedad endémica que ha adquirido en nuestra cultura jurídica. Es cierto, por otro lado, que no todo lo que se llama a veces «formalismo» es igualmente rechazable; e incluso hay un formalismo —un significado de esa expresión— que no lo es en absoluto. El Derecho es, en buena medida, un fenómeno de autoridad; en el mismo, las razones formales (que apelan a la autoridad y no al contenido) tienen una importancia fundamental, lo que no ocurre, por ejemplo, en la moral. Por eso, los jueces no deben dialogar, como a veces se dice, de tú a tú con la Constitución y con las leyes, sino que deben reconocer la autoridad de la una y de las otras; en el caso del juez constitucional, el

6. Sobre cuál es la postura de Laporta en relación con el constitucionalismo, puede verse «Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta», en el n.º 0 de la revista *El Cronista*.

sometimiento a la Constitución debe ir unido a la deferencia hacia el legislador como principio interpretativo fundamental. Si las cosas no fueran así, no habría Estado de Derecho, simplemente porque el imperio de la ley habría pasado a ser imperio o gobierno de los jueces.

Pero el formalismo al que me estoy refiriendo aquí es otra cosa. Es una manera de entender el Derecho en la que el juez se siente vinculado únicamente por el texto de las normas jurídicas vigentes, y no, también, por las razones en las que ellas se fundamentan. Implica por ello un comportamiento ritualista, una forma de desviación que, en consecuencia (cuando se es consciente de ello), tiende a ocultarse; de ahí que tenga sentido hablar de desenmascarar, pues nadie se reconoce a sí mismo como un formalista. Ofrezco por ello aquí una especie de guía, que podría leerse como una serie de consejos, para llevar a cabo esa necesaria labor. En las motivaciones que llevan a cabo los jueces formalistas suelen encontrarse, en efecto, un número significativo de los siguientes rasgos:

1. El empleo de un lenguaje oscuro y evasivo. Una resolución formalista suele estar redactada de manera que un lector culto, incluso un profesional del Derecho, no la entienda, o al menos, no la entienda con facilidad. La utilización (sin necesidad) de términos «técnicos» o la omisión de indispensables referencias contextuales son estrategias adecuadas para ello.

2. La apelación abusiva, injustificada, a valores como la seguridad jurídica o el debido proceso. El abuso proviene de que se trata de valores fundamentales, pero instrumentales y que, en consecuencia, no pueden separarse de los valores sustantivos que los dotan, en último término, de sentido: digamos que nadie querría tener la «seguridad» de que le van a discriminar, sino la seguridad de que le van a tratar con la misma consideración y respeto que a los demás.

3. El énfasis en las cuestiones procesales y la tendencia a considerarlas haciendo abstracción del fondo del asunto. El lector tiene un indicio claro de que se razona de manera formalista cuando, después de haber leído la motivación de una sentencia, ni siquiera puede saber cuál era el problema sustantivo que ahí se debatía.

4. La pasión por el rigor lógico, que muchas veces resulta ser una pasión no correspondida; quiere decirse con ello que el formalista suele tener una idea equivocada de lo que significa la lógica. Lo que él ama es más bien una quimera, pues la lógica (formal) no impone nunca una solución, o no lo hace de manera incondicionada: la conclusión depende de cuáles sean las premisas de las que se parta. El verdadero amor por la lógica, en definitiva, no tiene por qué llevar a nadie al formalismo jurídico.

5. La apelación frecuente a la profesionalidad, a la neutralidad, a la objetividad, etc., como virtudes fundamentales del juzgador. Ocurre, sin embargo, que, en no pocas ocasiones, ese recurso se utiliza para ocultar la falta de profesionalidad, de independencia y de imparcialidad de quien las invoca.

6. La preferencia por las interpretaciones literales y descontextualizadas de las normas, en lugar de atender a las razones subyacentes de las mismas y a las consecuencias de las decisiones.

7. El uso de un lenguaje enfático y dirigido (retóricamente) a descartar cualquier tipo de duda en cuanto a la corrección de la decisión: «ha quedado meridianamente claro», «resulta incontrovertible de todo punto», etcétera.

8. Las referencias, en ocasiones, a ciertos símbolos de la cultura anti-formalista... siempre y cuando resulten innocuas, esto es, no pongan en cuestión la solución formalista que se pretende justificar. El formalista de nuestros días, podríamos decir, es un jurista con mala conciencia.

9. La disociación entre los *motivos* reales (ideológicos, psicológicos, etc.) que le han llevado a la decisión y las *razones* que esgrime para justificar esa deci-

sión. En el caso de las decisiones formalistas, es frecuente que la explicación de lo que ha ocurrido y la «justificación» que puede leerse en la resolución vayan por caminos muy separados.

10. La tendencia a incurrir en contradicción, especialmente si se examina un número significativo de resoluciones del juzgador. Al parecer, no es fácil, y seguramente tampoco resulta conveniente, ser formalista todo el tiempo (Atienza 2011: 199-201).

3.1,C) LOS VALORES FRÍOS DEL DERECHO

En un texto sobre literatura y Derecho, el escritor Claudio Magris da la vuelta, en cierto modo, a la contraposición que suele hacerse entre valores fríos y cálidos:

> Mucha literatura ha mirado con hastío el derecho, considerándolo árido y prosaico respecto a la poesía y a la moral. A menudo, democracia, lógica y derecho son despreciados por los lectores vitalistas como valores «fríos» en nombre de los valores «cálidos» del sentimiento. Pero esos valores fríos son necesarios para establecer las reglas y las garantías de tutela del ciudadano, sin las cuales los individuos no serían libres y no podrían vivir su «cálida vida», como la llamaba Umberto Saba. Son los valores fríos —el ejercicio del voto, las garantías jurídicas formales, la observación de las leyes y de las reglas, los principios lógicos— los que les permitirán a los hombres de carne y hueso cultivar personalmente sus propios valores y sentimientos cálidos, los afectos, el amor, la amistad, las pasiones y las predilecciones de todo tipo (Magris 2008: 82).

1) ¿Quiere decir lo anterior que los valores jurídicos no son valores intrínsecos, sino valores instrumentales? ¿Hay valores «cálidos» en el Derecho? ¿Puede haberlos? ¿Puede entenderse lo anterior como una defensa de los valores del legalismo o formalismo jurídico?

3.1,D) ¿ES SIEMPRE CONDENABLE EL ACTIVISMO JUDICIAL? EL CASO GARZÓN

El formalismo y el activismo judicial podrían considerarse como el Escila y el Caribdis que deben evitar los jueces. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (aprobado en Lisboa en 2006) se refiere (implícitamente) a esas dos actitudes, que considera condenables. Al activismo, al señalar que la independencia judicial supone la obligación de los jueces de utilizar únicamente razones jurídicas[7]. Y al formalismo, al indicar —a propósito de la equidad— que la vinculación de los jueces no es sólo al tenor literal de las normas[8].

7. «El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo» (art. 2).

8. «El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan» (art. 40).

En octubre de 2008, el juez español Baltasar Garzón dictó un auto en el que se declaró competente para instruir una serie de denuncias por más de cien mil desapariciones forzadas ocurridas bajo la sublevación militar y durante los primeros años de la dictadura franquista (hasta diciembre de 1951). La base de la argumentación de Garzón consistió en calificar los hechos denunciados por diversas asociaciones ciudadanas como «un delito permanente de detención ilegal [...] en el marco de crímenes contra la humanidad». Esa figura híbrida y de contornos algo imprecisos le permitió sortear los diversos obstáculos jurídicos (él los llamó «escollos») que parecían existir en el caso. Así, frente a la objeción de que estaría aplicando un tipo penal (el de «delito contra la humanidad») de manera retroactiva, puesto que su introducción en el Derecho español es muy reciente (por tanto, muy posterior a la fecha en la que ocurrieron los hechos perseguidos), el juez opuso fundamentalmente que las conductas de detención ilegal sin dar razón del paradero ya constituían delito de acuerdo con el Código Penal de la II República española (1931-1936). Y como, en su opinión, esas conductas «siguen cometiéndose en la actualidad, dada la naturaleza de delitos permanentes», tampoco cabría hablar de prescripción. Por razones parecidas, tampoco sería de aplicación al caso la Ley de Amnistía de 1977, porque los delitos contra la humanidad son imprescriptibles, de manera que una ley (incluso una ley democrática) que pretenda borrarlos sería nula de pleno Derecho y, sobre todo, porque «la acción se sigue produciendo hasta el día de la fecha y, por ende, después de las leyes de amnistía». En fin, aunque reconoce que él no sería competente en relación con las detenciones ilegales, sí que tendría competencia sobre un delito conexo, el delito contra Altos Órganos de la Nación (incluido en el Código Penal de la República) que habrían cometido los sublevados del 36 e instigadores de la serie de acciones que constituyen un crimen contra la humanidad. He aquí algunos de los pasajes centrales de ese auto[9]:

CUARTO.— [...] **La calificación jurídica que se acoge, como después se razonará, es la de un delito permanente de detención ilegal, sin ofrecerse razón sobre el paradero de la víctima, en el marco de crímenes contra la humanidad, salvando así los problemas de irretroactividad que pudieran aducirse respecto de esta figura.** [...]

SÉPTIMO.— Los principales escollos que se plantean en el caso de autos son, aparte de la caracterización de la conducta como un crimen cometido en el marco de un crimen contra la humanidad, los siguientes:

1. El de la retroactividad de la ley penal que recoge el delito citado con posterioridad a la comisión de los hechos y su conflicto con las normas consuetudinarias de derecho penal humanitario que han sido ratificadas por España y que forman parte del denominado *ius cogens* y que ya han sido citadas.

2. La cuestión de la permanencia o no permanencia delictiva de los hechos, esencialmente de detenciones ilegales (desaparición forzada de personas) en las

9. Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 2008. He respetado las negritas del texto del auto.

cuales aún no se ha dado razón cierta del paradero de las víctimas y su incidencia sobre la prescripción.

3. El de la posible aplicación de la amnistía a los hechos denunciados.

4. La competencia de este Juzgado y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en función del concurso de delitos que puede darse.

5. Identificación de las personas posibles responsables de los mismos delitos a los que se refieren las denuncias presentadas.

6. La protección de las víctimas de estos hechos.

Octavo.— Sobre la retroactividad o irretroactividad de la ley penal cuando se trata de delitos contra la humanidad, introducidos en el Código Penal con posterioridad a la ejecución de los hechos que los configuran. [...]

[E]**sas circunstancias** [las que convierten los delitos en crímenes contra la humanidad] **añadidas al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal.**

Noveno.— Sobre la permanencia delictiva de los hechos, esencialmente las detenciones ilegales que han devenido en desaparición forzada de personas. [...]

3. En el Código Penal de 1932 [...] se tipificaban las detenciones ilegales y a través de los sucesivos códigos penales, dicho ilícito ha continuado sancionado hasta el día de hoy. [...]

Los hechos descritos y acontecidos a partir del 18 de julio de 1936, además de inscribirse en la categoría de crímenes contra la humanidad, integran la figura de la detención ilegal, sin que las autoridades y responsables que propiciaron la desaparición de las víctimas hayan facilitado el lugar, o las claves para hallar la ubicación de los cuerpos, situación que permanece, en la gran mayoría de los casos, hasta el día de hoy. Es decir, sin haber dado razón del paradero de muchos de los detenidos, de modo que, si se facilitaran los listados y se encontraran los cuerpos, dejaría de cometerse el delito. Se trata, por tanto, mediante esta investigación, entre otros objetivos, de poner fin a la comisión de un delito permanente.

La sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo establece, ciertamente, que los crímenes contra la humanidad no pueden aplicarse a conductas anteriores a su tipificación. [...]

A estas dificultades técnicas para la aplicación de los crímenes contra la humanidad a hechos anteriores a la vigencia de la Ley Orgánica antes mencionada [una ley de 2003 que introdujo en España los crímenes de lesa humanidad], se une la propia dificultad que implica la inexistencia de una definición expresa de los mismos en convenios o tratados internacionales hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional [...] pero la existencia de estos crímenes se deduce generalmente del derecho consuetudinario y como parte del *ius cogens*. [...]

Esto es, cabalmente, lo que ha sucedido en los hechos objeto de este proceso penal. Aunque los crímenes contra la humanidad no estaban vigentes como tales en el momento del comienzo de la ejecución de los mismos, ya entonces formaban parte del contexto en el que se cometieron los delitos en particular. [...]

En un delito de consumación permanente, como la detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima, no pueden incorporarse hechos que no eran delictivos antes de su entrada en vigor [...] **no obstante, tales hechos delictivos estaban ya descritos y penados en el Código Penal de 1932 y, en consecuencia, los cometidos a partir del alzamiento o rebelión militar de 1936 forman parte, indudablemente, del delito permanente de detención ilegal sin dar razón del paradero, también existente en el vigente Código Penal**. A estos delitos debe, pues, **añadirse el contexto de crímenes contra la humanidad en que fueron cometidos,**

dada su naturaleza sistemática y generalizada, según la incipiente jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero **la no vulneración del principio de irretroactividad penal deriva ante todo del hecho de que, al margen de ese contexto, ya eran conductas delictivas en el momento de su ejecución, poco antes de la guerra civil y siguen cometiéndose en la actualidad, dada su naturaleza de delitos permanentes. [...]**

DECIMOPRIMERO.— Sobre la posible aplicación de la amnistía (indultos generales).

La Ley 46/1977 de 15 de octubre, sobre amnistía establece en su artículo primero que «Quedan amnistiados

a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuera su resultado, tipificados como delitos o faltas con anterioridad al 15 de diciembre de 1976».

Parece claro que no pueden considerarse incluidos en este artículo, ni en el artículo segundo (delitos de rebelión y sedición) los hechos y delitos que con arreglo a las normas de derecho penal internacional son catalogados como crímenes contra la humanidad y, por tanto, sin naturaleza de delito político. Frente a esta naturaleza, ninguna ley de amnistía puede oponerse. Así se desprende, en el ámbito internacional, de la jurisprudencia emanada por tribunales internacionales. [...]

Aunque sea momentáneamente, merece la pena detenerse para hacer una brevísima referencia a alguno de estos casos: La Corte Interamericana estableció en el caso Barrios Altos de Perú, en la sentencia de 14 de marzo de 2001 que:

«Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las de prescripción y el establecimiento de leyes excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de derechos humanos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos».

De aquí se desprende que la amnistía nunca podría referirse a casos graves como el genocidio o lesa humanidad o, en supuesto de guerra, a casos graves de crímenes cometidos fuera de combate, con víctimas especialmente desvalidas o cuando se trate de desapariciones forzadas. [...]

En resumen, **cualquier ley de amnistía que buscara eliminar un delito contra la humanidad que no puede catalogarse como crimen o delito político, sería nula de pleno derecho y, por ende, no se aplicaría al supuesto.**

Por otra parte, **la permanencia delictiva evita la aplicabilidad de esa medida, ya que, por su naturaleza, según lo razonado, la acción se sigue produciendo hasta el día de la fecha y, por ende, después de las leyes de amnistía de octubre de 1977.** [...]

Por lo demás, en tanto que no se han reconocido los crímenes presuntamente cometidos, éstos no podrían ser objeto de amnistía.

DECIMOSEGUNDO.— Sobre la competencia de este Juzgado y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. [...]

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 23.4 establece la competencia, en virtud del principio de Justicia universal, de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

«... *h) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España*».

Obviamente, los que aquí se juzgan se enmarcarían en la categoría de crímenes contra la humanidad, y entrarían en esta categoría, principalmente por la vía de las desapariciones forzadas de personas. Pero resulta que los delitos que aquí se investigan ocurrieron en España, en todo o en parte. Por tal motivo, la inves-

tigación de los hechos, aparentemente, no sería competencia de este Juzgado. Pero resulta, como ya ha quedado indicado, **que la insurrección se llevó a cabo con una muy concreta finalidad, acabar con el sistema de Gobierno y los Altos Organismos que lo representaban, y como instrumento para que los crímenes contra la humanidad y la propia confrontación bélica estuvieran servidos.** Sin aquella acción nada de lo sucedido se hubiera producido. De ahí que **el delito contra los Altos Organismos de la Nación vaya unido en forma inseparable al producido, en conexión con él; en este caso, la muerte sistemática, la desaparición forzada (detención ilegal) de personas sin dar razón del paradero, la tortura y el exilio forzados, entre otros.**

Ello significa que, tanto a efectos de la prescripción como de la competencia por conexidad de delitos (art. 17 LECr), debe regir la doctrina del Tribunal Supremo de que debe hacerse **una valoración conjunta,** de modo que **el delito conexo pasa a depender, a los efectos de conocer si ha prescrito o no, del delito al que va ligado en concurso real.**

Si esto es así, el delito contra Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno que estaba tipificado en el Código Penal de la época, también lo está ahora en los artículos 402 a 509 del Código Penal, y al ser conexo con la detención ilegal, sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la humanidad y que son imprescriptibles o cuya prescripción aún no habría comenzado, al ser delitos permanentes, tampoco lo estaría y la competencia, al amparo del artículo 65.1.a de la LOPJ, sería de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al corresponder a ésta el enjuiciamiento y la instrucción (art. 88 LOPJ), a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas de los siguientes delitos:

«*a*) *Delitos contra el Titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno.*»

En resumen, los hechos no están prescritos y son competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 65.1.a LOPJ) y de este Juzgado (art. 88 LOPJ).

El fiscal interpuso recurso de apelación contra el auto del juez Garzón ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En el primer punto de ese escrito[10], titulado «Planteamiento general del recurso», se puede leer:

La esencia de la función jurisdiccional en un Estado de Derecho no es otra que la aplicación y la interpretación de las leyes para llegar a la solución prevista por el ordenamiento jurídico. [...] No es aceptable, por tanto, que el órgano judicial predetermine el resultado —y en cierta forma ya lo había hecho al practicar diligencias que suponían una aceptación implícita de la competencia— y adapte todo el proceso de aplicación e interpretación de las normas a la consecución de ese resultado previamente determinado, salvando de esta manera «los escollos» (expresión que emplea el fundamento 7.º del auto) impeditivos de una aplicación racional del ordenamiento jurídico. [...]

[E]l contenido del presente recurso se sustenta en los argumentos que a continuación se sintetizan, y que serán desarrollados en los apartados siguientes de este escrito:

1.º El proceso penal en un Estado de Derecho está sujeto a reglas y límites que en ningún caso se pueden violentar. Es evidente que la formación de una

10. El escrito se presentó el 20 de octubre de 2008 y está firmado por el fiscal jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza.

causa general no se compadece con el objeto y la finalidad que persigue el proceso según la legislación adjetiva y con el diseño institucional del mismo. [...]

2.º Se ha evitado la aplicación de las normas de prescripción a hechos delictivos perpetrados en el mejor de los casos hace casi sesenta años, y se utiliza como norma de cobertura el tipo penal sobre el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima, para concluir con una singular interpretación de las normas de prescripción de ese delito, cuando es público y notorio que las víctimas fueron ejecutadas entonces, y que, en consecuencia, nos encontramos manifiestamente ante delitos de asesinato, circunstancia que puso fin a la situación ilícita de privación de libertad (requisito que contempla el artículo 132 para el inicio del cómputo de la prescripción).

3.º Se ha eludido la aplicación de una norma con rango de ley, cual es la Ley de Amnistía de 1977, aprobada por las primeras Cortes democráticas, y se emplea como norma de cobertura la calificación jurídica de las detenciones ilegales con desaparición como crímenes contra la humanidad, soslayando el principio de irretroactividad de las leyes penales no favorables (art. 9 CE) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la imposibilidad de aplicar retroactivamente tal figura jurídica (STS de 1 de octubre de 2007 [el caso Scilingo]), circunstancia que se reconoce en el fundamento jurídico 9.º).

4.º Se ha impedido la aplicación imperativa de las normas de competencia territorial que se derivaría de la calificación jurídica que el propio Instructor asigna a los hechos que investiga —detenciones ilegales, no incluidas en el catálogo de competencias atribuidas a la Audiencia Nacional *ex* artículo 65 LOPJ—, y se diseña un singular andamiaje jurídico consistente en vincular aquellos delitos, mediante una laxa interpretación de las normas de conexión, con un delito contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno —hoy inexistente en el Código Penal vigente— cuando es público y notorio que los posibles responsables de ese delito de rebelión han fallecido, y que, en todo caso, dada su condición y su responsabilidad, la competencia para la instrucción y enjuiciamiento de los mismos correspondería al Tribunal Supremo.

La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional anuló el auto del juez Garzón (hubo dos votos disidentes y favorables a las tesis de Garzón), pero la cosa no se quedó ahí. Poco después se interpuso una querella contra Garzón (presentada por una asociación de extrema derecha) por delito de prevaricación (dictar una resolución injusta), que fue admitida por el Tribunal Supremo, lo que llevó a la suspensión del juez por parte del Consejo General del Poder Judicial y, finalmente, a abrirle juicio oral. Determinante para esto último fue un auto del magistrado instructor del Tribunal Supremo (Luciano Varela), de 3 de febrero de 2010, en el que se rechazaba el sobreseimiento de la causa, y que suscitó (como el conjunto del caso) una gran polémica. El auto del Supremo venía a decir que Garzón no había aplicado el Derecho vigente y que, además, su actuación había sido intencionada, en cuanto él sabía que con su decisión se estaba apartando de la Ley de Amnistía de 1977 y de la Ley de la Memoria Histórica de 2007. En el apartado de conclusiones, se afirma:

El examen [...] ha revelado, como hecho probable, que el Magistrado querellado actuó con la **finalidad de eludir la decisión del legislador** sobre el régimen de localización y exhumación de las víctimas de los horrendos crímenes del franquismo,

erigidos en **aparente objeto del procedimiento, sabiendo** que éstos habían sido objeto de **amnistía** por las Cortes democráticas de España, cuya **voluntad decidió conscientemente ignorar u orillar.**

Tal hecho puede constituir el delito de **prevaricación del artículo 446.3** del Código Penal, por el que ha sido admitida la querella.

Desde luego, los motivos altruistas, como el encomiable deseo de paliar el sufrimiento de los familiares de las víctimas de los horrendos crímenes, no eximen, ni siquiera atenúan, la eventual responsabilidad penal en que pudiera haberse incurrido.

Quienes en la polémica defendieron (con argumentos jurídicos; obviamente, una buena parte de la discusión tuvo tintes más bien políticos) al juez Garzón usaron fundamentalmente el argumento de que los jueces deben ser libres para interpretar el Derecho, pues en otro caso no cabría hablar propiamente de independencia judicial ni de debate racional. En este sentido, resulta elocuente una Declaración (de 12 de febrero de 2010) del Secretariado de Jueces para la Democracia (una asociación judicial española que integra a los jueces de tendencia «progresista») que, en relación con ese auto del Tribunal Supremo, dice lo siguiente:

Lo más grave es que se emite un mensaje de cautela y reserva para intérpretes atrevidos e interpretaciones innovadoras o progresivas desde la perspectiva de los derechos humanos y su efectividad. No podemos asumir en nuestra cultura de la jurisdicción que el juez aplica la ley sumisamente, como parece sugerir el auto [el auto del TS], porque se trata de una ficción; lo que naciera como metáfora, la boca de la ley, hoy ha quedado vacío de contenido, a pesar de su comodidad nada explica sobre el método judicial. Porque operamos en el contexto de un derecho dúctil, que integra derechos fundamentales, más principios y valores, más ley; en este caso, ley nacional, más ley europea y ley internacional. Realidad innegable, por ello se habla del fenómeno de la constitucionalización de la Comunidad internacional alrededor de los textos y tratados en materia de derechos humanos, que obligan a los Estados como derecho imperativo. El margen del intérprete es muy amplio. No nos engañemos. Claro que es necesario delimitar ese marco desde parámetros de razonabilidad, excluyendo aquellas interpretaciones que niegan la ley o se desentienden de mandatos normativos precisos. Fuera de ello, la tarea judicial es hoy un espacio de creación, no porque lo quiera el juez, sino porque lo impone la realidad de la propia ley que maneja, que en muchos casos sólo ofrece tímidas pautas para orientar la decisión. Es por ello que criminalizar el debate jurídico resulta altamente preocupante para la independencia judicial en su dimensión interna: una suerte de Corte de Casación que impone su criterio de interpretación desde la cúspide de la pirámide como si se tratara del mando de una organización militarizada. Una imagen del pasado. Además la criminalización desincentiva la imaginación jurídica, moldea jueces conformistas y sumisos al poder y a la jerarquía, se erige en un obstáculo insalvable para la imprescindible evolución de la jurisprudencia e impone una cultura judicial autoritaria, que nos parece indeseable.

1) ¿Es realmente éste un caso de enfrentamiento entre el formalismo y el activismo judicial? ¿Es un ejemplo de activismo judicial el auto de Garzón? ¿De activismo justificado (téngase en cuenta lo que sostiene la asociación de Jueces para la Democracia)? ¿Es formalista el auto del

Tribunal Supremo y el escrito del fiscal? ¿Cuál sería en este caso una postura que evitara tanto el formalismo como el activismo? ¿Es posible (deseable) adoptarla?

2) ¿Qué piensa sobre la siguiente crítica dirigida contra el auto del juez Garzón?:

> Pues bien, aparte de otros muchos argumentos que pueden darse para rechazar la pretensión del juez Garzón [...] hay uno que a mí me parece particularmente contundente: si para sostener una determinada tesis (la competencia del juez para instruir la causa) es necesario aceptar una teoría de la acción tan extraña como la que parece suscribirse en el auto, no hay más remedio que concluir que la tesis en cuestión es inaceptable. Pues lo irrazonable no cabe dentro del Derecho. En efecto, ¿tiene algún sentido afirmar que las conductas de detenciones ilegales (sucedidas antes de finales de 1951) siguen cometiéndose todavía hoy? ¿Alguien puede entender que Franco y el resto de los sublevados del 36 sigan hoy realizando acciones delictivas (o sea, acciones intencionales; no que sigan produciéndose consecuencias de acciones suyas realizadas en el pasado)? ¿Y cómo se puede detener (o seguir deteniendo) a personas de las que se sabe con certeza que están muertas (razón por la cual el juez ha ordenado que se exhumen sus restos)? ¿No supone todo ello una concepción mágica del actuar humano que, lisa y llanamente, es irracional?

Trate de esquematizar lógicamente el anterior argumento. ¿Se trata de una reducción al absurdo?

3) Quienes defendieron la postura del juez Garzón adujeron, entre otros, el argumento de que resulta una burla cruel que se persiga a un juez por tratar de hacer justicia; incluso el auto del Tribunal Supremo parece reconocer (o al menos no rechaza) que lo que motivó la decisión de Garzón fueron «motivos altruistas» o el «deseo de paliar el sufrimiento de los familiares de las víctimas», lo que, no obstante, sería compatible con dictar una «resolución injusta», en el sentido de una resolución que se aparta del Derecho vigente. ¿Quiere decirse entonces con ello que hay dos tipos de justicia: la justicia del Derecho y la justicia sin más? Comente al respecto el siguiente texto:

> Simplemente [al criticar la postura de Garzón], se trata de reivindicar lo que parece constituir el núcleo del Estado de Derecho: el gobierno de las leyes (en este caso, la Ley de Amnistía de 1977 y la reciente de la Memoria Histórica) frente al de los hombres. No puede negarse al juez Garzón el mérito (compartido quizás con la también famosa «astucia de la razón» hegeliana) de haber hecho contribuciones de extraordinario valor en la lucha por el Derecho y por la justicia en España y en el mundo. Pero la justicia a la que tiene que aspirar un juez es una justicia limitada: la que cabe en el Derecho; el papel de los jueces en el sistema jurídico no es el mismo que el de los abogados, o el de las partes en un proceso, y, por ello, los primeros no pueden adoptar en relación con el Derecho una actitud puramente estratégica, instrumental. El modelo de juez del Estado de Derecho no es simplemente el de alguien que posee la virtud del valor y del sentido de la justicia, sino el de quien une a ello la cualidad de la prudencia, de la modestia y de la auto-restricción. Quienes hoy defienden el auto del juez Garzón

harían bien en pensar en las consecuencias que pueda tener a la larga el que los jueces (y no sólo los jueces de cierta orientación ideológica: el activismo judicial no es sólo de izquierdas) se consideren por encima de las leyes.

¿Podría resumirse lo anterior con esta frase: «El juez no debe ser justiciero, sino justo»?

4) ¿Es acertada la defensa que hace la Declaración de Jueces para la Democracia de lo que significa la libertad de interpretación de los jueces (Una tesis muy semejante la sostuvo el filósofo Flores d'Arcais en un artículo publicado en *El País* de 18 de febrero de 2010: «Calificar de prevaricadora a una de las posiciones del debate jurídico desarrollado en el contexto de un proceso significa criminalizar la deliberación, señalar los límites penales a la interpretación judicial e impedir el desarrollo libre y honesto de las ideas.»)? ¿Pero no supone eso ver el Derecho —sin más— como un gran diálogo racional en el que todos sus participantes —al menos, todos los jueces, y los jueces en relación con los legisladores— están en un plano de igualdad? ¿No implica semejante visión desconocer que el Derecho es (aunque no solamente sea eso) una práctica autoritativa? ¿Y no se está ignorando al pensar así que entre una «interpretación filosófica» y una «interpretación judicial» existe una diferencia fundamental, en cuanto la segunda tiene consecuencias prácticas de carácter institucional de las que carece la primera? ¿Podría decirse que lo que hace que la resolución de Garzón haya sido equivocada no es que haya interpretado mal algunas normas del ordenamiento jurídico, sino que lo que interpretó mal fue su función en cuanto juez? En todo caso, ¿es compatible la independencia judicial con la existencia de límites —incluso de límites penales— a la interpretación? ¿No debería existir el delito de prevaricación?

5) Para cometer delito de prevaricación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que la decisión esté basada en opiniones jurídicamente indefendibles. Sin embargo, como antes se indicó, la resolución de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que revocó el auto de Garzón no se adoptó por unanimidad, sino que hubo dos magistrados que sostuvieron la misma tesis que el juez Garzón. ¿Significa eso que, aunque el juez Garzón haya actuado mal (se comportó, al dictar el auto que dictó, como un juez no debe hacer), no por ello cometió un delito? ¿Cabría, entonces, calificar de «irrazonable» tanto la conducta de Garzón como la de los jueces del Tribunal Supremo que aceptaron la querella por prevaricación? ¿Qué significa aquí «irrazonable»?

ADDENDA

Al juez Garzón se le abrieron simultáneamente tres causas en el Tribunal Supremo: dos por prevaricación y una por cohecho impropio. Las tres fueron resueltas en febrero de 2012: el 9 de febrero (sentencia 79/2012) se le condenó (por unanimidad de los siete magistrados que le juzgaron) por delito de prevaricación a una pena de multa y a once años de inhabilitación especial para el cargo de juez, con

pérdida definitiva de su cargo; el Tribunal consideró probado que Garzón había intervenido las comunicaciones entre diversos internos en un centro penitenciario con sus abogados defensores, sin que dispusiera de ningún indicio de que alguno de los letrados estuviera aprovechando el ejercicio de la defensa para cometer nuevos delitos; el tribunal entendió que había cometido el delito porque «ninguno de los métodos de interpretación del derecho usualmente admitidos [...] le habría conducido a concluir de forma razonada que es posible restringir sustancialmente el derecho de defensa [...] en las condiciones en que lo hizo». «No se trata —añade el Tribunal—, pues, de una interpretación errónea de la ley, sino de un acto arbitrario, por carente de razón, que desmantela la configuración constitucional del proceso penal como un proceso justo» (FJ 12). El proceso por cohecho impropio fue sobreseído; el magistrado instructor (en auto de 13 de febrero), archivó la causa por considerar que había prescrito el delito; se le acusaba de haber solicitado y recibido cierta cantidad de dinero para financiar seminarios y conferencias en la Universidad de Nueva York. Y, finalmente, el 27 de febrero (sentencia 101/2012) fue absuelto (con un voto concurrente y uno disidente) del delito de prevaricación en los llamados «juicios de la verdad», sobre las víctimas del franquismo. El Tribunal entendió que la argumentación de los autos de Garzón, «aunque errónea, es mantenida por algunos juristas en sus informes y en alguna resolución de organismos de control, de derechos humanos». El magistrado acusado se habría «apoyado en fuentes de interpretación reconocidas en nuestro ordenamiento [el español]», de manera que «aunque haya incurrido en exceso en la aplicación e interpretación de las normas, que han sido oportunamente corregidas en vía jurisdiccional, no alcanzan la injusticia de la resolución que requiere el tipo de prevaricación y no merece el reproche de arbitrariedad exigido en la tipicidad del delito de prevaricación objeto de la acusación» (FJ 7, final).

3.1,E) DUREZA JUDICIAL

Hace unos días, la Audiencia Provincial de Madrid (una de sus secciones) dictó una sentencia en la que condenaba a penas de considerable gravedad a varios policías, en relación con el llamado «caso Bono», por haber cometido los delitos de detención ilegal, falsedad y coacciones. [...]

La lectura de sus 61 páginas deja en el lector —al menos, en mí la ha dejado— la impresión de que se trata de un documento bien —incluso, muy bien— construido que trasluce por parte de sus autores (el presidente del tribunal, en cuanto ponente, y los otros dos magistrados, como firmantes de la misma) una notable dureza en la aplicación de la ley penal. No es posible, obviamente, entrar en todos los detalles de la sentencia, de manera que limitaré mi análisis a la calificación de los hechos como detención ilegal lo que, por otra parte, constituye probablemente el aspecto más discutible de la misma.

Los hechos [...] fueron los siguientes. Mientras asistía a una manifestación convocada por la Asociación de Víctimas del Terrorismo, el ministro Bono fue insultado y los policías que le protegían zarandeados, y no está claro si el propio ministro fue o no agredido (él declaró que había recibido un puñetazo en las costillas, pero tal golpe no se aprecia en ninguna de las imágenes grabadas). Cerca del ministro estaban dos militantes del Partido Popular y la policía los llamó, al cabo de unos días, a declarar. A uno de ellos se le dijo por teléfono que debía prestar declaración como imputado, y a ambos se les envió un coche para trasladarlos a las dependencias policiales, en donde permanecieron unas dos horas y media. La cuestión de la que depende la decisión de si los policías cometieron o no el delito de detención ilegal es ésta: ¿estuvieron durante ese tiempo en situa-

ción de «detenidos» (y entonces se habría cometido el delito) o simplemente en la de «imputados» (en cuyo caso no habría habido tal delito; «imputado» —aclara la sentencia— sería una persona a la que se atribuye, más o menos fundadamente, un delito, y el tribunal acepta que estaba justificado llamarles a declarar —como imputados—)?

Pues bien, la respuesta de la Audiencia es que a los dos miembros del Partido Popular se les había citado en calidad de imputados, pero en comisaría habrían estado en la situación de detenidos, básicamente por estas dos razones: 1) A su llegada a las dependencias policiales se les extiende un acta de «información de derechos al detenido» y no de «información de derechos al imputado no detenido»; este último tipo de impresos —recalca el tribunal— «si no lo tienen, ni figura informatizado, deben elaborarlo [...] es dato conocido que tal formulario lo contiene la intranet Sidenpol». 2) Tras la toma de declaración se les extendió también una «diligencia de puesta en libertad» y resulta obvio que «sólo son puestos en libertad aquellos a quienes se ha privado antes de la misma».

Lo que me parece cuestionable de esa interpretación es lo siguiente. Lo que se protege con el delito de detenciones ilegales es la libertad ambulatoria. El tribunal entiende que se cometió el delito porque las dos personas en cuestión «se vieron privadas de su libertad ambulatoria e impedidas u obstaculizadas para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita». Pero, en realidad, si la declaración hubiese sido en calidad de imputados (y —hay que subrayarlo— el tribunal entiende que haberlos llamado a declarar como imputados sí que estaba justificado), los dos miembros del Partido Popular se habrían visto igualmente privados de libertad (privación, por otro lado, de escasa entidad). O sea, la única diferencia entre haber cometido o no un delito radica en una cuestión burocrática, en haber usado unos impresos en lugar de otros, sin que exista diferencia alguna en cuanto al valor, al bien, que se trata de proteger. ¿Y no parece esto un exceso de formalismo? ¿Estaríamos dispuestos —están los jueces dispuestos— a aplicar las leyes penales siempre con el mismo rigor que refleja la sentencia? ¿Se imaginan el número no sólo de policías, sino también de empresarios y —digamos— de «personas en situación de riesgo» que tendría que haber en nuestras cárceles si se generalizara esa actitud?

Un gran jurista contemporáneo, Luigi Ferrajoli, suele referirse al Derecho penal —a lo que debe ser el Derecho penal— como a «la ley del más débil», entendiendo que el más débil, en el momento de la comisión del delito, es la víctima, en el del proceso, el acusado, y en el de la ejecución de la pena, el condenado. Después de haber leído la sentencia, uno queda convencido de que el comportamiento de los policías condenados fue reprobable y que estaba justificado probablemente adoptar contra ellos algún tipo de sanción. Pero la que imponen los jueces (a uno de los policías, cinco años de prisión, diez de inhabilitación y diversas multas) es excesiva. La Audiencia Provincial de Madrid parece haberse guiado en su sentencia por el viejo adagio «dura lex, sed lex», que es, precisamente, la antítesis de la visión «compasiva» del Derecho penal a la que lleva un garantismo jurídico bien entendido (Atienza 2010).

1) ¿Constituye la sentencia comentada en este artículo un ejemplo de formalismo jurídico? ¿Por qué? En su fundamento tercero[11] puede leerse lo siguiente:

11. Sentencia 46/2006 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección decimosexta, de 8 de mayo de 2006.

TERCERO: EXISTENCIA, O NO, DE DETENCIÓN

La determinación en el caso enjuiciado de si hubo o no detención de don I. B. S. J. y de doña A. C. B. constituye el presupuesto, la cuestión previa que se ha de establecer para, a renglón seguido, pronunciarse [sobre] si los dos primeros acusados incurrieron, o no, en responsabilidad por el delito de detención ilegal del que son acusados. [...]

Precisando lo que antecede, esta Audiencia entiende que el atestado al que se contrae este procedimiento evidencia, fuera de toda duda de [*sic*] que don I. B. y doña A. C., si bien fueron citados en calidad de imputados y comparecieron voluntariamente, fueron detenidos tan pronto comparecieron en la Brigada Provincial de Información, tal como resulta de las ACTAS DE INFORMACIÓN DE DERECHOS AL DETENIDO, obrantes a los folios 57 y 60, respectivamente, de la causa, con lectura y consignación íntegra de los derechos que asisten a toda persona detenida, contemplados en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Evidencia que resulta aún más absoluta cuando, tras su toma de declaración asistidos de letrado designado particularmente, se extienden las DILIGENCIAS DE PUESTA EN LIBERTAD, obrantes a los folios 59 y 63, respectivamente, del procedimiento.

Lectura de derechos y de puesta en libertad que son recogidas igualmente en el cuerpo del atestado mediante diligencias obrantes a los folios 39 y 40.

Resultando una obviedad que sólo son puestos en libertad aquellos a quienes se ha privado antes de la misma.

Detenido es aquel a quien se haya privado provisionalmente de libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal (STC 107/ 85, de 7 de octubre). Tratándose, pues, de un concepto procesal, no material, de detención, la cual, como situación fáctica, consiste en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, sin que puedan encontrarse situaciones intermedias entre detención y libertad (STC 98/86, de 10 de julio). [...]

Concepto de imputado que, en principio y por su indefinición legal, planteó problemas teóricos y prácticos que fueron zanjados por el Tribunal Constitucional, afirmando, en su STC 44/85, de 22 de marzo, que el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoció la nueva categoría del imputado a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible. [...]

A don I. B. y a doña A. C. se les citó en calidad de imputados y así se recoge en el libro de telefonemas, tal como consta al folio 570, pero ya incluso antes de que lleguen a la Brigada Provincial de Información, a la que se dirigían voluntariamente, se decidió su detención. Es ésta, no otra, la orden que, recibida del jefe de la Brigada acusado R. R. M., da el inspector jefe también acusado, J. F. G., al inspector 16.444, quien, como instructor del atestado se niega a materializar por entender que ni las comparecencias recogidas ni el visionado de los videos revelaban agresiones al Ministro señor Bono ni a su escolta 57.800, ni tampoco se había identificado a nadie como autor de un acto de hostigamiento contra aquél.

Extremos que, en cuanto a la existencia de orden de detención, confirma el secretario del atestado 56.766 (acto de juicio).

No cabiendo pretender que tal instructor y secretario entendieron mal y que no era una orden de detención la que se les transmitía, pues, cesado el instructor 16.444, el inspector jefe acusado J. F. G., ante el agente 56.766, materializa

la detención de don I. B. y doña A. C.[12], haciéndoles INFORMACIÓN DE DERECHOS AL DETENIDO.

No se les consideró imputados no detenidos, sino imputados detenidos. No cabiendo admitir que, como sostuvieron en juicio los acusados, usaron tal impreso de información de derecho al detenido porque carecían de formulario o modelaje de información de derechos al imputado no detenido. Afirmación que efectúan en su legítimo derecho de defensa, siempre respetable, pero que causa estupor que un comisario jefe de la Brigada Provincial de Información, ni más ni menos, un inspector jefe de sección y un inspector jefe de grupo de la misma puedan afirmar tal extremo. Se trata de miembros de la Escala Ejecutiva del Cuerpo Nacional de Policía, quienes están obligados a conocer, y de hecho la conocen, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en concreto, el contenido de su transcrito artículo 771.2, que indica que al imputado no detenido se le instruirá de los derechos reconocidos en los apartados *a*), *b*), *c*) y *e*) del artículo 520. Regulación que, como no podía ser de otra manera, aparece recogida en la publicación que, con el rótulo de «Criterios para la práctica de diligencias por la Policía Judicial y sobre los juicios rápidos», ha hecho la Comisión Nacional de Coordinación de la Policía Judicial, en concreto, en sus páginas 113 y 114, en donde se distingue entre el imputado detenido y el imputado no detenido. Llegando incluso a recogerse el formulario de ACTA DE INFORMACIÓN DE DERECHOS AL IMPUTADO NO DETENIDO en sus páginas 148 y 149 (folio 593).

Son tales «criterios» los que en juicio el Comisario acusado dijo conocer de arriba abajo y en cualquier caso, están obligados a conocer la Ley de Enjuiciamiento Criminal en aquellos aspectos relativos a la intervención de la Policía Judicial y el impreso de información de derechos al imputado no detenido si no lo tienen, ni figura informatizado, deben elaborarlo, pues basta seguir las indicaciones que hace el meritado artículo 771.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello, naturalmente, sin perjuicio que es dato conocido que tal formulario lo contiene la intranet Sidenpol.

En suma, pudieron recibir declaración a don I. B. y a doña A. C. como imputados no detenidos, pero no lo hicieron, resolvió el acusado R. R. M. detenerlos y el también acusado J. F. G. llevó a cabo tales detenciones y durante las mismas, con una duración desde las 13'20 horas a las 16 horas, se vieron privados de su libertad ambulatoria e impedidos u obstaculizados para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita.

Y tan obvias son las detenciones que el propio comisario jefe de la Brigada acusado, en la nota informativa que hizo el 27 de enero de 2005, indica «que se les informaría de sus derechos en presencia de abogado y en función de su declaración se les pondría a disposición judicial o en libertad (folio 545 Rollo de Sala).

2) ¿Es adecuado el lenguaje utilizado en la sentencia (y no sólo en cuanto a los tratamientos a unos y a otros)? Con independencia de su carácter más o menos formalista, ¿es aceptable la decisión tomada por la Audiencia (que el Tribunal Supremo anuló al cabo aproximadamente de un año —el 29 de junio de 2007—)? ¿Por qué?

12. Aunque parezca un detalle sin importancia, quizás merezca la pena resaltar que los policías (a diferencia de los políticos detenidos y del ministro), no reciben en la sentencia el tratamiento de «don» o de «doña». ¿Tal vez porque son los acusados?

3) Identifique los argumentos empleados en el artículo «Dureza judicial» (Atienza ^{2}2006), antes transcrito. ¿Tienen suficiente peso como para justificar una decisión absolutoria? ¿Quizás dependa, el adoptar una decisión u otra, del tipo de *concepción del Derecho* o quizás de la *ideología política* que se suscriba? ¿Pero en qué sentido «depende»?

3.2,A) POSITIVISMO JURÍDICO NO SIGNIFICA FORMALISMO

Como ya se ha dicho, ninguno de los grandes positivistas del siglo XX ha sido un autor formalista. En el texto que sigue, Herbert Hart (1962) —que suele ser considerado, y con razón, como el más importante positivista jurídico de los últimos tiempos— se enfrenta con esa (falsa) identificación. Pero Hart no se limita a mostrar que los positivistas no propugnan una aplicación mecánica, logicista, de las normas y que, por lo tanto, no son formalistas en el sentido más o menos usual de la expresión. Sostiene también que ser consciente de la existencia de casos de la penumbra, esto es, de casos que no pueden resolverse simplemente mediante procedimientos deductivos, lógicos, sino acudiendo a ciertos objetivos o propósitos sociales, no supone prescindir de la separación entre el Derecho y la moral. En los casos de la penumbra se necesita, efectivamente, algún criterio acerca de lo que el Derecho «debe ser», pero ese criterio, en su opinión, no tiene por qué implicar un juicio moral.

Para explicar el concepto de la penumbra (de la vaguedad) de las palabras generales acude al ejemplo de una norma jurídica que prohíbe introducir un vehículo en un parque público. «Vehículo» tiene un núcleo de significado bien establecido, pero también una penumbra de casos difíciles; la aplicación de la norma a estos casos no puede ser materia de deducción lógica. Los «formalistas» o «literalistas» serían aquellos que ignoran los problemas de la penumbra, y esa acusación ha sido dirigida tanto a los teóricos del Derecho como a los jueces. Dirigida a los teóricos del Derecho, significa —según Hart— que éstos habrían cometido un error acerca de la naturaleza de la decisión judicial: «concebir al razonamiento allí involucrado como consistente en una deducción a partir de premisas en que las elecciones prácticas de los jueces o sus decisiones no desempeñan papel alguno» (p. 28). Hart considera que es fácil demostrar que el error no puede atribuirse a positivistas como Austin, sino a otro tipo de autores, como Blackstone o Montesquieu. Luego se ocupa del formalismo en relación con los jueces:

> ¿Qué significa precisamente que un juez comete este error, que es un «formalista», un «autómata», una «máquina»? [...] se afirma que el error formalista de los tribunales consiste en hacer un uso excesivo de la lógica, en llevar algo hasta «extremos áridamente lógicos» o en utilizar en forma inmoderada los métodos analíticos. Pero ¿de qué precisa manera hace un uso excesivo de la lógica el juez formalista? Resulta claro que la médula de este error consiste en atribuir a algún término general una interpretación ciega a los valores sociales y a las consecuencias que

de ella se deriven (o que sea torpe en algún otro sentido, o que simplemente no resulte del agrado de los críticos). Pero la lógica no prescribe interpretación de términos; no impone la interpretación torpe ni la inteligente de ninguna expresión. La lógica sólo nos dice hipotéticamente que si se acuerda a un cierto término una determinada interpretación, entonces se sigue una conclusión determinada. La lógica nada dice acerca de la forma de clasificar entes particulares, y éste es el meollo de una decisión judicial. Así que esta referencia a la lógica y a los excesos lógicos es un error de denominación para alguna otra cosa, que no puede ser otra que la que sigue. Un juez tiene que aplicar una regla a un caso concreto; por ejemplo, la regla de que no está permitido trasportar un «vehículo» sustraído cruzando la línea divisoria entre dos Estados. En este caso ha sido sustraído un avión. El juez no advierte o pretende no advertir que los conceptos generales de la regla son susceptibles de interpretaciones diferentes y que él enfrenta una elección que no está controlada por las convenciones lingüísticas. El juez ignora o no ve que se encuentra en el área de la penumbra y que no está tratando con un caso típico. En lugar de hacer su elección a la luz de los objetivos sociales, fija el significado de un modo diferente. Toma el sentido que más obviamente sugiere la palabra al hombre común, en contextos ordinarios no jurídicos, o bien toma un significado que la palabra ha recibido en algún otro contexto jurídico, o, aún peor, piensa en un caso típico y en forma arbitraria destaca luego ciertos perfiles en él; por ejemplo, en el caso de un vehículo, 1) que se usa normalmente para andar por tierra, 2) que puede transportar a un ser humano, 3) que puede moverse con propulsión propia; y trata estas tres notas como condiciones siempre necesarias y suficientes para el uso de la palabra *vehículo* en todos los contextos, sin preocuparse por las consecuencias sociales que resultan de asignarle esta interpretación. Esta elección, que no es «lógica», forzaría al juez a incluir un automóvil de juguete, siempre que tuviera propulsión eléctrica, y a excluir las bicicletas y los aviones. En todo esto hay posiblemente enorme estupidez, pero no más ni menos lógica que en el caso en que la interpretación dada a un término general y la consecuente aplicación de alguna regla general a un caso particular está controlada conscientemente por algún objetivo social reconocido (Hart 1962: 31-33).

Hart señala luego un punto de gran importancia, a saber, que es difícil encontrar ejemplos de decisiones tan ciegas, tan estúpidas como ésa y que con mucha frecuencia «lo que es estigmatizado como 'mecánico' y 'automático' es una cierta elección hecha en realidad a la luz de un propósito social, pero de un propósito social conservador» (p. 33); para ilustrarlo se refiere a varias decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos a finales del XIX y comienzos del XX, como el caso Lochner (la decisión mayoritaria [*vid.* III,7,B]). Y finalmente pasa a ocuparse de la otra cuestión: la de que la denuncia de los vicios del formalismo no implica que sea equivocada la distinción (de los positivistas) entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser:

[...] Doy por sentado que ninguno que quisiera invocar estos juicios de formalismo como prueba de que la distinción entre lo que es y lo que debe ser es equivocada, negaría que las decisiones calificadas de automáticas son derecho; ni negaría que el sistema dentro del cual tales decisiones se dictan es un sistema jurídico. Diría seguramente, que son derecho pero que son un derecho malo, que no debieran ser derecho. [...]

En lugar de expresarlo diciendo que para que una decisión judicial sea racional ha de elaborarse a la luz de algunas concepciones de lo que debe ser, habría que decir que los objetivos, los criterios de conveniencia social y los propósitos a los cuales deben recurrir los jueces si sus decisiones han de ser racionales, deben ser considerados en sí como partes integrantes del derecho, en algún significado adecuadamente amplio de «derecho», que se reputa más esclarecedor que el que le asignan los utilitaristas [se refiere a los positivistas como Bentham y Austin]. Esta reformulación del punto tendría la siguiente consecuencia: en lugar de afirmar que la aparición frecuente de cuestiones situadas en el área de la penumbra demuestra que las reglas jurídicas son esencialmente incompletas, y que cuando no sirven para determinar una decisión, los jueces se ven precisados a legislar y a ejercer así una elección creadora entre alternativas, diremos que los criterios de conveniencia social que guían la elección de los jueces están en un cierto sentido allí para ser descubiertos por ellos: que los jueces se limitan a «extraer» de la regla lo que, si se la entiende adecuadamente, está «latente» en ella. Llamar a esto legislación judicial es oscurecer alguna continuidad esencial entre los casos claros de aplicación de la regla y las decisiones en el área de la penumbra (*ibid.*: 34-35).

Hart piensa que esta última manera de hablar (o sea, incluir en la regla los criterios de conveniencia y las finalidades a la luz de los cuales se deciden los casos de la penumbra) no es plausible, por dos razones. La primera es que todo eso se puede exponer, en su opinión, de un modo «menos misterioso. Podemos decir que las leyes padecen de una incurable insuficiencia y que tenemos que decidir racionalmente los casos de la zona de penumbra teniendo en mira finalidades sociales» (pp. 38-39). Y la segunda sería ésta: «insistir en la distinción de los utilitaristas es subrayar que el núcleo fijo de significado establecido es derecho en un sentido de algún modo centralmente importante, y que si bien hay fronteras, no todo es zona de fronteras» (p. 39). Además, insiste Hart, del hecho de que para resolver inteligentemente los casos de la penumbra necesitemos alguna concepción de lo que debe ser, no se sigue que en esos casos estemos en presencia de una unión entre el Derecho y la moral, simplemente porque

[l]a expresión «deber ser» refleja meramente la presencia de algún patrón para la crítica; uno de esos patrones es el moral, pero no todos los patrones son morales. Decimos a nuestro vecino «no debes mentir» y esto puede ser, por cierto, un juicio moral, pero hay que recordar que el envenenador frustrado puede decir, «Debí haberle dado una segunda dosis». El punto es éste: las decisiones inteligentes que oponemos a las mecánicas o formales no son necesariamente idénticas a las decisiones que pueden ser defendidas con fundamentos morales [...] El contraste entre la decisión mecánica y la decisión inteligente puede así ser reproducido dentro de un sistema dedicado a perseguir los fines más perversos [...] Bajo el régimen «nazi» los hombres eran condenados por los tribunales por haber criticado el sistema imperante. Aquí la elección de la sentencia podía estar guiada exclusivamente por consideraciones sobre lo que era menester para preservar con efectividad la tiranía del Estado (*ibid.*: 36-37).

1) ¿Es acertada la concepción de la lógica —de la lógica deductiva— de Hart? ¿Podría aplicarse lo que Hart dice al caso de Recaséns Siches

(*vid.* III,7,A)? ¿Es compatible la concepción de la lógica de Hart con la de John Dewey (*vid.* II,1,A)?

2) ¿Es aceptable caracterizar el formalismo —el formalismo judicial— apelando simplemente al fenómeno de la penumbra?

3) Si Hart tiene razón en que hay pocos casos de decisiones «formalistas», esto es, que olvidan por completo los propósitos que han de perseguir las normas y las consecuencias de las decisiones judiciales, ¿significa ello que el formalismo es más que nada una ideología? ¿Qué habría que entender por «ideología»?

4) El texto de Hart, del que están tomados los anteriores extractos, fue publicado en 1958, poco antes de su obra maestra, *El concepto de Derecho* (1961), y, por tanto, es muy anterior a la crítica que tiempo después le dirigirá Dworkin. ¿Pero no son argumentos semejantes a los de Dworkin los que Hart está considerando, y rechazando, aquí (en la parte final)? ¿Tiene razón Hart al afirmar que se puede —se debe— criticar el formalismo, pero manteniéndose dentro del positivismo jurídico? El razonamiento interpretativo que hay que llevar a cabo en los casos difíciles, ¿exige o no la utilización de premisas morales?

3.2,B) POSITIVISMO JURÍDICO Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

Fernando Atria muestra en este texto (Atria 1999) la insuficiencia del positivismo jurídico cuando el mismo se entiende no como una teoría del Derecho, sino como una teoría del razonamiento jurídico, esto es, una teoría referida a la aplicación del Derecho en los casos concretos. Esa insuficiencia deriva de que para establecer qué *es* el Derecho (tanto en los casos difíciles como en los fáciles), debe previamente establecerse qué *debe ser* el Derecho, y ese «deber ser» tiene necesariamente una naturaleza moral. Esa incapacidad para poder explicar satisfactoriamente el razonamiento jurídico se daría tanto en la obra de Hart como en la de MacCormick («el primer MacCormick», el de *Legal Reasoning and Legal Theory*, libro en el que desarrolla una teoría del razonamiento jurídico sobre las bases del positivismo hartiano) y en la de Raz. En su trabajo, Atria parte de una ambigüedad que cree detectar a propósito de la tesis de la textura abierta de las normas de Hart (que le permitió al autor británico encontrar una vía media entre el «formalismo» y el «escepticismo ante las reglas»), pues la misma podría interpretarse como una tesis referida a características inescapables de los lenguajes naturales, o bien a la conveniencia de tener reglas con textura abierta (reglas que no son completamente ciertas y predecibles); o sea, como una tesis sobre el lenguaje, o bien sobre el Derecho. En este segundo sentido, la textura abierta «no es un límite externo que restringe los niveles de certeza que el derecho puede tener, sino la *consecuencia de una decisión*, una decisión acerca de cómo conciliar los requerimientos de certeza con los de adecuación» (p. 82):

[...] Pero Hart observó [...] que la idea (semántica) de textura abierta, aunque importante, no explicaba el problema del desacuerdo legal, es decir, la clarificación del significado de un término no es, en la mayoría de los casos difíciles verdaderamente importantes, el tipo de información que disuelve los problemas interpretativos de jueces y abogados. Hart observó que en muchos de estos casos lo que se discutía no era si un *x* particular era una instancia de un *X* general, sino más bien la cuestión de si una regla (clara y no ambigua) estaba diseñada para ser aplicada a los hechos que configuraban un caso concreto. Es por esto que él ofreció, en las mismas páginas de *El concepto de Derecho*, una segunda explicación del hecho del desacuerdo jurídico, una basada en la idea de que el derecho tiene una tensión interna entre (lo que yo he llamado) certeza y adecuación. [...]

La segunda interpretación (desacuerdo legal como la consecuencia de la tensión entre certeza y adecuación) no funciona tan agradablemente [como la primera interpretación de la tesis de la textura abierta: la de carácter semántico], aunque representa de modo más fiel la realidad del razonamiento legal. En ella, la «marca» que distingue un caso como difícil no es un hecho bruto (como en la primera interpretación) sino una cuestión evaluativa: el caso es (será) marcado como difícil si la demanda por certeza es, en el caso, superada por la demanda por adecuación, es decir, si la solución ofrecida por la regla es suficientemente inadecuada como para ser derrotada en el caso. Nótese que en esta interpretación es necesario, para «descubrir» la «marca» de la textura abierta, hacer una «nueva valoración» (*fresh judgment*). Ello porque esa «marca» está constituida por la respuesta al problema de cuán inadecuada debe ser la solución ofrecida por una regla para un caso para que la demanda por certeza sea derrotada, y la respuesta a esta pregunta depende, claramente, del valor relativo de cada una de estas «necesidades sociales». Desde este punto de vista, la cuestión de qué es el derecho no puede ser completamente distinguida de la cuestión de qué debe ser el derecho. En otras palabras, *para la corte* la cuestión «¿son estos patines un vehículo?» está vinculada a la pregunta «¿deben estos patines ser considerados como un vehículo?» (considérese la común manera judicial en que este problema es planteado: «¿deben ser los patines considerados como vehículos *en el sentido de esta ley*?»). [...]

La tensión, ahora, entre teoría del derecho y razonamiento legal es explicada, al menos en parte, por una diferencia de perspectiva entre ambas. Cuando de lo que se trata es de montar una teoría del derecho, lo que está en el centro de la cuestión son preguntas como ¿qué es el derecho?, ¿cuándo puede decirse que un sistema jurídico existe (es válido)?, ¿cómo puede saberse si una regla es parte de este o aquel sistema jurídico? [...] En este nivel es difícil negar la diferencia entre el derecho que es y el derecho que debe ser. El solo hecho de que muchas personas puedan razonablemente pensar, en ciertas circunstancias, que el derecho que las rige es injusto, esto es, que no es como debe ser, muestra que alguna distinción existe.

Sin embargo, cuando el foco de atención es dirigido sobre el problema del razonamiento legal, esta clara diferencia es alterada. Es todavía posible, desde luego, aplicar un derecho que es diferente del que debiera ser, y muchas veces los jueces deciden una cosa pensando al mismo tiempo que una diferente conclusión habría sido la correcta, todas las cosas consideradas. Pero hemos visto que, para aplicar el derecho *como es*, las cortes deben decidir cuál es el balance correcto entre los bienes de certeza y adecuación. El hecho obvio de que a veces las cortes se sientan obligadas a decidir de maneras que no consideran completamente satisfactorias muestra que las reglas de hecho excluyen algunas consideraciones que serían en principio relevantes. Pero el hecho igualmente obvio de que las reglas no excluyen *todas* las consideraciones contrarias a la solución contenida en la regla [...], aun cuando la regla *prima facie* parece hacerlo [...] muestra que

es necesario algo más que solamente determinar el *significado* de una regla para poder aplicarla. Y es en algún sentido irónico (o prueba de su genialidad) que Hart mismo ofreciera una descripción tan certera de qué es ese «algo más», es decir, la solución al conflicto entre los bienes de predecibilidad de las decisiones judiciales y su adecuación al caso concreto a la vista. Antes de resolver ese problema no hay cómo saber qué es el derecho para el caso, para ningún caso.

Uno podría, supongo, insistir en que éste no es un problema, y una manera de hacerlo es insistir en que la respuesta a la pregunta «¿qué es el derecho?» no tiene consecuencias para la pregunta «¿qué es el derecho para este caso?». Si pudiera sostenerse que la respuesta a la primera pregunta no implica (al menos parte importante de) la respuesta a la segunda, entonces el argumento de este artículo fracasaría. Y de hecho, se ha sostenido que «ha sido una presuposición [de la teoría analítica del derecho] que hay una distinción clara entre la pregunta filosófica, «¿qué es el derecho?» y la pregunta del abogado, «¿qué es el derecho para este o aquel caso?»[13].

Hay, desde luego, un sentido obvio en el cual estas dos preguntas son distintas, *i.e.* en el mismo sentido en el cual la pregunta «¿qué es el cáncer?» es diferente de la pregunta «¿tiene esta persona cáncer?». Pero esto no significa que una respuesta a la primera pregunta no implica (parte importante de) la respuesta a la segunda (Atria 1999: 84, 85, 89-90).

1) ¿Tiene razón Atria en la crítica que dirige al positivismo jurídico? ¿Afecta a *cualquier* tipo de positivismo jurídico?

2) Lo que está diciendo aquí Atria ¿es algo distinto a la tesis de que la solución de cualquier problema jurídico presupone una ponderación entre principios (entre el principio de certeza y el de adecuación)? ¿Es esto cierto, es decir, se necesita siempre ponderar para calificar un caso como fácil o difícil?

3) ¿Hay alguna diferencia entre el rasgo de «ironía» o de «genialidad» que Atria detecta en Hart (y que el propio Atria se incorpora) y la idea de la equidad aristotélica (o de las «razones subyacentes» de las normas)?

4) ¿Sería aceptable considerar que el positivismo jurídico es una concepción adecuada para construir una teoría del Derecho pero no para una teoría del razonamiento jurídico? ¿Puede realmente sostenerse que hay (o que debe haber) una nítida diferencia entre la pregunta del filósofo o del teórico del Derecho: qué es el Derecho, y la del jurista práctico: qué es el Derecho para este caso?

3.2,C) EL POSITIVISMO JURÍDICO: UNA TEORÍA DEL DERECHO SIN TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

En varios de sus trabajos, Luis Prieto ha defendido la tesis de que el positivismo jurídico es una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación. Esa carencia, en su opinión, no revestía una especial gravedad en épocas

13. Atria se está refiriendo aquí a un trabajo de Andrei Marmor: *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendom Press, 1995.

pasadas, pero se ha convertido en un serio desafío para el positivismo jurídico desde la irrupción del nuevo constitucionalismo, esto es, de un tipo de Derecho en el que los principios y los derechos fundamentales juegan un papel de gran relevancia. Para Prieto, el manejo de los principios y la protección de los derechos fundamentales exige inevitablemente el recurso a la ponderación que él considera como un procedimiento racional, pero que conlleva ciertos riesgos en cuanto que se trata de una operación que en lo esencial se efectúa sin «red normativa» y a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un «acuerdo intersubjetivo».

En todo caso, la apertura hacia la teoría de la argumentación que Luis Prieto propicia en «Tribunal constitucional y positivismo jurídico» (Prieto 2000) no significa renunciar al positivismo jurídico y, de hecho, en las páginas finales de ese trabajo aboga por mantener la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, a la vez que subraya que el reforzamiento que supone la argumentación no puede llevar a pensar que exista (ni en el Derecho ni en la moral) una única respuesta correcta para cada caso:

> Este modelo kelseniano será el que sirva de referencia a la justicia constitucional europea posterior a la segunda gran guerra, pero sólo en apariencia. Salvo el aspecto estructural de jurisdicción concentrada y algunos otros de carácter procesal, los actuales Tribunales Constitucionales responden más bien al esquema norteamericano de la *judicial review*. Luego tendremos oportunidad de examinar algunas de esas transformaciones, pero tal vez el elemento más decisivo que expresa el abandono de la óptica kelseniana, el primero y el que más poderosamente llama la atención, se cifra en el contenido mismo del documento constitucional, que ha dejado de ser una norma sólo organizativa o procedimental para convertirse en una norma principial o rematerializada. Y, en segundo lugar, unido a lo anterior, la apertura de la justicia constitucional a los discursos aplicativos, a la resolución de casos concretos, lo que supone tanto que el Tribunal Constitucional deja de ser un juez «abstracto», como que los Tribunales ordinarios dejan de encarnar una justicia de mera legalidad para convertirse también en una justicia de constitucionalidad. Precisamente, esa apertura explica y, a mi juicio, hace inevitable la técnica de la ponderación que más tarde intentaremos explicar y que de un modo u otro rechazan tanto Habermas como Kelsen. A partir de ahí, la justicia constitucional de nuestros días entra en abierta pugna con la tradición legalista y con el absoluto respeto a la discrecionalidad del Parlamento que inspiró la primera construcción europea de un Tribunal Constitucional. [...]
>
> Desde la perspectiva de la discrecionalidad, los principios presentan un rostro jánico. De un lado, y por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, parece que la aplicación de principios comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de reglas. Sin embargo, de otra parte, que es la que ahora más interesa, lo que parecen hacer los principios constitucionales es justamente cercenar la discrecionalidad del legislador. En el esquema del positivismo kelseniano, la Constitución era fundamentalmente una Constitución de reglas formales, de manera que allí donde éstas no resultaban concluyentes o sencillamente aparecían como irrelevantes por su falta de contenido material se abría una amplia discreción legislativa no fiscalizable por ningún tribunal. En el esquema del constitucionalismo contemporáneo, en cambio, el sistema queda, por así decirlo, saturado mediante los principios, hasta el punto de que puede afirmarse que nin-

gún problema o conflicto jurídico más o menos serio dejará de encontrar alguna orientación de sentido en la amplia panoplia de principios; con la particularidad de que estos principios, que antes han limitado la libertad política del legislador, se muestran después como dúctiles instrumentos en manos del juez. La conclusión puede formularse así: la rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia es esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional. [...]

Desde esta perspectiva, creo que es cierto que la teoría de la interpretación positivista —tal vez no la más lograda de sus aportaciones, dicho sea de paso— resulta insuficiente ante una Constitución de principios. En particular, la técnica de la subsunción no es aplicable a los principios y derechos constitucionales que presentan de forma abierta el supuesto de hecho o la condición de aplicación; mejor dicho, no es que no sea aplicable, es que sucede con frecuencia que un mismo caso resulta subsumible en dos derechos o principios tendencialmente contradictorios, como ocurre con la libertad de expresión y el derecho al honor, con la libertad en general y la seguridad colectiva o con el derecho de propiedad y los derechos sociales. Y tampoco resultan operativos los conocidos criterios de resolución de antinomias; no lo son claramente el jerárquico y el cronológico, pero, como veremos, tampoco el de especialidad. Algo semejante puede decirse de los principios entendidos como mandatos de optimización, singularmente con los derechos sociales que expresamente se configuran en España como «principios rectores de la política social y económica» (Capítulo III del Título I): la Constitución no fija con precisión el umbral mínimo de su cumplimiento y, por tanto, el juez carece de una consecuencia jurídica concluyente para aplicar al caso; o ésta se deja a la total discrecionalidad legislativa como en general se viene haciendo, pero entonces tales principios no pueden considerarse normas constitucionales; o es el juez quien establece por sí mismo ese umbral mínimo por debajo del cual empieza a operar la garantía, pero entonces es el juez y no la norma constitucional quien lo hace. Las Constituciones de principios reclaman, pues, nuevas técnicas interpretativas, técnicas que, a mi juicio, no entran en pugna con los postulados básicos del positivismo —aquí fundamentalmente con el de la discrecionalidad— pero que son ajenas a la teoría del Derecho construida por el positivismo. [...]

Ahora bien, que la ponderación no equivalga a irracionalidad no significa también que su resultado sea el fruto de la mera aplicación de normas constitucionales o, dicho de otro modo, que represente un ejercicio de racionalidad no supone que sus conclusiones vengan impuestas por la preceptiva constitucional; es una operación racional, pero una operación que en lo esencial se efectúa sin «red normativa», a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo. La Constitución, como es obvio, no establece ningún orden jerárquico de valores, bienes o derechos y decidir que el sacrificio circunstancial de uno de ellos «merece la pena» desde la perspectiva de la satisfacción de otro entraña sin duda una valoración; valoración en la que —aunque no se quiera— pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia «cuantificación» de costes y beneficios en el caso concreto. [...]

Hay algunos indicios de que la respuesta puede ser negativa, de que, pese a las apariencias, los principios y su aplicación ponderativa reducen y no amplían la discrecionalidad. Así, y aunque el argumento pueda no ser de mucho peso, no deja de resultar significativo que los más empeñados defensores de la tesis de la unidad de solución correcta, como Dworkin, ilustren sus construcciones teóricas mediante los más complejos problemas constitucionales, en los que precisamen-

te una jurisprudencia constructiva a partir de los principios viene a compensar el déficit de racionalidad de un Derecho de reglas o positivista. [...] Por mi parte, como ya he avanzado, creo que los principios y derechos fundamentales desempeñan una función bifronte o de doble sentido. Trataré de explicarlo mejor. Básicamente, el positivismo es una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación, de manera que la relativa indeterminación de las normas se resolvía a través de la discrecionalidad: discrecionalidad del legislador en primer lugar y, sometida a éste, discrecionalidad del juez, y por eso el Tribunal Constitucional kelseniano, siempre respetuoso con el legislador, sólo había de ocuparse de la dimensión reproductora o determinada de la norma inferior respecto de la superior. Pero, en este sentido, la presencia de principios en la Constitución ha venido a imprimir una mayor determinación frente al legislador, pues, por mucho que los principios suelan calificarse y, con razón, de indeterminados, lo cierto es que ofrecen pautas o estándares normativos allí donde antes sólo existía la discrecionalidad política. [...]. Sea como fuere, la aplicación de principios reclama una teoría de la argumentación especialmente refinada que pueda intentar compensar su déficit de determinación.

Por eso, la pregunta que antes quedó planteada admite una doble respuesta: desde el punto de vista de su aplicación, los principios y la técnica de la ponderación pueden incrementar la indeterminación del Derecho y la discrecionalidad de un juez antes sometido sólo al imperio de la ley, y ello por las razones que indica Comanducci: por su mayor grado de vaguedad, por la ausencia de una moral común y porque en la ponderación falta una jerarquía estable y general entre los principios. Pero desde el punto de vista del legislador sometido al control de constitucionalidad (abstracto o concreto), el mismo fenómeno parece tener justamente el efecto contrario: donde antes existía discrecionalidad política ahora se alzan los principios y, consiguientemente, la ponderación y sus cultivadores, los jueces, porque donde antes existía indeterminación ahora pretende existir determinación, aunque sea la que modestamente ofrecen los principios. Que ello suponga sustituir una discrecionalidad por otra, como pretende el legalismo menos refinado, o que, por el contrario, signifique un avance decisivo del Estado de Derecho, de manera que en lugar de decidir el legislador simplemente «lo que quiere» ahora decida el juez «lo que debe», es algo que en buena parte depende de nuestra fe en las posibilidades y alcance de la argumentación jurídica. [...]

Estas consideraciones creo que nos conducen a una última conclusión: si en algo cambia el panorama jurídico tras una Constitución de principios garantizada a través de mecanismos jurisdiccionales, es precisamente en el papel que ha de asumir la argumentación o el razonamiento jurídico; y una teoría del Derecho no puede dejar de levantar acta de este fenómeno. Aun cuando se mantenga viva la tesis de la discrecionalidad y, con ello, se dé la razón a una idea central del positivismo, no puede olvidarse que este último descuidó el cada día más extenso capítulo de la argumentación. Como acabamos de ver, el positivismo consideró que allí donde finalizaba la determinación del Derecho y aparecían los márgenes de indeterminación sencillamente se alzaban el vacío jurídico y la subjetividad de los operadores jurídicos; subjetividad que, en un marco legalista, correspondía desarrollar de forma primaria al Parlamento y, en un marco judicialista, a los jueces. Pero es ésta la imagen que difícilmente puede mantenerse en pie, pues, cualquiera que sea la fórmula técnica que distribuya las competencias entre ambos sujetos, lo que una Constitución de principios y derechos fundamentales ya no parece tolerar es que cuando aparece la autoridad del legislador, calle la razón, ni que cuando finaliza la subsunción, se abra paso la subjetividad. Si argumentar equivale en último término a justificar, el nuevo constitucionalismo encarna una exigencia de justificación o, mejor dicho, de mayor justificación: ya no basta apelar a la autoridad del órgano y al procedimiento —que es en sustancia lo que hacía el Tribunal Constitucional kelseniano—, sino que es preciso también acudir a los contenidos.

Y con esta extensión de la argumentación y, por tanto, de la justificación creo que se amplían las fronteras del Derecho y del Estado de Derecho en detrimento de la esfera más decisionista o política dominada por la libertad de configuración legislativa o por la intuición subjetiva del juez.

Para terminar, y aunque he prometido no ocuparme de este aspecto, procede advertir que ese saludable reforzamiento de la argumentación a que nos invita el constitucionalismo de principios no equivale a una feliz reconciliación del Derecho y la moral y, por tanto, creo que puede seguir manteniéndose la conocida tesis positivista de la separación. La idea del razonamiento jurídico como caso especial del razonamiento moral, al margen de que presente no pocas ambigüedades, no cancela la citada separación, ni desde la perspectiva de la dogmática constitucional ni, mucho menos, desde la óptica de una teoría del Derecho; de la imperfección del Derecho, técnica pero también moral, no escapa la argumentación. Y, por cierto, los perfiles que presenta el actual debate acerca de quién debe tener la última palabra, si el legislador o los jueces, revelan o, al menos, son un indicio de que el problema central no consiste en determinar el órgano más indicado o mejor dotado para llevar a cabo ese ejercicio de común racionalidad, que sería —creo yo— lo que debería suceder si se confiase en que por la argumentación camina irremediablemente la moral correcta. Lo que se discute son más bien problemas ideológicos y de poder sobre el presupuesto de que los resultados de la racionalidad legislativa y de la racionalidad judicial no han de ser siempre los mismos o, dicho de otro modo, sobre el presupuesto de que el común sometimiento a la Constitución que se predica, no promueve necesariamente una única respuesta, ni jurídica ni moral; tal vez porque, junto al ejercicio de racionalidad que requiere una Constitución de principios, en la legislación y en la jurisdicción queda siempre un hueco para la decisión, para el acto de poder (Prieto 2000: 172, 173, 177, 181, 191-195).

1) ¿Qué diferencias ve entre la aproximación de Prieto y la de Atria (I,3.2,B)? ¿Están realmente defendiendo uno y otro la misma tesis?

2) En la parte primera de su trabajo, Prieto se refiere a la crítica de Habermas a la ponderación (*vid.* VI,5.8,A) en los siguientes términos: «Si no me equivoco, este enfoque [el de Habermas] encuentra su paralelismo en la dogmática de los derechos fundamentales en aquellas posiciones que, en síntesis, niegan la posibilidad de límites externos a los derechos mediante el expediente de considerar que éstos, en puridad, ya vienen perfectamente delimitados desde un texto constitucional coherente; una posición 'coherentista' que, como mínimo, resulta difícil de sostener en el marco de Constituciones pluralistas dotadas de principios y derechos tendencialmente contradictorios, que plantea asimismo dificultades ante los fenómenos de indeterminación y que, a la postre, conduce a una extensión de las potestades normativas de limitación» (Prieto 2000: 165).

¿Le parece acertada la crítica de Prieto a los planteamientos de Habermas?

3) ¿Es compatible el «nuevo constitucionalismo» al que se refiere en el texto Prieto con el positivismo jurídico? Si para dar cuenta de ese nuevo constitucionalismo se necesita incorporar el ingrediente de la argumentación, ¿habría que cerrar el paso —para seguir siendo positivista— a la utilización de razones morales en el razonamiento jurídico? ¿Pero podría

explicarse, entonces, cómo los jueces y otros operadores jurídicos argumentan?

3.3,A) LA CRÍTICA DE FRANK AL SILOGISMO JUDICIAL

En los fragmentos que siguen, tomados de un libro publicado en 1930, *Law and the Modern Mind* (Frank 1930), el juez Jerome Frank empieza mostrando en qué consiste la debilidad de la lógica formal, del silogismo judicial. Pasa luego a indicar que el proceso de razonamiento del juez ha de ser explicado en términos psicológicos: recorre un camino que comienza con la formulación tentativa de una conclusión, y no a partir de normas y de hechos (las premisas del silogismo). Y termina sugiriendo que la falta de reconocimiento de cómo realmente razonan los jueces se explica por una actitud emocional de tipo infantil que lleva a los juristas a no querer conocer la realidad del proceso judicial:

Comoquiera que se derive el principio [la premisa mayor], este método del razonamiento silogístico, que es el de la lógica formal, es el método usado por los tribunales hoy. A causa de su uso, las conclusiones parecen inescapables e inevitables. Esta certeza semejante a la de una máquina, sin embargo, es artificial y oculta una debilidad fatal. Pues contra la dirección de la escuela[14] podría haberse tomado una decisión y, en tal caso, podría haberse justificado, con un razonamiento que habría parecido de manera semejante inevitable. El tribunal podría haber argumentado así. Los funcionarios que administran el fideicomiso de la oficina pública pueden discriminar de manera no irrazonable entre candidatos al empleo. Éste es un principio eterno de justicia o un principio que puede encontrarse en muchos casos anteriores (es tu premisa mayor). Denegar el empleo a un profesor porque rechaza aceptar no adherirse a una organización de profesores es una discriminación irrazonable (y aquí está tu premisa menor). La conclusión ineluctable es que la dirección de la escuela no puede justificadamente rechazar contratar a un profesor a causa de su rechazo a firmar un contrato mediante el que acuerda no hacerse miembro del sindicato de profesores.

La debilidad del uso de la lógica formal queda ahora de manifiesto. El tribunal puede decidir en un sentido o en otro y en cualquiera de los dos casos puede hacer que su razonamiento aparezca libre de errores. La lógica formal es lo que su nombre indica; trata con la forma y no con la sustancia. El silogismo no suministrará ni la premisa mayor ni la premisa menor. El «comodín» se encuentra en la selección de las premisas. En la gran mayoría de los casos que llegan ante los tribunales, la selección de los principios, y la determinación de si los hechos deben ser establecidos en términos de una u otra premisa menor, son las tareas principales que ejecutar. Éstas son tareas difíciles, llenas de azares y de incertidumbres, pero los azares y las incertidumbres son ordinariamente ocultados mediante la utilización tramposa de la lógica formal [...].

Mientras que «el papel dominante de la conclusión» en el caso de los abogados es claro, lo es menos en el caso del juez. Pues las descripciones respetables

14. Frank se refiere a un caso en que un tribunal tiene que decidir si se puede denegar el empleo a un profesor basándose en que la dirección de la escuela había establecido la obligación de incluir en el contrato una cláusula con el compromiso de no adscribirse a un sindicato de profesores.

y tradicionales del proceso de juzgar por parte de los jueces no admiten tal explicación de trabajo hacia atrás. En teoría, el juez empieza con alguna regla o principio de Derecho como su premisa, aplica esta premisa a los hechos, y llega así a su decisión.

Ahora, dado que el juez es un ser humano y dado que ningún ser humano en su proceso normal de pensamiento llega a decisiones (excepto cuando trata con un número limitado de situaciones simples) siguiendo la ruta de tal razonamiento silogístico, es justo asumir que el juez, simplemente por ponerse la toga, no adquirirá un método tan artificial de razonamiento. Los juicios judiciales, como otros juicios, sin duda, en la mayoría de los casos se elaboran hacia atrás, a partir de conclusiones tentativamente formuladas. [...]

Pero la concepción de que los jueces operan hacia atrás, desde las conclusiones a los principios es tan herética que raramente resulta expresada. Diariamente, los jueces, en conexión con sus decisiones producen las llamadas motivaciones [*opinions*] en las que pretenden exponer las bases de sus conclusiones. Sin embargo, estudiarás esas motivaciones en vano para descubrir algo remotamente semejante a un enunciado del proceso real de juzgar. Están escritas en conformidad con la teoría consagrada por el tiempo. Dibujan a un juez que aplica reglas y principios a los hechos, es decir, que toma alguna regla o principio (usualmente derivados de motivaciones de casos anteriores) como su premisa mayor, emplea los hechos del caso como la premisa menor, y llega entonces a su decisión mediante procesos de puro razonamiento. [...]

Podemos aceptar esto[15] como una descripción aproximadamente correcta de cómo los jueces efectúan sus pensamientos. Pero veamos las consecuencias. Si el Derecho consiste en las decisiones de los jueces y si esas decisiones están basadas en las corazonadas de los jueces, entonces la manera como el juez llega a sus corazonadas es la clave del proceso judicial. Lo que sea que produzca las corazonadas de los jueces es lo que crea el Derecho.

¿Cuáles son, entonces, los productores de corazonadas? ¿Cuáles son los estímulos que hacen que un juez sienta que debe tratar de justificar una conclusión antes que otra?

Las reglas y los principios de Derecho son una clase de tales estímulos. Pero hay muchos otros, ocultados o no revelados, no considerados con frecuencia en las discusiones acerca de la naturaleza del Derecho. En la medida infrecuente en que esos otros estímulos han sido tomados en consideración, las referencias a ellos han sido en términos de «prejuicios políticos, económicos y morales» de los jueces. Una rápida reflexión induciría realmente a cualquier persona de mente abierta a admitir que en la mente del juez deben estar operando factores de ese carácter.

¿Pero no son esas categorías —sesgos políticos, económicos y morales— demasiado gruesas, demasiado crudas, demasiado amplias? Dado que los jueces no son una raza distinta y que sus procesos de juicio deben ser sustancialmente del mismo tipo que los de los otros hombres, se podría facilitar un análisis de la manera como los jueces llegan a sus conclusiones si se contesta a la cuestión de: ¿cuáles son los factores ocultos en las inferencias y pareceres de los hombres ordinarios? La respuesta seguramente es que esos factores son múltiples y complicados, y dependen frecuentemente de rasgos individuales de carácter peculiar de las personas cuyas inferencias y pareceres [*opinions*] tienen que ser explicados. Esos factores individuales únicos son causas más importantes de los juicios

15. Frank se refiere a la teoría de la corazonada del juez Hutchenson: el *flash* de comprensión intuitiva que permite dar el salto de la cuestión a la decisión.

que cualquier cosa que pueda ser descrita como sesgos políticos, económicos o morales. [...]

¿Por qué tal resistencia a la verdad? ¿Por qué ha habido tan poca investigación sobre las realidades del proceso judicial? Si estamos en lo correcto al asumir que la verdadera sustancia del Derecho desencadena actitudes emocionales de tipo infantil, podemos quizás encontrar una respuesta a esas cuestiones.

Es una característica marcada del niño en su edad temprana, escribe Piaget, que piensa poco acerca de su pensamiento. Se enfrenta con dificultades extremas si se le pide que dé cuenta del «cómo» de sus procesos mentales. No puede reflexionar sobre su propio razonamiento. Si se le pide que establezca cómo alcanza una conclusión, es incapaz de restablecer su propio proceso de razonamiento y, en lugar de ello, inventa un relato artificial que de alguna forma parecerá que le conduce al resultado. No puede explicar correctamente qué hizo para alcanzar ese resultado. «En lugar de dar una visión retrospectiva, comienza con el resultado que ha obtenido como si lo hubiese conocido de antemano y entonces da un paso más o menos elaborado para encontrarlo de nuevo [...] Empieza con su conclusión y argumenta hacia las premisas como si hubiese conocido desde el principio adónde le llevarían esas premisas». [...]

No sería sorprendente, entonces, encontrar que, al tratar con una materia que estimula las actitudes emocionales de tipo infantil, no sea muy vigorosa la inclinación hacia un análisis crítico de los motivos que yacen detrás del pensamiento. Si vemos el Derecho como tal tipo de materia, tenemos una llave para nuestro rompecabezas. Los abogados andan siempre buscando los motivos y los sesgos de los clientes y de los testigos, pero son particularmente reacios a buscar los motivos y los sesgos de los jueces. Sin embargo, esa curiosidad, deliberadamente cultivada, tendría que constituir el verdadero núcleo del trato inteligente con el Derecho. Que sea virtualmente inexistente es quizás debido a la supervivencia de la resistencia infantil a la introspección con referencia al pensamiento acerca del Derecho. La insinuación de que el pensamiento judicial pueda ser pensamiento motivado se recibe usualmente con burla o diversión, como si la noción de que los jueces tienen motivos ocultos fuera absurda (Frank 1930: 70-71, 109, 111-114, 125-126).

1) Frank tiene, sin duda, una idea más clara que Recaséns Siches (*vid.* III,7,A) acerca de la naturaleza y los límites de la lógica formal, ¿pero no estará confundiendo en este texto los «motivos» y las «razones» de las decisiones o, con otras terminologías, las razones explicativas y las justificativas, el contexto de descubrimiento y el de justificación de las decisiones judiciales (*vid.* II,5)?

2) ¿Tiene alguna razón Frank al referirse a la «mentalidad infantil» de los juristas? Esa mentalidad sería también, en su opinión, lo que explica la existencia de lo que llama el «mito básico»: la creencia en la certeza del Derecho. ¿Qué piensa de ello?

3.4,A) LA FÓRMULA DE RADBRUCH

En las argumentaciones efectuadas por los jueces en los últimos tiempos es muy raro encontrar ejemplos en los que aparezca una invocación al Derecho natural. La excepción más notable quizás sea el uso por parte de tribunales alemanes (después de la segunda guerra mundial

y, de nuevo, tras la reunificación alemana) de la llamada «cláusula de Radbruch».

Gustav Radbruch (1878-1949) había sostenido una concepción positivista del Derecho y un radical relativismo axiológico en sus primeras obras, pero cambió de opinión como consecuencia de la experiencia del nacionalsocialismo; Radbruch había sido ministro en Alemania y se opuso al régimen nazi, que le excluyó de toda actividad pública en 1933 y le sometió a diversas vejaciones. En un famoso artículo de 1946, «Arbitrariedad legal y Derecho supralegal» (Radbruch 1962), Radbruch sostuvo que «[e]l positivismo ha desarmado, de hecho, a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrario y delictivo» (p. 35), y animó a «la lucha contra el positivismo» en nombre de un «Derecho supralegal», que en este trabajo no califica de «Derecho natural», aunque el propio Radbruch sí que habla de Derecho natural (o de «naturaleza de la cosa») en otros escritos de esa época. En todo caso, la idea de Radbruch es que las normas contrarias a principios básicos de la justicia (las que excluyen radicalmente la igualdad de trato, «tratan a los hombres como subhombres y les niegan derechos humanos» [p. 40] o establecen penas absolutamente desproporcionadas) no son Derecho válido, sino solamente ejemplos de arbitrariedad. Y esa «cláusula de Radbruch» fue utilizada por diversos tribunales alemanes de la postguerra para condenar a autores de acciones que eran legales según las normas en vigor en la época nazi, pero que entraban en contradicción con esos principios elementales de justicia; por ejemplo, para condenar (por privación ilegal de la libertad) a una mujer que había denunciado a su esposo por injurias a Hitler, sabiendo que con ello daría lugar a una grave condena para aquél (de hecho, a la pena de muerte, aunque parece que el esposo no fue ejecutado, sino mandado al frente). El caso, por cierto, fue también discutido por Hart[16]. Este último mostró su simpatía personal hacia la actitud de Radbruch, pero le pareció equivocada la tesis de que una norma pudiera ser considerada como inválida por ser injusta, pues eso significaría poner en cuestión la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral. Hart se dio cuenta, obviamente, del dramatismo del caso, de lo insatisfactorio que resultaría absolver a la mujer; pero condenarla por razón de que «ciertas leyes no pueden ser derecho por su iniquidad moral» le pareció oscurecer las cosas, ocultar el conflicto: «si hablamos con claridad [...] diremos que las leyes pueden ser derecho, aunque sean demasiado malas para ser obedecidas». Por eso, él juzgó preferible una tercera opción: «aplicar una ley francamente retroactiva, con plena conciencia de lo que se sacrificaba al asegurar la condena por esta vía» (Hart 1962: 49 y 47).

16. En el texto recogido en I,3.2,A: «El positivismo y la separación entre el Derecho y la moral».

Como antes se ha señalado, algunos tribunales alemanes volvieron a hacer uso de esa cláusula cuando tuvieron que enjuiciar los casos de los tiradores del muro. Se trataba de elucidar si los guardias fronterizos de la RDA y sus superiores (incluidos los dirigentes políticos del régimen) podían ser perseguidos por homicidio al haber disparado a matar (o haber dado la orden de hacerlo o aprobado normas con ese contenido) a quienes trataban de cruzar la frontera desde la Alemania oriental a la occidental. En el texto que sigue (tomado de «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal» [Alexy 2000]), Robert Alexy se muestra firmemente partidario de utilizar la cláusula de Radbruch, tal y como hizo, sobre todo, el Tribunal Supremo Federal en diversas resoluciones; y desliza algunas críticas al Tribunal Constitucional Federal precisamente porque considera que no fue suficientemente claro en el uso de la cláusula de Radbruch. Según Alexy, la utilización de esa cláusula no necesariamente (o no en todos los casos) significa justificar una condena, pues podría faltar el requisito de culpabilidad: algunos jóvenes guardias podrían no haber tenido clara conciencia de que se trataba de «Derecho extremadamente injusto» (caben, en su opinión, casos de «ceguera moral»). Pero supone negar validez a ese tipo de normas, con lo que se resuelve también el problema de la irretroactividad: si las normas no constituían Derecho válido, entonces no podían configurar una «causa de justificación» que excepcionara la prohibición de homicidio:

En cuanto a la primera cuestión [el guardia fronterizo sólo puede ser penado si hay algo que elimine o neutralice la justificación otorgada por el Derecho positivo de la RDA], se trata de determinar si la justificación otorgada entonces por el derecho positivo puede ser eliminada mediante un derecho supra-positivo. Esto es lo que el Tribunal Supremo Federal afirma recurriendo a la Fórmula de Radbruch, la cual el propio tribunal había ya esgrimido en su jurisprudencia sobre el derecho injusto del nacional-socialismo, y cuya aplicación a las muertes en la frontera interior alemana sostiene con ahínco, enfrentando así —por lo demás, con pleno acierto— abundantes voces críticas de la doctrina. La Fórmula de Radbruch es expresión de un concepto no positivista del derecho. Según este concepto, lo que sea el derecho viene determinado no sólo por la positividad válida y formalmente establecida y por la eficacia social, sino también por su contenido [de justicia material]. Lo que tiene de especial la Fórmula de Radbruch es que postula una conexión necesaria entre derecho y moral, pero sin pretender un solapamiento total entre ambos. Así, por razones de seguridad jurídica, el derecho positivizado y eficaz no deja de ser derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos. La Fórmula introduce únicamente un límite excepcional en el [concepto de] derecho. Según ella, el derecho positivo sólo pierde su validez (*Geltung*) cuando, como dice Radbruch: «La contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que 'derecho injusto' (*unrechttiges Recht*), ha de ceder ante la justicia». Tal es el caso cuando se traspasa el umbral del derecho extremadamente injusto. Podemos, por tanto, dar a la Fórmula de Radbruch esta redacción abreviada: El derecho extremadamente injusto no es derecho.

Desde su primera sentencia sobre los centinelas del muro de 1994, el Tribunal Supremo Federal ha desarrollado una jurisprudencia que ya a estas alturas

deberíamos llamar «constante» o «permanente». Según ésta, y pese a las innegables diferencias que median entre el derecho injusto del nacionalsocialismo y el de la RDA, la citada fórmula ha de aplicarse también a los homicidios en la frontera interior alemana. Pues bien, otro tanto ocurre en el presente caso. La justificación de la muerte del fugitivo, resultante del derecho entonces vigente en la RDA, es declarada ineficaz a causa de su «agresión abierta e insoportable contra mandatos elementales de la justicia y contra los derechos humanos protegidos por el Derecho Internacional». En casos semejantes, «el derecho positivo ha de ceder ante la justicia» (Alexy 2000: 204-205).

En la siguiente página puede verse un esquema de la argumentación de Alexy y de las diversas instancias judiciales alemanas.

1) ¿Se necesita ser partidario del Derecho natural para apoyar —como en el texto hace Alexy— la utilización de la «cláusula Radbruch»? ¿Qué habría que entender, entonces, por «Derecho natural»? ¿Es lo mismo «Derecho supralegal» que «Derecho natural»?

2) ¿Tiene razón Hart en la crítica que dirige a Radbruch? ¿Es cierto que la postura de Radbruch «oscurece las cosas» y hace más difícil (o menos clara) la crítica al Derecho establecido?

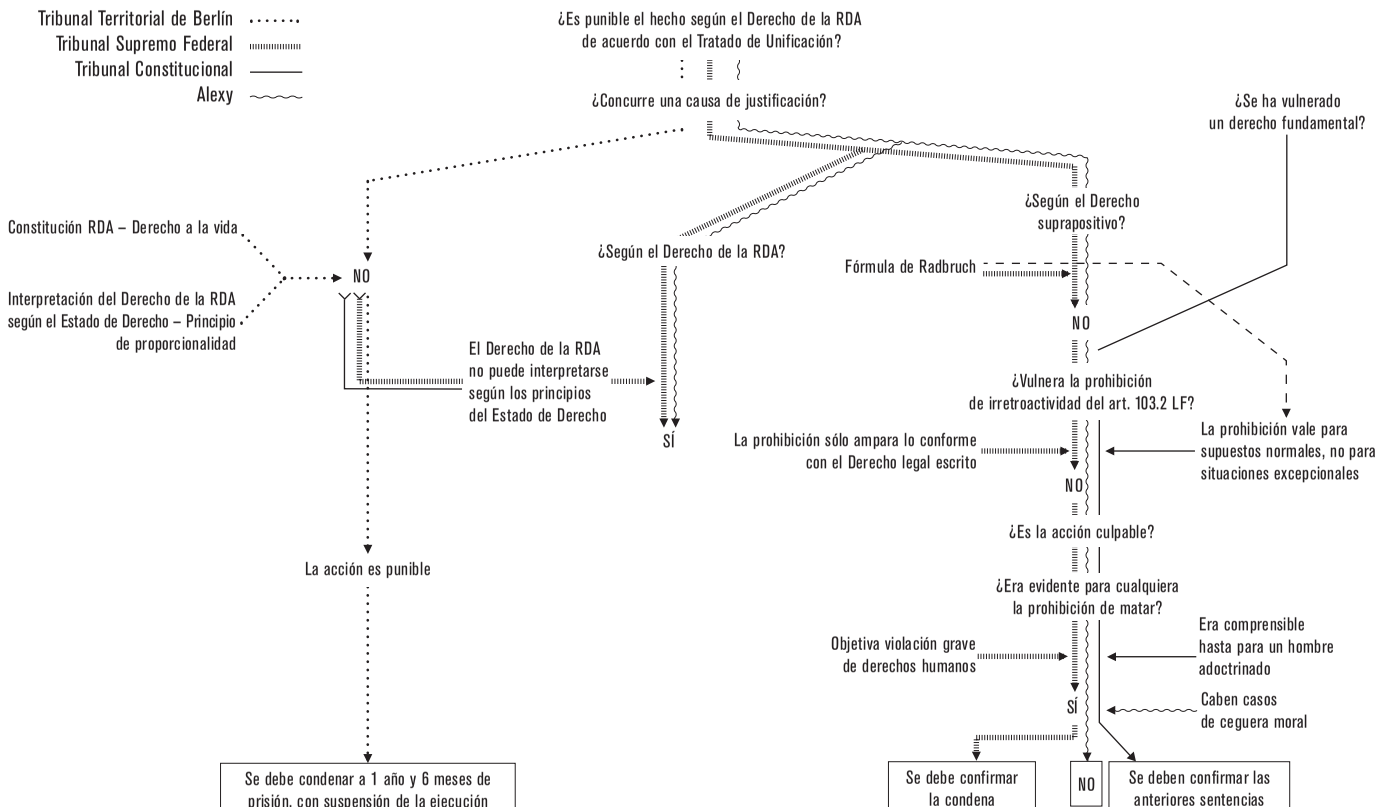
3) ¿Actuaron bien los tribunales alemanes que hicieron uso de esa fórmula? Alexy critica la actuación de algunos tribunales que dictaron resoluciones condenatorias en esos casos, pero lo hicieron alegando que los actos eran contrarios al Derecho de la RDA; la crítica de Alexy es que, para ello, tuvieron que interpretar el Derecho de la RDA según los principios del Estado de Derecho (las normas en cuestión no serían Derecho por infringir el principio de proporcionalidad), lo que suponía crear una ficción.

4) ¿Necesitaríamos hoy, en la era del constitucionalismo, recurrir a la «cláusula de Radbruch»? ¿No bastaría con echar mano de los principios constitucionales, que son «Derecho supralegal»? ¿Cabría pensar en la utilización de esa «fórmula de Radbruch» en relación con la justicia transicional, o basta con acudir al Derecho internacional? ¿Tal vez hubiese que considerar a la «fórmula de Radbruch» como el «respaldo último» (en el sentido de Toulmin) de las argumentaciones en las que se plantean problemas de validez?

3.4,B) EL DERECHO NATURAL Y LOS CASOS TRÁGICOS

El texto de Lon L. Fuller *El caso de los exploradores de cavernas* (Fuller 1961) se publicó en 1949 y, como escribe Carrió en su presentación a la edición española —y he podido comprobar en numerosas ocasiones—, «está especialmente adaptado para servir de valiosa herramienta en la enseñanza del Derecho» (p. 6). Fuller presenta aquí un caso ficticio (inspirado, al parecer, en hechos reales, pero el autor traslada la acción al año 4300) que, en síntesis, es el siguiente. Un grupo de espeleólogos queda atrapado en una caverna. Al cabo de un tiempo pueden comunicarse con el exterior y se les informa de que, en el caso de que se logre

EL CASO DE LOS TIRADORES DEL MURO



rescatarlos, eso no va a ocurrir hasta pasados bastantes días, lo que supone que, para entonces, todos ellos habrán muerto de inanición. Ante esa situación, deciden dar muerte a uno de ellos (que se elige mediante un procedimiento azaroso: echándolo a los dados) para que los restantes puedan comérselo y, de esa manera, sobrevivir los días que faltan hasta salir al exterior. Logran, en efecto, ser rescatados, pero se los juzga y condena a muerte en aplicación de una disposición legal vigente en el país y que reza así: «Quienquiera que privare intencionadamente de la vida a otro, será castigado con la muerte». El caso llega, en apelación, a la Corte Suprema, la cual confirma la sentencia condenatoria. El texto de Fuller recoge el parecer razonado (pero hay cierta ambigüedad en cuanto a si se trata de la deliberación que tiene lugar en el interior del tribunal, o bien de la motivación de la sentencia: el texto publicado con —en su caso— los correspondientes votos disidentes y/o concurrentes) de los cinco miembros del tribunal, que representan otros tantos tipos de jueces.

Dicho de manera telegráfica. El presidente del tribunal, Trepenny, vota a favor de confirmar la sentencia (condenatoria), porque la ley está redactada en términos que no permiten ninguna excepción, pero confía en que el poder ejecutivo indultará a los acusados: se lograría así que se aplique la ley, al tiempo que se evita una consecuencia indeseable. Foster (que se supone representa el punto de vista de Fuller) defiende la necesidad de revocar la sentencia y aduce para ello dos razones: una consiste en invocar el Derecho natural, y la otra se basa en cierta concepción de la interpretación. Tatting considera que se trata de un caso trágico: tanto la confirmación como la revocación le parecen soluciones inaceptables y, como no logra salir del *impasse*, opta por retirarse del caso. Keen cree que, puesto que la función de los jueces es exclusivamente la de aplicar el Derecho vigente —no plantearse cuestiones de justicia— y las normas deben interpretarse según lo que ellas dicen y no conforme a propósitos de las mismas imaginados por sus intérpretes, la solución del caso es clara: la sentencia debe confirmarse, pues los acusados habían dado muerte *intencionadamente* al otro espeleólogo. Finalmente, Handy considera que el caso debe resolverse no echando mano de teorías abstractas, sino apelando al sentido común que en este caso viene a decir (como resulta claramente expresado por la opinión pública) que sería completamente absurdo imponer cualquier castigo a los acusados; propone, pues, revocar la sentencia y acepta que, para ello, se use el segundo de los argumentos de Foster. Veamos, entonces, la argumentación completa de Foster:

> [...] Creo que en este caso está en juicio algo más que el destino de estos infortunados exploradores; está en juicio el derecho de nuestra Commonwealth. Si esta Corte llega a declarar que de acuerdo con nuestro derecho estos hombres han cometido un crimen, entonces nuestro derecho mismo resultará condenado ante el tribunal del sentido común, cualquiera que sea la suerte final de los individuos implicados en este recurso de apelación. Pues nuestra afirmación de que el derecho que como jueces sostenemos y enunciamos nos arrastra a una conclusión

que nos avergüenza y de la que sólo podemos librarnos apelando a excepciones diferidas al capricho del Poder Ejecutivo, equivale, pienso, a la admisión de que el orden jurídico de esta Commonwealth no pretende ya realizar la justicia.

Personalmente no creo que nuestro derecho haga necesaria la monstruosa conclusión de que estos hombres son asesinos. Creo, por el contrario, que los declara inocentes de todo crimen. Apoyo esta conclusión en dos fundamentos independientes que bastan, cualquiera de ellos, para justificar la absolución de los acusados.

El primero de estos fundamentos se basa en una premisa que puede despertar oposición si no es analizada sin prejuicio. Sostengo que todo el derecho positivo de esta Commonwealth, incluyendo todas sus leyes y todos sus precedentes, es inaplicable a este caso, y que el mismo se halla regido por lo que los antiguos autores de Europa y América llamaban «el derecho natural».

Esta conclusión se basa en la proposición de que nuestro derecho positivo presupone la posibilidad de la coexistencia de los hombres en sociedad. Al surgir una situación en la cual tal coexistencia de los hombres se hace imposible, entonces ha dejado de existir una condición implícita en todos nuestros precedentes y en todas nuestras leyes. Cuando esta condición desaparece, en mi opinión, desaparece con ella toda la fuerza de nuestro orden positivo. [...]

Cualesquiera que sean los objetivos que persigan las distintas ramas de nuestro derecho, resulta claro a la reflexión que todas ellas están encaminadas hacia la finalidad de facilitar y mejorar la coexistencia de los hombres, y regular en forma razonable y equitativa las relaciones de su vida en común. [...]

Ahora bien, sostengo que un caso puede ser sustraído de la fuerza de un orden jurídico, no sólo en sentido geográfico sino también moral [...] que cuando aquellos hombres tomaron su funesta decisión, se hallaban tan remotos de nuestro orden jurídico como si hubieran estado mil millas más allá de nuestras fronteras. [...]

Llego por ello a la conclusión de que en el momento en que Roger Whetmore perdió su vida a manos de estos acusados, todos ellos [...] se encontraban no en un «estado de sociedad civil», sino en «estado de naturaleza». Tal cosa tiene como consecuencia que el derecho a ellos aplicable no sea el derecho sancionado y establecido por esta Commonwealth, sino el que se deriva de aquellos principios adecuados a su condición. No vacilo en decir que bajo aquellos principios no son culpables de crimen alguno. [...]

Los poderes del Gobierno sólo pueden justificarse moralmente sobre la presuposición de tratarse de poderes que hombres razonables convendrían y aceptarían en caso de confrontarse con la necesidad de tener que volver a construir algún orden para hacer posible la vida en común. [...]

Mi segundo fundamento presupone el rechazo por vía de hipótesis de todas las premisas con las cuales he trabajado hasta ahora. Concedo a los fines de la argumentación que estoy equivocado al afirmar que la situación de estos hombres los sustrajo de los efectos de nuestro derecho positivo. [...]

Ahora bien, es perfectamente claro, por supuesto, que estos hombres han cometido un acto que viola el texto literal de la ley que dice que quien «intencionadamente privare de la vida a otro» es un asesino. Pero uno de los fragmentos más antiguos de sabiduría jurídica nos dice que un hombre puede violar la letra de la ley sin violar la ley misma. Toda proposición del derecho positivo, ya contenida en una ley, ya en un precedente judicial, debe interpretarse en forma razonable, a la luz de su propósito evidente. [...]

La disposición que ahora debemos interpretar jamás ha sido aplicada literalmente. Cientos de años atrás se estableció que matar en defensa propia es excusable. Nada hay en la letra que sugiera esa excepción [...] La verdad es que la excepción a favor de la defensa propia no puede reconciliarse con las *palabras* de la ley, sino sólo con su *propósito*.

La verdadera reconciliación de la excusa de defensa propia con la ley que define como delito el matar a otro se halla en el siguiente razonamiento. Uno de

los principales objetivos de toda legislación penal es el de motivar a los hombres a no cometer crímenes. Ahora bien, es evidente que si se declarara que la ley califica la defensa propia como asesinato, tal regla no podría operar de una manera preventiva. [...]

Si, en lo futuro, cualquier grupo de hombres se hallare alguna vez en las mismas circunstancias trágicas de estos acusados, podemos estar seguros de que su decisión ante la alternativa de vivir o perecer no estará controlada por el contenido de nuestro Código Penal. Por ende, si leemos esta ley inteligentemente, se hace claro que ella no es aplicable al presente caso. La eliminación de esta situación de los efectos de la ley se justifica precisamente por las mismas consideraciones aplicadas por nuestros colegas hace cientos de años al caso de la defensa propia.

[...] La línea de razonamiento que acabo de aplicar no plantea el problema de la fidelidad a las disposiciones legisladas, si bien puede quizás llegar a plantear el problema de la distinción entre la fidelidad inteligente y no inteligente. Ningún superior desea un criado que carezca de la capacidad de leer entre líneas. La sirvienta más estúpida se da cuenta de la intención de su patrona cuando se le ordena «pelar la sopa y espumar las papas» [...]. La corrección de obvios errores u omisiones legislativas no significa suplantar la voluntad del legislador, sino hacerla efectiva (Fuller 1961: 18-32).

1) ¿Es aceptable el primero de los argumentos de Foster, la aplicación del Derecho natural? Una de las objeciones que al mismo presenta el juez Tatting (los otros ni siquiera lo toman en consideración) es que un juez (una autoridad instituida por el Derecho positivo) no tendría competencia para establecer o aplicar una ley de la naturaleza. ¿Cabría, en todo caso, extender la argumentación de Foster a casos menos trágicos y extraordinarios que el que aquí se plantea? En definitiva, aunque se aceptara la validez de esos razonamientos de Derecho natural, ¿serían realmente de utilidad?

2) ¿Está bien fundamentada la teoría de la interpretación que trae a colación Foster? El juez Keen (que representa una posición claramente iuspositivista) le objeta que, en casos como ése (en casos, en general, de alguna dificultad), el propósito de las leyes o no existe o no podemos conocerlo, de manera que lo que vendría a hacer Foster sería, en realidad, crear una laguna para convertir a los jueces en legisladores. El método que usa para ello podría sistematizarse (según Keen) en tres pasos: «El primero consiste en adivinar algún único 'propósito' al que la ley sirve. Esto se hace aunque ni una sola ley entre ciento tiene tal propósito único, y aunque los objetivos de casi todas las leyes son diferentemente interpretados por los distintos grupos de sus defensores. El segundo paso es descubrir que un ente mítico, llamado 'el legislador', en la busca de aquel imaginario 'propósito' omitió algo o dejó alguna laguna o imperfección en su obra. Luego sigue la parte final y más placentera de la tarea, o sea, llenar la laguna así creada. *Quod erat faciendum*» (p. 53). En todo caso, ¿existe algún tipo de vinculación entre el Derecho natural y esa teoría de la interpretación? ¿Supone necesariamente el Derecho natural suscribir una concepción antiformalista del Derecho?

3.5,A) TRES MODELOS DE JUEZ

Duncan Kennedy, quizás el más caracterizado representante del movimiento «Critical Legal Studies», presenta aquí (Kennedy 1997) una tipología de jueces que actúan estratégicamente, en relación con un problema de interpretación y en un proceso de apelación. Con ello se refiere a los jueces que no se limitan a ser «fieles» al Derecho (ésa sería para él una conducta no estratégica), sino que tienen una clara preferencia ideológica, externa al Derecho, y tratan de dar a los materiales jurídicos (a las normas jurídicas) una interpretación (de entre las varias posibles) acorde con esa opción ideológica. Por lo demás, Kennedy entiende que la manera como operan esas preferencias de los jueces (el que sean conservadores o liberales —en el sentido estadounidense de la expresión—) ha de entenderse de acuerdo con lo que Sartre llamaba «mala fe». Eso quiere decir que los jueces son semi-conscientes (conscientes e inconscientes al mismo tiempo) de su comportamiento estratégico. Al negar que las ideologías jueguen un papel en su actuación en cuanto jueces, no están simplemente mintiendo, sino negando el conflicto (entre hacer justicia y seguir el Derecho), presentando una imagen de la función judicial que les resulta psicológicamente más confortable; a ellos y a la comunidad jurídica que les sigue el juego. Ocultan la verdad (el Estado de Derecho, el imperio de la ley, no guía su comportamiento, sino que simplemente pone unos límites a la persecución de sus objetivos políticos) porque les resulta incómoda; su actitud les sitúa, pues, entre la buena fe y el cinismo.

ESTRATEGIZAR LA CONDUCTA ESTRATÉGICA EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA [...]

TRES TIPOS JUDICIALES

A) El juez activista (restringido)

Los abogados conceptúan a algunos jueces como activistas restringidos, refiriéndose con ello a la imagen que ellos (los abogados) tienen de cómo obran los jueces, una imagen que usan para predecir lo que esos jueces harán. He aquí mi versión de la imagen de los abogados. Supongamos que el juez, en una primera aproximación al caso, tiene una idea clara acerca de cuál es la regla de *common law* aplicable y de cómo interpretarla. Pero supongamos que, si fuera un legislador, no desearía que esa regla se aplicara a ese tipo de casos y la cambiaría (prospectiva o retrospectivamente) añadiéndole una excepción.

Supongamos además que, si se le pidiera que explicara su disconformidad con «el Derecho» y la dirección en la que lo cambiaría, ofrecería una crítica política de la regla y una justificación política de la excepción propuesta que uno identificaría con la «ideología conservadora». Finalmente, supongamos que ese juez tiene una opinión crítica similar, políticamente conservadora, de muchas otras reglas y que nunca o casi nunca critica las reglas en un sentido que pueda hacerle parecer como un liberal.

Este juez no tiene intención de desobedecer el Derecho. Lo que hace de él un activista restringido es que dedica una gran cantidad de tiempo y de energía a elaborar una interpretación jurídica distinta a la que en principio parece la mejor. [...]

Llamo a este juez activista porque tiene un motivo «extrajurídico», es decir, la consecución de un resultado justo [...] Nótese que esta forma de activismo está orientada hacia *las reglas jurídicas*. [...]

En el curso de su trabajo, el juez va y vuelve entre las razones a favor de su nueva interpretación jurídica y las mejores razones en su contra, con un espíritu de fidelidad a los materiales. Pero hace esto con una finalidad: la de establecer que la solución legislativa que prefiere es la solución jurídica correcta. En la persecución de esta finalidad, no es neutral a la hora de usar sus recursos. Ha empleado mucho tiempo inventando una estrategia, sumergiéndose en los libros, manteniéndose todo el tiempo alerta para eventuales pedazos de material que pudieran ser útiles para construir su argumentación.

En el desarrollo de la mejor argumentación contra su posición, su motivo ha sido defensivo. Es decir, ha tratado de pensar en lo que diría sobre su alternativa alguien que estuviera tan dispuesto a mantener la primera impresión como él lo está a derribarla. Cuando considera que tiene una respuesta satisfactoria a las objeciones en las que puede pensar, detiene su investigación y se pone a la tarea constructiva de reforzar su propia posición, imaginando otra objeción para refutar.

Verdaderamente, el juez ha asumido en este proceso un riesgo de buena fe de ser persuadido por la opinión opuesta. [...]

Si llega a la conclusión de que el Derecho exige la interpretación «incorrecta», luchará contra esa conclusión, pero se someterá a ella si no puede presentar una buena argumentación jurídica en sentido contrario. Si concluye con una sensación de que las argumentaciones a favor de las distintas interpretaciones están tan equilibradas que hay un elemento de decisión al elegir entre ellas, lo hace de acuerdo con su sentido (previsiblemente conservador) de lo que es justo dadas las circunstancias y redacta una motivación con las mejores razones posibles en el sentido de que ese resultado era el requerido por el Derecho. [...]

B) El juez del término medio

[...] La postura del juez del término medio es, desde el punto de vista de un observador externo, más pasiva que la del activista restringido. Tiene un sentido desarrollado de la manera como los grupos actúan en un conflicto ideologizado a través de la creación judicial de Derecho. Está orientado hacia este aspecto de la jurisdicción exactamente de la misma manera que los otros participantes. Pero utiliza ese conocimiento para calcular lo que los «ideólogos», sus colegas activistas restringidos, verían como la interpretación óptima de la regla desde la perspectiva liberal y conservadora, y entonces elige una interpretación que se sitúa entre las dos. Esto es posible, porque la estructura ideológica de los materiales es un continuo. La regla liberal y la conservadora son polos de ese continuo y en el medio hay una serie de posiciones «moderadas».

Esto no resulta inconsistente con el «o/o», «si/no» o carácter binario de la jurisdicción. Es cierto que una parte o la otra vence, pero generalmente habrá varias reglas de interpretación bajo las cuales vence el demandante y varias que suponen la victoria para el demandado. El juez del término medio tiene que ver con la estructura de la regla, más bien que con las partes particulares. Lo que entiendo por término medio es elegir una formulación de la regla, una inter-

pretación más bien que una parte, que es «moderada» desde el punto de vista ideológico. [...]

C) El juez bipolar

El juez bipolar combina rasgos de los otros dos. A veces, trabaja duramente para desarrollar una posición fuertemente liberal en un problema, como lo haría un activista restringido. Pero en el próximo caso se muestra igual de decidido a favor de una posición conservadora, también como un activista restringido, pero con el compromiso opuesto. El observador externo entiende que el juez tiene el proyecto de hacer una carrera judicial que se sitúa en el término medio más que defender una opinión en un caso particular que suponga eso. [...]

Lo que hace a este juez bipolar es que tiene una tendencia consistente a alternar entre una y otra ideología a lo largo del tiempo. Supongamos que uno es un abogado practicante que concurre ante él con un caso ideológicamente cargado en un momento en el que él ha actuado como un liberal varias veces a lo largo de una serie de casos. Hay una probabilidad mucho mayor de que el juez optará por una regla de interpretación conservadora en ese caso, de la que habría si el mismo caso le hubiese llegado al juez al final de una serie de decisiones conservadoras.

Puede haber muchos aspectos particulares del caso que uno puede predecir que resultarán atractivos a su particular temperamento judicial o a su modelo previo de alternancia entre los extremos. Pero también es verdad que su temperamento judicial tiene una estructura general que es independiente de esos aspectos particulares. Él es bipolar. No pertenece, de hecho, a un campo ideológico. Pero, como en relación con el juez del término medio, predecimos su conducta sobre la base de nuestro conocimiento de las representaciones ideológicas de otras gentes [...] A diferencia del juez del término medio, «se deja ir» y participa activamente para construir posiciones realmente ideológicas respecto de las cuales él es al mismo tiempo «independiente» (Kennedy 1997: 180-186).

1) ¿Tiene sentido calificar de «estratégica» la conducta de esos jueces (de todos ellos)? Una alternativa a la presentación que hace Kennedy sería considerar que la interpretación del Derecho, de la Constitución, exige una filosofía moral y política, la cual, en algún sentido, forma parte del Derecho. Siguiendo esa idea, podría pensarse que un juez (como el que Kennedy llama «activista restringido») que considera que la Constitución sólo puede entenderse en clave liberal, no estaría actuando estratégicamente. ¿Pero es así? ¿Qué consecuencias tiene presentar el comportamiento de esos jueces en términos de conducta estratégica o de conducta correcta? ¿Qué querría decir aquí «correcta»?

4,A) DOS VERSIONES DEL CONSTITUCIONALISMO

En «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista» (Ferrajoli 2011), Luigi Ferrajoli contrapone dos tipos distintos de constitucionalismo jurídico (entendido este último término en el sentido de una teoría del Derecho). El primero, el principialista o argumentativo, sería, al menos «tendencialmente», iusnaturalista y lo caracteriza por sostener la tesis de la conexión entre el Derecho y la moral, la contraposición fuerte entre prin-

cipios y reglas y el papel central de la ponderación en la jurisdicción. Mientras que el constitucionalismo que él defiende, el normativo o garantista, niega esas tres tesis y, a diferencia del primero, sería un tipo de positivismo jurídico o, aún mejor, la culminación o perfeccionamiento del positivismo jurídico. Los fragmentos que siguen están tomados del comienzo y del final de ese trabajo y recogen, los primeros, la presentación general que de sus tesis hace Ferrajoli, y los últimos, su manera de entender (frente al otro tipo de constitucionalismo) el papel que ha de desempeñar la jurisdicción en el sistema jurídico:

[M]ás allá de este tratamiento común, el constitucionalismo puede ser concebido de dos maneras opuestas: como una superación del positivismo jurídico en sentido tendencialmente iusnaturalista, o bien como su expansión o perfeccionamiento. La primera concepción, etiquetada comúnmente como «neoconstitucionalista», es, con toda seguridad, la más difundida. La finalidad de esta intervención es sostener, por el contrario, una concepción del constitucionalismo estrictamente «iuspositivista», entendiendo por «positivismo jurídico» una concepción y/o un modelo de derecho que reconozcan como derecho a todo conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por lo tanto, de su eventual injusticia. [...]

Tal es la razón [el carácter equívoco de «constitucionalismo» y más aún de «neo-constitucionalismo»] por la que creo oportuno adoptar y proponer una terminología diversa y una tipología correlativa, que hagan uso de términos homogéneos, referidos todos a la experiencia jurídica [no a la política]. Así, será conveniente utilizar la expresión '*iusconstitucionalismo*' o '*constitucionalismo jurídico*' o, mejor aún '*estado constitucional de derecho*' o simplemente '*constitucionalismo*', para designar —en oposición al '*estado legal*' o '*estado legislativo de derecho*', privado de constitución o dotado de constitución flexible— al constitucionalismo rígido de las actuales democracias constitucionales, cualquiera que sea su concepción filosófica y metodológica. En este sentido, el rasgo distintivo del constitucionalismo será la existencia *positiva* de una *lex superior* a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad. [...]

Luego podremos llamar *constitucionalismo iusnaturalista* y *constitucionalismo iuspositivista* a las dos concepciones del actual constitucionalismo jurídico, antes contrapuestas. Sin embargo, quienes sostienen una concepción anti-iuspositivista del constitucionalismo no siempre se consideran iusnaturalistas. Se declaran, más bien, no-positivistas o post-positivistas. En cambio, lo que tienen todos en común es que conciben gran parte de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos fundamentales, como principios ético-políticos; y que adoptan una distinción cualitativa y estructuralmente fuerte de principios y reglas, los primeros objetos de argumentación y ponderación, las segundas objeto de aplicación en la forma de la subsunción. De otra parte, este segundo elemento, aun cuando, de hecho, es sostenido sobre todo por los iusnaturalistas, no está conceptualmente conectado al iusnaturalismo, pudiendo muy bien ser aceptado por los iuspositivistas.

Por ello, junto a la distinción entre constitucionalismo iusnaturalista (o no positivista) y constitucionalismo iuspositivista, será necesario formular y discutir una segunda y más importante distinción, coincidente sólo en parte con la primera, entre el que llamaré *constitucionalismo argumentativo o principialista* y el que cabe denominar *constitucionalismo normativo o garantista*. La primera orientación está caracterizada por la configuración de los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más

bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías. En esta segunda caracterización, el constitucionalismo será definible como un sistema jurídico y/o una teoría del derecho que establecen —en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable— la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al «quién» y al «cómo»), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (el «qué» no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión.

En las páginas que siguen, ilustraré, en primer término, los rasgos que aun con diversos acentos, tienen en común las concepciones de los principales exponentes del constitucionalismo no iuspositivista y/o principialista. En primer lugar, la crítica que la mayor parte de ellos dirige al positivismo jurídico, a partir de la tesis de la conexión entre derecho y moral, generada por la formulación de principios morales en las constituciones; en segundo lugar, la contraposición entre principios y reglas, como normas estructural y cualitativamente diversas; en tercer lugar, el rol central asignado a la ponderación de los principios en la actividad jurisdiccional. Luego, indicaré los rasgos opuestos del constitucionalismo iuspositivista y garantista que, a mi parecer, hacen del constitucionalismo un nuevo paradigma de derecho positivo y la base empírica de una nueva teoría del derecho y de la democracia. Finalmente, sobre esta base, dirigiré tres órdenes de críticas —en el plano filosófico-jurídico, en el plano teórico conceptual y en el plano epistemológico— a las tesis del constitucionalismo principialista, poniendo en evidencia los peligros de una regresión premoderna del derecho y de la cultura jurídica, generados por sus implicaciones pragmáticas[17]. [...]

En resumen, mucho más que el modelo principialista y argumentativo, que confía la solución de las aporías y de los conflictos entre derechos a la ponderación judicial, debilitando así la normatividad de las constituciones y la fuente de legitimación de la jurisdicción, el paradigma garantista del constitucionalismo rígido requiere que el poder judicial sea lo más limitado posible y vinculado por la ley y por la constitución, conforme al principio de la separación de los poderes y a la naturaleza de la jurisdicción, tanto más legítima cuanto más cognoscitiva y no discrecional. Los jueces, sobre la base de tal paradigma, no ponderan normas, sino, antes bien, las circunstancias de hecho que justifican la aplicación o la no aplicación de las normas. No pueden crear o ignorar normas, lo que implicaría una invasión de la esfera política de la legislación, sino sólo censurar su invalidez cuando son contrarias a la Constitución: anulándolas si se trata de la jurisdicción constitucional, o promoviendo cuestiones de inconstitucionalidad si se trata de la jurisdicción ordinaria; en ambos casos, interviniendo no en la esfera legítima, sino en la esfera ilegítima de la política. De hecho, la legitimidad de la jurisdicción se funda, a mi parecer, en el carácter lo más cognoscitivo posible de la subsunción y de la aplicación de la ley, dependiendo a su vez, mucho más que de su formulación como regla, del grado de taxatividad y de determinación del lenguaje legal, mientras que la indeterminación normativa, y la consiguiente discrecionalidad judicial, son siempre un factor de deslegitimación de la actividad judicial. Bajo este aspecto,

17. He prescindido de las referencias a los diversos parágrafos del trabajo en los que el autor desarrolla esos temas. También, de las notas a pie de página.

el cognoscitivismo judicial (*veritas non auctoritas facit iudicium*), aunque sólo sea como ideal regulativo, es la otra cara del convencionalismo legal, esto es, del principio iuspositivista de legalidad (*auctoritas non veritas facit legem*). Obviamente, la satisfacción de un ideal semejante es una cuestión de grado de determinación o de estricta legalidad del lenguaje legal. Pero más allá de un cierto grado de indeterminación, el poder judicial, cuando degenera en poder creativo o de disposición, repito, pierde toda legitimidad. Y esto puede ocurrir tanto si las normas están expresadas en forma de principios como si lo son en forma de reglas (Ferrajoli 2011: 16-21).

1) ¿Resulta satisfactoria la concepción positivista de Ferrajoli? ¿Es adecuado ver el Derecho simplemente como un conjunto de normas (incluidas las constitucionales)? ¿No sería preferible —como sostienen los autores post-positivistas— ver en el Derecho tanto una dimensión autoritativa como otra de carácter justificativo o valorativo? En definitiva, ¿tiene razón Ferrajoli en las críticas que dirige al constitucionalismo que llama «principialista o argumentativo»?

2) ¿Es acertada la concepción que tiene Ferrajoli del papel de la jurisdicción? ¿Qué significa en la práctica su modelo de «cognoscitivismo judicial»? ¿Está justificada la crítica que dirige al constitucionalismo «principialista o argumentativo» porque este último fomentaría el activismo judicial? ¿Qué cabría decir —desde el punto de vista de la concepción de Ferrajoli— de un comportamiento como el del juez Garzón (*vid.* I,3.1,C)? ¿Interpretan bien a Ferrajoli los numerosos jueces y tribunales latinoamericanos que acuden, en apoyo de sus decisiones «activistas», al iusfilósofo italiano?

4,B) LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO JUDICIAL

En *El Derecho de los jueces*, Diego E. López Medina (2006) trata de hacer frente al problema que supone el manejo de la enorme masa de decisiones proveniente de las cortes supremas y constitucionales, y que, obviamente, contribuye a configurar lo que serían nuestros Derechos constitucionales y, más en general, nuestros Derechos. El libro de López Medina está construido sobre la base de la experiencia colombiana, de manera que lo que elabora se refiere específicamente a la jurisprudencia de las altas cortes de ese país: el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y el Consejo de Estado. Pero parece obvio que sus análisis pueden extenderse (sin perder por ello de vista las peculiaridades de cada Derecho) a los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, que han conocido en los últimos tiempos (merced al fenómeno de la constitucionalización) una verdadera irrupción del Derecho de los jueces. Entre las muchas sugerencias que pueden encontrarse en este libro, dirigidas a elaborar «una cultura jurídica enérgica y progresista, encaminada a la protección responsable y autosostenible de los derechos fundamentales» que se sitúe entre el «formalismo» y el «antiformalismo» (p. 338), cabe

destacar las tres siguientes: 1) La distinción entre dos formas de entender la jurisprudencia, como *precedente vinculante* y como *jurisprudencia indicativa*; López Medina defiende con energía el primero de esos dos modelos. 2) La propuesta de un método de análisis («análisis dinámico» lo llama) de las *líneas jurisprudenciales* que permita entender de manera no aislada, sino en forma coherente, los «mensajes normativos» del Derecho judicial; en la configuración de ese método juegan un papel central las nociones de *problema jurídico*, *escenario constitucional* y *sentencia hito*. 3) La distinción (dentro de lo que llama «análisis estático» del precedente) entre técnicas ilegítimas y legítimas de interpretación jurisprudencial; en este último apartado destaca su análisis referido a dos formas de entender la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* (una de esas técnicas legítimas): el modelo formalista y el hermenéutico-reconstructivo (que él defiende). Veamos ahora algunos fragmentos de la obra referidos a esas tres cuestiones:

A) [...] [L]a Corte Constitucional colombiana ha lanzado una invitación a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado para que traten su propia jurisprudencia como precedente vinculante *relativo* y no como mera jurisprudencia indicativa. [...] La doctrina del precedente vinculante implica que la decisión adoptada con anterioridad dentro de un cierto patrón fáctico tiene fuerza gravitacional *prima facie* sobre un caso nuevo análogo por sus hechos o circunstancias. El cambio de decisión, por tanto, debe ser excepcional y basado en *motivos suficientes y razonables*. [...]

La disciplina del precedente difiere en formas muy importantes de la idea tradicional de jurisprudencia meramente indicativa: bajo esta última, las citas a casos anteriores tienden a ignorar criterios de analogía fáctica y a concentrarse más bien en la definición de *conceptos jurídicos* hecha en sentencias anteriores; en consecuencia, cada caso nuevo se decide de conformidad con la Ley y con el concepto jurídico anteriormente definido, con baja sensibilidad a la fuerza gravitacional de fallos anteriores análogos por sus hechos y circunstancias; finalmente, esta concepción de la jurisprudencia permite cambios frecuentes de criterio sin que se defina o discuta la doctrina jurisprudencial fijada en casos análogos. El cuadro [de la página] siguiente puede ayudar a resumir estas diferencias fundamentales en la concepción del valor de la jurisprudencia.

La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado *tienden a* utilizar sus fallos anteriores dentro del modelo de jurisprudencia indicativa y la Corte Constitucional, en contraste, dentro del modelo del precedente vinculante (López Medina 2006: 109-110).

B) El *problema jurídico* es la pregunta que encabeza la línea de jurisprudencia y que el investigador intenta resolver mediante la identificación y la interpretación dinámica de varios pronunciamientos judiciales, además de la relación de éstos con otros materiales normativos (tales como textos constitucionales y legales). [...]

Una línea jurisprudencial se ubica en un nivel medio de abstracción en el que se identifica un patrón fáctico frecuentemente litigado: la definición e interpretación de los «derechos constitucionales» casi siempre se realizan en este nivel medio de abstracción. Estos patrones fácticos son los «escenarios constitucionales».

[...] Cada derecho, por tanto, muestra un cierto número de «escenarios constitucionales» en los que se ha desarrollado la discusión sobre su sentido. Conocer a

	Precedente vinculante	Jurisprudencia indicativa
Regla de relevancia	Un precedente es relevante cuando se presenta un caso nuevo análogo por sus hechos y circunstancias.	La jurisprudencia es relevante cuando trata un tema o concepto comunes presente en el caso nuevo, sin necesidad de verificar criterios de analogía fáctica entre ambos.
Fuerza vinculante	Tiene fuerza gravitacional que atrae la decisión de un caso nuevo análogo por sus hechos y circunstancias.	La jurisprudencia no tiene fuerza gravitacional específica frente a la decisión en el nuevo caso. El concepto jurídico utilizado en el caso anterior tiene alguna tendencia a ser utilizado de la misma manera en el caso nuevo.
Regla de cambio	Sólo procede cuando resulta razonable desvirtuar la fuerza gravitacional que *prima facie* tiene el precedente. Ello exige argumentación explícita, transparente y suficiente.	Siendo la jurisprudencia indicativa, la doctrina fijada con anterioridad no tiene peso suficiente como para crear cargas especiales de argumentación al momento de cambio jurisprudencial.

profundidad un derecho significa, por tanto, conocer los «escenarios constitucionales» en los que se litiga el derecho y las subreglas a las que ha llegado la Corte en cada uno de ellos. Una teoría general de ese derecho consistirá, por tanto, en la capacidad de ver los elementos comunes a estos diferentes escenarios constitucionales. Así, por ejemplo, el «derecho a la intimidad y al buen nombre» (art. 15 CP [de Colombia]) tiene líneas jurisprudenciales perfectamente autónomas si se trata de (*i*) contextos donde la información que afecta al particular ha sido divulgada por medios de prensa; (*ii*) contextos donde la información que afecta al particular tiene contenido crediticio y ha sido divulgada mediante informes provenientes de bancos de datos; (*iii*) contextos donde se discute la posibilidad de que el Estado intercepte comunicaciones por dentro de marcos institucionales específicos (a través de organismos de seguridad o dentro de cárceles), suspendiendo, por tanto, las garantías de intimidad e inviolabilidad de comunicaciones; y (*iv*) si se trata de algunos casos en que se ha presentado conflicto en torno a la reserva que cobija a las historias médicas. [...]

De lo antedicho se sigue, por ejemplo, que los siguientes problemas jurídicos estarían inadecuadamente planteados, suponiendo que quisiéramos elaborar una línea de jurisprudencia relativa al derecho al buen nombre en contextos crediticios, tales como:

— ¿En qué consiste el derecho al buen nombre?
— ¿En qué consiste el derecho a la intimidad?
— ¿Cuál es el contenido esencial del derecho al buen nombre?

En este tipo de casos, como se ha dicho, mejor resulta tratar de identificar el patrón fáctico fundamental y relacionarlo con el texto con la norma constitucional controlante:

¿Hay violación del derecho al buen nombre (art. 15 CP) de un deudor cuando existe un reporte en una base de datos crediticia acerca de una obligación a su cargo, vencida, pero judicialmente declarada prescrita?

¿Hay violación del derecho al buen nombre de un deudor cuando existe un reproche en una base de datos crediticia acerca de una obligación a su cargo vencida y con mora de 18 meses, pero ya cancelada hace más de cinco años?

A este segundo conjunto de preguntas es posible dar respuestas constitucionales. [...]

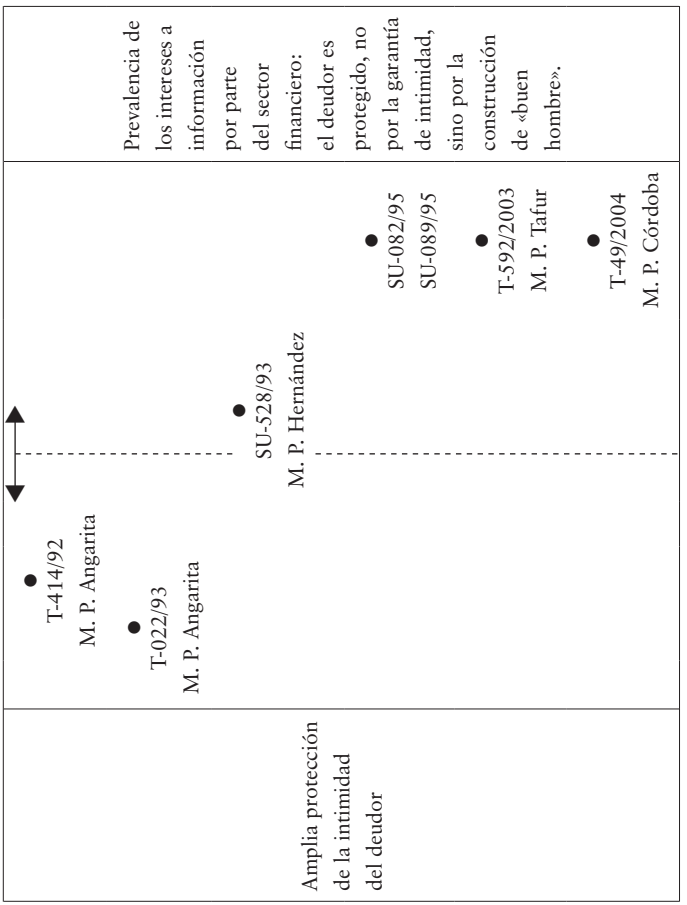
Las sentencias hito consolidadoras de línea son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional y en la que usualmente se decanta un balance constitucional más complejo que el que en un comienzo fue planteado por las sentencias fundadoras de línea [los fallos usualmente proferidos en el periodo inicial de actividad de la Corte]. [...]

La metodología de línea de jurisprudencia, por tanto, si ha de tener algún éxito práctico, debe tratar de identificar las sentencias hito agrupadas en torno a problemas jurídicos bien definidos (o, como los hemos llamado, «escenarios constitucionales»). Eso implica que las líneas no pueden construirse por mera afinidad conceptual, sino que es imprescindible, al mismo tiempo, cercanía y relevancia en relación con los patrones fácticos bajo estudio. [...]

Una posible reconstrucción de la línea de *habeas data*, incluyendo tan sólo las sentencias hito, podría graficarse [como se muestra en la página siguiente].

La lectura de las sentencias muestra claramente algunas de las características de la línea. La sentencia T-414 de 1992 es claramente una sentencia fundadora de línea y posee con toda nitidez las características arriba mencionadas para este tipo de sentencias. La sentencia T-022 de 1992 es una sentencia hito porque allí Angarita vira la línea todavía más hacia la «izquierda» de la gráfica y se muestra preparado para afirmar que los deudores están protegidos, no solamente por la garantía de intimidad, la cual impide la formación de «perfiles virtuales» que los excluyan de las redes financieras, sino que incluso «el ciudadano no puede ser privado de su *derecho de acceso al crédito sin justa causa y observando la garantía del debido proceso*». Esta radicalización no es bienvenida por la mayoría de la Corte que ya empieza a desmontarla en la sentencia SU-528/93, donde se afirma que los jueces de tutela no pueden dedicarse a verificar por sí mismos la existencia o no de la prescripción de las obligaciones. La prescripción, incluso, si no había sido declarada previamente por los jueces civiles, hubiera sido una de las circunstancias en que la Corte concediera el *habeas data*. Finalmente, el giro hacia la «derecha» se consuma en las sentencias SU-082 y 089 de 1995. Allí se insiste en que la cuestión no es tanto la «intimidad» del deudor como el derecho a la información que precisa el sistema financiero para poder asegurar a sus depositantes la calidad del crédito que conceden. Los deudores, por tanto, no tienen derecho a la intimidad, sino más bien a un «buen nombre» que deben mantener mediante el cumplimiento de sus obligaciones. El legado de las sentencias SU-82 y 89 dura hasta nuestros días con enorme vigor. Con posterioridad se han expedido las sentencias T-592 de 2003, en donde la Corte revisita el tema con gran amplitud doctrinal y jurisprudencial, pero conservando el sentido general de la línea. Finalmente, en las sentencias

T-49 de 2004 y T-1319 de 2005 la Corte parece acoger un cierto endurecimiento de los plazos de caducidad del dato negativo establecidos en el año de 1995 (*ibid.*: 147-149, 151, 164, 167, 185-187).



C) De aquí se desprende que la doctrina del precedente en Colombia obliga a los jueces a que respeten el precedente tanto horizontal (sus propios fallos) como vertical (los fallos de la jurisprudencia de las altas cortes). El principio de independencia judicial, sin embargo, los autoriza a apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes. Pero el apartarse está severamente condicionado a ofrecer una justificación suficiente y adecuada del motivo que los lleva a apartarse del precedente. ¿Qué constituye, pues, «justificación suficiente y adecuada» por parte del juez de instancia que decide apartarse del precedente? A continuación ofrecemos un listado de los argumentos, primero, de los que no pueden considerarse como «justificación suficiente y adecuada»; a éstos los denominaremos argumentos ilegítimos. Luego, haremos un listado de los argumentos legítimos que

un juez puede utilizar y que serían «justificación suficiente y adecuada, siempre y cuando sean ejecutados de manera sincera y técnica. [...]

ARGUMENTOS ILEGÍTIMOS	ARGUMENTOS LEGÍTIMOS
• Negación del valor general de la jurisprudencia. • Ignorancia de la jurisprudencia vigente. • Desobediencia o renuncia frente a la jurisprudencia.	• Obediencia al precedente. • Disanalogía o distinción fáctica de hechos relevantes o materiales. • Distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. • Indeterminación de la jurisprudencia previa. • Cambio de jurisprudencia.

La larga experiencia de trabajo con precedentes en el *common law* llevó, con el tiempo, a la consolidación de dos grandes visiones explicativas de la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. Esta gran división de opiniones fue recogida desde el primer momento (aunque con alguna inadvertencia) por la jurisprudencia colombiana. En efecto, en la sentencia SU-47/99 la Corte dice lo siguiente:

«52. [...] El juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla, sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto. Esto es obvio, pues si se permite que el propio juez, al resolver un caso de una manera, invoque como *ratio decidendi* cualquier principio, entonces desaparecen la virtud pasiva de la jurisdicción y la propia distinción entre opiniones incidentales y razones para decidir.

»Por ello, en realidad, son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente 'puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores'».

El lector puede observar en estos párrafos dos fuerzas que tiran en sentidos más o menos opuestos, a pesar de los esfuerzos de la Corte por reconciliarlas: en el primer párrafo se hace énfasis en que los jueces obren con virtudes pasivas y sólo reconozcan como *ratio decidendi* «aquellas consideraciones normativas que sean *realmente* necesarias para decidir el asunto». Esta advertencia busca evitar que los jueces inventen *rationes decidendi* que no aparecen *realmente* en el texto y que, por tanto, desvirtuarían el deber de obediencia al mismo. Se trata, dentro de esta visión, de evitar el capricho y la arbitrariedad judiciales. Esta preocupación de la Corte sugiere (así no se diga explícitamente) que la mejor forma de evitar el desbordamiento del juez, al interpretar los precedentes, radica en que estos identifiquen y obedezcan aquellos apartes de la sentencia que literalmente constituyan la *ratio decidendi*. Se trata, pues, de una teoría formalista de la *ratio* que confía en que los jueces anteriores han hecho suficientemente esfuerzos para ponerla de manifiesto en sus sentencias anteriores y que tales consideraciones exigen un respeto más o menos textual. La interpretación textualista de sentencias, según corre este argumento, sería tan eficaz como la interpretación textualista de la ley en evitar el capricho judicial.

El segundo párrafo de la Corte, empero, sugiere otra línea muy diferente de argumentación: el sentido de un precedente, como el de cualquier otro

texto, debe ser precisado por sus lectores. Incluso en aquellas prácticas hermenéuticas en que es preciso guardar fidelidad al texto (como en el derecho, por oposición al análisis literario), el «sentido» o «significado» central de los textos en todo caso depende de los lectores. Así, por ejemplo, en muchas líneas jurisprudenciales los jueces no han podido o no han querido exponer con claridad suficiente, con relevancia contemporánea o con corrección moral y política, el principio decisional que están formulando. Los jueces subsiguientes, de todas formas, aún están en la obligación de respetar y dar sentido a esas líneas de precedentes. Para dotar de sentido a estas sentencias, no basta con que los jueces desplieguen virtudes pasivas o realicen meras interpretaciones textualistas. Se requiere que, sin vulnerar su sentido general, los jueces «reconstruyan» los precedentes aplicables. [...]

La segunda forma de ver la distinción entre *ratio* y *obiter* es más hermenéutica, y está directamente emparentada con teorías realistas (o, al menos, no formalistas) del precedente en el mundo anglosajón. Se trata, ya lo hemos dicho, de una noción más *hermenéutica* del precedente y sus posibilidades de manipulación son mucho mayores. En esta segunda vía los argumentos centrales explícitos presentados por el juez anterior *pueden, en ocasiones*, ser mero *obiter dictum*. En esta circunstancia se trata de encontrar el *verdadero principio o razón* (y no el aparente o textual) que llevó a la decisión de la Corte. Esta definición de *ratio decidendi* invita a una racionalización de la sentencia por parte del juez que decide el caso nuevo: el juez, pues, no está obligado a seguir como precedente los argumentos explícitos que el juez original creyó que justificaban su sentencia, sino más bien a construir nuevas justificaciones o racionalizaciones *compatibles con los fallos pasados*, pero que extraigan, de alguna manera, el *verdadero* principio del fallo. Esta técnica de interpretación de precedentes fue expuesta con singular fuerza por los antiformalistas norteamericanos en la primera mitad del siglo XX, aunque hoy es masivamente aceptada por los autores como legítima. Los autores del *common law* reconocen que los jueces subsiguientes tienen tradicionalmente un poder para «revisar» la *ratio decidendi* original, siempre y cuando la *ratio* revisada siga dando buena cuenta del sentido en el que el fallo anterior fue decidido (*ibid.*: 206, 222-225).

1) El libro de López Medina puede considerarse como una propuesta metodológica en relación con algunos de los desafíos que plantea el constitucionalismo. ¿Con cuál de las dos principales versiones del constitucionalismo jurídico que existen en nuestros días podría vincularse esa postura? ¿Por qué?

2) López Medina opone el modelo colombiano de funcionamiento del precedente al mexicano y crítica este último por formalista: «Una regla de reiteración estricta [para que el precedente sea vinculante] casi siempre exige, como en el caso mexicano, que haya un organismo que concentre jurídicamente la capacidad de anunciar que existe precedente vinculante (dado que ha corroborado la existencia de la reiteración legalmente requerida). En el sistema mexicano, por tanto, la regla de reiteración se complementa con una «regla de acreditación oficial» de la jurisprudencia. Sólo se considera jurisprudencia vinculante (las llamadas «tesis de jurisprudencia») aquellas identificadas, abstraídas y publicadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Este sistema «resulta excesivamente formal y no tiene relación alguna con la desconcentración interpretativa

que ha tenido el manejo del precedente en el caso colombiano» (p. 146). En opinión del autor, la manera de funcionar el sistema mexicano supone una pérdida de «la importancia del derecho judicial en el desarrollo del derecho mexicano». ¿Está de acuerdo con esa crítica? ¿Qué otros modelos existen de funcionamiento del precedente vinculante? ¿Cuál le parece más adecuado?

3) En relación con los jueces de inferior jerarquía, el autor considera que se puede aceptar lo que llama «un cambio anticipatorio de jurisprudencia» (como una de las técnicas legítimas en la interpretación del precedente): «El *cambio emancipatorio de jurisprudencia* es una técnica en la que el juez de inferior jerarquía acepta que el precedente, al que reconoce como obligatorio, está en contra de la decisión que él ha adoptado, pero al mismo tiempo, prevé de buena fe que, en la revisión por sus superiores, el caso llevará al cambio de jurisprudencia por defectos más o menos evidentes en la doctrina actualmente válida. El cambio emancipatorio es utilizado con gran cuidado en el derecho comparado, aunque, por ejemplo, en la jurisdicción federal de los Estados Unidos se usó con frecuencia antes de 1989, cuando la Corte Suprema profirió un fallo, donde trató de reservar para sí la facultad de cambiar la jurisprudencia» (p. 257). ¿Está de acuerdo con la opinión de López Medina? ¿Cuáles serían los límites del «cambio emancipatorio de jurisprudencia»? ¿No supone eso incurrir en *activismo* judicial?

4,C) ¿FUE ARISTÓTELES EL PRIMER AUTOR POST-POSITIVISTA?

A propósito de un famoso texto de Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* referido a la equidad (*vid.* VII,4.1,A), Jesús Vega (2012) hace el siguiente comentario:

> En efecto, las tesis asociadas a la *epieikeia* [equidad] presentan a las reglas jurídicas como reglas particularistas en un sentido [...] que está muy presente en la discusión actual en teoría del Derecho [...] y en especial en la discusión sobre el universalismo y el particularismo en la aplicación judicial del Derecho. La impugnación que la teoría aristotélica contiene de una concepción formalista o logicista de las reglas jurídicas no se agota simplemente en constatar la «inconmensurabilidad» entre la regla lógico-universal y la particularidad de los casos que gobierna, que son acciones individuales concretas y, por tanto, «objetos sensibles» [...] a los que hay que ajustar la previsión general [...]. Arranca de una concepción general más profunda de las reglas morales o jurídicas según la cual éstas carecen propiamente de *existencia* si no es como reglas practicadas o prácticas recursivas. Dicho de otro modo, su existencia no es puramente lógica, como meros contenidos proposicionales, sino dada en el marco de razonamientos prácticos. No sólo es necesaria la aplicación judicial *in casu*, mediante un razonamiento práctico que incluya la regla entre sus premisas, sino que también es necesario que esa aplicación sea uniforme, recurrente, en *todos* los casos la *misma*, para poder hablar de reglas jurídicas o «leyes» prácticas generadas por el Derecho. Y es aquí donde la necesidad de corregir la regla plantea el problema y muestra que la racionalidad jurídica no puede consistir exclusivamente

en la subsunción proposicional de casos individuales bajo casos genéricos, sino en una continuidad compleja entre prácticas interpretativas y aplicativas de una misma proposición normativa que no es ya sólo lógica, sino axiológica y, por tanto, abierta a variaciones, excepciones y contradicciones no anticipables.

Una de las tesis más importantes que desde el punto de vista justificativo se derivan de aquí es la tesis de que la equidad saca a la luz en el contexto de aplicación judicial los valores y las ponderaciones de principios subyacentes a las reglas legislativas, lo que implica extender la dimensión normativa del Derecho a tales valores y principios. Lo que Aristóteles plantea, expresado en la terminología contemporánea de Schauer, es que en los casos de supra- e infrainclusividad, las reglas quedan vencidas o «derrotadas» a la luz de las razones justificativas del sistema legislativo (pues «el mismo legislador habría legislado así»). La continuidad institucional de la práctica jurídica es también, por tanto, una continuidad valorativa (de otro modo no habría necesidad de corregir las reglas) y de ese modo alcanza también a los valores morales extrajurídicos de los cuales el legislador ha tenido que partir en su deliberación en forma de principios explícitos o implícitos. En términos dworkinianos: la equidad debe incluir las *mejores* justificaciones que quepa extraer de los principios político-morales relevantes, principios que no hay por qué entender solamente como «criaturas de la moralidad» sino como principios, valores y derechos estrictamente políticos implicados en los estándares de la constitución. [...]

De este modo, la unidad de la razón práctica —una unidad dialéctica, construida y no originaria, por cuanto implica la remoción de contradicciones e incoherencias y la aplicación continuada de criterios normativos a lo largo del curso histórico— convierte al juez en sujeto de decisión político-moral, sin dejar de ser un órgano jurídico. Ello, sin embargo, no significa la dilución del Derecho en la moralidad, ni de la racionalidad jurídica en la racionalidad moral del juez y su particular intuición de los principios. Porque la equidad sólo se da allí donde existen reglas positivas previas que aplicar (y Aristóteles es muy explícito, como vimos, en su defensa de lo que hoy llamamos principio de legalidad)* y no puede ejercerse *directamente* en términos morales como aplicación de los principios de una inmediata «justicia natural» *in casu*. Ya que ella misma consiste en construir una nueva regla jurídica: la equidad es simplemente la corrección *universalizable* de las desigualdades a que conduce la aplicación de la regla en cuestión. Apartarse de las «razones protegidas» que son las leyes para reabrir el proceso deliberativo racional que ha conducido a su establecimiento sólo podría hacerse cuando sigue manteniéndose una conexión justificativa en términos de coherencia con los fundamentos valorativos de esas razones: tiene que seguir habiendo un criterio «legal» que gobierne las decisiones, no un criterio subjetivo. En la práctica de la equidad no se trata, pues, meramente de apartarse del tenor literal de las reglas apoyándose en las apreciaciones personales (morales) del juez en relación con las propiedades y características particulares de las situaciones de hecho del caso individual. Se trata de construir nuevas reglas que hagan predecibles las nuevas decisiones. Y de hecho, como apunta Shiner [...], la equidad en un Derecho desarrollado cristaliza siempre a su vez en un cuerpo de reglas jurisprudenciales (Vega 2012).

1) Si se acepta como buena la anterior interpretación, ¿habría que considerar a Aristóteles, en cierto modo, como el primer autor post-

* «Por lo tanto, es sumamente importante que las leyes que están bien establecidas determinen, hasta donde sea posible, por sí mismas todo, y que dejen cuanto menos mejor al arbitrio de los que juzgan» (*Ret*., 1354a32 [164]). [*Nota del autor.*]

positivista (o, por lo menos, como un precursor de las tesis post-positivistas) en la teoría —o filosofía— del Derecho? El propio Jesús Vega, en el texto que sigue, parece negarlo, al considerar que la concepción de Aristóteles se opone tanto al positivismo formalista o legalista como al post-positivismo y que sería dudoso si se alineara más bien (desde luego, con algunas matizaciones) con el «positivismo presuntivo» de Schauer (*vid.* IV,4,A):

> Los límites de la racionalidad jurídica al estar (necesariamente) basados en reglas —es decir, en la legalidad o en el *nomikon dikaion*— son coextensivos con los impuestos por los valores políticos *sustantivos* subyacentes [a las reglas]. De esta manera, la dimensión justificativa del Derecho prevalece sobre su dimensión autoritativa. Sin embargo, esta tesis aristotélica se opone igualmente a todo tipo de concepción anti- o post-positivista que, al poner el énfasis en la dimensión material de los valores (los «principios» en el sentido de Dworkin), no es capaz de aprehender propiamente la función irreemplazable que las reglas jurídicas desempeñan en la implementación y el apoyo práctico de esos valores.

¿Pero tiene razón Vega al caracterizar como lo hace la concepción de Dworkin y, en general, del post-positivismo? En un libro reciente, Josep Aguiló, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (Aguiló, Atienza y Ruiz Manero 2007) presentan un esbozo de una teoría general de la Constitución a la que denominan «post-positivista» (próxima a los planteamientos de autores como Dworkin, Alexy o Nino) y que caracterizan así:

> El reconocimiento de una tensión interna en los ordenamientos jurídicos contemporáneos (los del Estado constitucional) es, en efecto, una idea compartida por los tres autores, tematizada desde tres perspectivas distintas (la de las concepciones de la Constitución, la de la tipología de las normas constitucionales y la de la argumentación constitucional). Dicho con alguna simplificación, sería la tensión existente entre el elemento autoritativo o institucional y el sustantivo o valorativo, tensión que se manifiesta en la pugna entre concepciones constitucionales y que se expresa, si la vemos desde el prisma de la diversidad de normas regulativas, en el contraste entre reglas y principios y, si atendemos a la perspectiva de la diversidad de razonamientos jurídicos justificativos, en el contraste entre subsunción y ponderación.
>
> [...] Los tres pensamos que el componente valorativo, principial o ponderativo tiene algún tipo de prioridad sobre el otro, simplemente porque [a diferencia de los autores positivistas] no concebimos el Derecho (o no simplemente) como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación; y tal pretensión resultaría frustrada si se supusiera que lo que da sentido a la práctica fueran las reglas establecidas por la autoridad, en lugar de los valores que deben satisfacer las reglas y que se plasman sobre todo en los principios. [...]
>
> En nuestra opinión, lo que debe orientar el trabajo del jurista que pretenda operar con sentido en el marco de los Estados constitucionales no es, desde luego, el desprecio de las autoridades, de las reglas o de la subsunción, sino el

propósito (quizás no siempre realizable y, desde luego, no realizable de una vez y por todas) de lograr algún tipo de ajuste que integre en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios (Aguiló, Atienza y Ruiz Manero 2007: 16-18).

4,D) TOULMIN: EL PRAGMATISMO ES UNA ACTITUD MENTAL

En una entrevista que Manuel Atienza y Manuel Jiménez Redondo le hicieron a Stephen Toulmin (Toulmin 1993), este último respondía así a la pregunta de qué diferencia de clima intelectual encontraba entre las universidades europeas y las de Estados Unidos:

Hay algo que quisiera decir en relación con esto, que pienso que es muy relevante [...]. Tiene que ver con la manera en que el Derecho incide en la vida americana [...]. Se trata de lo siguiente. En los Estados Unidos, la actitud general de la gente, cuando piensa en la sociedad en la que vive, es que esa sociedad está todavía en proceso de construcción. Cuando viví en Inglaterra, allí no era ésa la mentalidad en absoluto, y pienso que todavía no lo es en absoluto. La gente en Inglaterra piensa básicamente que su sociedad tiene una estructura que sería capaz de adaptarse a cualesquiera necesidades futuras. De modo que el Derecho y la gente de toga en Inglaterra, y pienso que esto probablemente también es verdad de muchos países de la Europa occidental, y ciertamente de Francia, el Derecho y la gente de toga, digo, se considera que tienen tareas que vienen enteramente definidas dentro de la estructura del Estado tal como ahora existe. Mientras que en los Estados Unidos la actitud más común de la mayoría de la gente hacia el Derecho, y me refiero tanto a los juristas, que hacen el trabajo, como a la gente que no es de profesión jurídica, es la de mirar al Derecho como un instrumento de construcción social. La actitud primera de esta gente ante el Derecho es considerar el Derecho como un instrumento a través del cual tiene, de hecho, lugar la construcción social. Consideran que esa tarea de construcción social consiste en inventar nuevas instituciones y hallar nuevos patrones de acción que sostengan esas instituciones, habiendo, por tanto, de introducirse las distinciones y procedimientos legales y los términos de referencia legales que permitan a esas instituciones seguir operando de la forma que se desea. E importa mucho entender bien esto en relación con lo que Owen Fiss dice sobre el papel del feminismo en lo tocante al futuro desarrollo del Derecho en América[18]. Porque Fiss está viendo la teoría feminista como una teoría que ayuda a ejercer influencia y a controlar la práctica, es decir, se trata de teoría en el sentido en que la teoría queda al servicio de la práctica. No es teoría en el sentido en que los intelectuales de la Sorbona discuten sobre teoría tomando una botella de vino en la Rive Gauche. Es teoría en el sentido en que tal teoría pasa a controlar las decisiones que se toman en Washington entre la gente que se ocupa de los aspectos jurídicos de la toma de decisiones políticas. Esta distinción, desde el punto de vista de la filosofía del Derecho, es una distinción terriblemente importante, y permítanme ponerla en relación con una distinción más amplia que también mencioné en mi conferencia en este congreso. La gente

18. La entrevista se efectuó en el contexto de un congreso organizado por el Consejo General del Poder Judicial en Madrid, y en el que había intervenido, entre otros, Owen Fiss con una ponencia sobre el feminismo (Fiss 1993).

habla de las actitudes americanas hacia el Derecho, como hacia otras muchas cosas, como unas actitudes caracterizadas por el pragmatismo. Y alguna gente, desde un punto de vista europeo, piensa que esto es un defecto del pensamiento americano y de la práctica americana. Piensan 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. Y es por esto por lo que pienso que el pragmatismo es un paso en la recuperación, en la reapropiación de la filosofía práctica que jugó un papel tan grande en el pensamiento europeo anterior a Descartes (Toulmin 1993: 352-355).

1) ¿Tiene razón Toulmin al señalar esa «superioridad» de la actitud de los juristas estadounidenses sobre los europeos? ¿Deben los juristas —también los juristas teóricos— ser «pragmatistas»? ¿En qué sentido? ¿Es acertado entender el pragmatismo como una actitud mental más que como una teoría?

4,E) UN DEBATE SOBRE «PRAGMATISMO»

En un libro conjunto titulado *Para una teoría post-positivista del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero 2009), los autores incluyen un diálogo entre ambos a propósito de diversas cuestiones de teoría del Derecho. Una de ellas es la manera como cada uno de ellos entiende el pragmatismo jurídico:

JUAN RUIZ MANERO: [...] Yo prefiero aceptar ahora tu invitación a pasar a otra cosa y preguntarte por el «pragmatismo filosófico» al que dices adherirte. La verdad es que no es, ni mucho menos, la primera vez que te lo oigo, pero nunca he tenido ocasión de pedirte una explicación al respecto: quizás porque tu mayor tendencia al pragmatismo y mi mayor tendencia a la analítica —según como tú mismo nos caracterizas a uno y a otro— no nos han impedido hasta ahora elaborar un buen número de posiciones comunes en temas muy diversos de teoría del Derecho. Pero es posible que aquí se halle, efectivamente, un punto de discrepancia entre nosotros. ¿Podrías explicarme en qué sentido te consideras pragmatista?

MANUEL ATIENZA: [...] [V]ayamos ya a lo del pragmatismo. En mi libro *El Derecho como argumentación* dediqué un breve apartado a aclarar lo que yo entendía por pragmatismo jurídico. No exactamente una teoría más del Derecho, sino —como decía Toulmin, precisamente en una entrevista que le hicimos en *Doxa*— una actitud «en la 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». Ello supone, por ejemplo, que los conceptos y las teorías tienen que estar elaborados en el nivel de abstracción adecuado; que el Derecho no puede verse sencillamente como un objeto sino, esencialmente, como una actividad práctica, etc. Así entendido, el pragmatismo, en mi opinión, sería algo así como el trasfondo teórico de cualquier filosofía del Derecho que merezca la pena. Es compatible con muchos aspectos típicos de la filosofía analítica, pero no con la inclinación de la que antes hablábamos a hacer de la filosofía

un juego de sutilezas. E igualmente con ciertos rasgos del marxismo; a mí me parecería, por ejemplo, perfectamente aceptable una lectura de la famosa tesis de Marx sobre Feuerbach en estos términos: «los teóricos (o los filósofos) del Derecho han tratado muchas veces simplemente de interpretar (entender) el Derecho de diversas maneras, pero de lo que se trata es de entenderlo para transformarlo (y transformar con él la sociedad)».

JRM: [...] Tú, del mismo modo que Toulmin, llamas pragmatista no a una cierta corriente en la filosofía general, ni tampoco en la filosofía del Derecho, sino a una actitud mental, a un modo de valorar las distintas aportaciones a la filosofía práctica, que pone el acento en la capacidad de cada una de ellas para proporcionarnos instrumentos para, como diría Toulmin, mejorar la vida de los hombres; en el caso de la filosofía del Derecho, el interés de cada corriente o de cada autor habrá que medirlo por su capacidad para ayudarnos a entender el Derecho y, así, a operar con él en dirección a metas objetivamente valiosas. Yo concuerdo absolutamente en que tales deben ser los criterios más generales para evaluar las distintas teorías y, en particular, las distintas teorías del Derecho, pero no sé si referirse a ellos como «pragmatismo filosófico», resulta adecuado. Me parece, en primer lugar, que, así definido, el «pragmatismo filosófico», contraponerlo a la filosofía analítica no tiene demasiado sentido: y digo esto porque en este mismo diálogo tú has señalado que una diferencia entre nosotros dos se encuentra en que tú tienes una mayor tendencia al pragmatismo filosófico, mientras que yo me encontraría más cerca de la filosofía analítica. Pero si la filosofía analítica es, como supongo que tú también crees, un estilo de hacer filosofía y el «pragmatismo filosófico» una serie de criterios generales para evaluar las distintas construcciones filosóficas, habrá construcciones analíticas en la materia, por limitarnos a ello, de filosofía del Derecho, que reciban una evaluación decente desde un punto de vista «pragmatista» (pienso, por ejemplo, en Carlos Nino) y otras que no tanto (como algunas escolásticas epigonales). Pero «pragmatismo», en este sentido tuyo y de Toulmin, y «filosofía analítica» se encuentran en niveles distintos y no cabe contraposición entre uno y otra. Otra razón que me hace dudar de que sea adecuado este uso del término «pragmatismo» es que estos criterios de evaluación de teorías filosóficas (o filosófico-jurídicas) en los que, en tu uso del término, viene a consistir el pragmatismo, son criterios compartidos por mucha gente que está muy lejos de considerarse pragmatista. Se me ocurre una vez más el caso de Nino —al que nunca se le ocurrió otra manera de definirse filosóficamente que como analítico o, tratándose de filosofía moral, como constructivista— de quien recuerdo párrafos sobre los criterios para evaluar las distintas propuestas de tipología de las normas jurídicas o relativos a la necesidad de una pluralidad de conceptos de Derecho que serían plenamente «pragmatistas» en este sentido tuyo. Y la última razón en contra de usar «pragmatismo» es que el uso más difundido de este término es como denominación de una corriente filosófica (la que asociamos clásicamente a nombres como James y Dewey o, más recientemente, Rorty) con la que no creo que te identifiques demasiado ni que te haya influido de forma especial, y como denominación de una corriente de teoría del Derecho ejemplificada paradigmáticamente en Posner que resulta, me parece, bastante ajena a las posiciones que hemos defendido conjuntamente y también a las que tú has defendido por tu cuenta. En definitiva, me siento inclinado a creer que tu uso de «pragmatismo» debe ser rechazado por razones pragmáticas, esto es, por su facilidad para crear confusiones, pseudoacuerdos y pseudodesacuerdos.

MA: [...] Puesto que estamos de acuerdo en cuanto al fondo del asunto, quizás merezca la pena que nos paremos a ver si los argumentos que me das en contra de ese uso (amplio) del término «pragmatismo» son o no sólidos. El primero no me lo parece y creo que lo planteas a causa de un malentendido. Lo que yo quería decir (y me parece que he dicho) es que entre pragmatismo y filosofía analítica existe una contraposición, pero simplemente parcial; o sea, no son términos con-

tradictorios. No es sólo que efectivamente haya construcciones analíticas perfectamente compatibles con el pragmatismo, sino que yo diría que hoy no se puede ser (en filosofía del Derecho) pragmatista y desconocer el (o no hacer uso del) importante instrumental conceptual elaborado en el marco de la filosofía analítica. La diferencia a la que yo me refería (cuando hablaba de una mayor inclinación hacia el pragmatismo o hacia la analítica) se refiere más bien al uso que cabe hacer de esos instrumentos, a los objetivos que tratan de alcanzarse con ellos, etc. O sea, en lo que yo quiero poner el acento es en la necesidad de no convertir el método analítico en un fin en sí mismo, de no dedicarse a clarificar trivialidades y dejar en la completa oscuridad las cuestiones que verdaderamente importan. Creo que estás de acuerdo conmigo en que esto es más que un riesgo en relación con no pocos iusfilósofos analíticos. Como tú acabas de decir muy bien, el valor de una teoría del Derecho tiene que juzgarse «por su capacidad para ayudarnos a entender el Derecho y, así, a operar en él en dirección a metas objetivamente valiosas».

Tu segunda objeción tiene, desde luego, su peso, pero no me parece que sea tanto como para que debamos procurar evitar ese uso de «pragmatismo». Por varias razones. Una es que se trata de un uso para nada insólito, como tú pareces sugerir. Hace poco leía un libro de Hillary Putnam, sobre pragmatismo, en el que consideraba que Wittgenstein (el «último Wittgenstein») y, en ciertos aspectos, también Kant, habían sido filósofos pragmatistas. También se ha calificado a Dworkin como pragmatista (aunque haya polemizado con cierto tipo de pragmatismo jurídico). Y no creo que a Nino le incomodase mucho ese calificativo que, por cierto, tiene bastante más «gancho» (para quien no es un filósofo profesional —o profesoral—) que el de «constructivismo». Otra razón, más importante, es que con ese uso (con ese concepto de pragmatismo) se introduce un criterio que permite hacer una distinción que me parece muy relevante, puesto que no toda la filosofía del Derecho que hoy se hace, como bien sabemos, podría calificarse como pragmatista en ese sentido. O sea, se trata de introducir un, relativamente nuevo, significado que es razonablemente claro y que resulta de utilidad. En fin, una razón añadida es que no encuentro una expresión mejor que la de «pragmatismo» para expresar la idea que trato de expresar. Pero, naturalmente, aquí estoy abierto a oír tus propuestas.

En fin, con respecto a tu tercer argumento (en parte se solapa con el segundo), lo que tengo que decir es que el significado que yo le atribuyo a «pragmatismo» es más amplio, para entendernos, que el que tenía en mente Bob Summers cuando calificó como «instrumentalismo pragmático» a la corriente principal de la filosofía del Derecho en Estados Unidos en el pasado siglo; y que, por lo tanto, se puede ser pragmatista sin adscribirse a un tipo de instrumentalismo como el de Posner (aunque muchos de los rasgos que señala en su «Manifiesto pragmatista» sean, en mi opinión, perfectamente aceptables); pero se puede también ser pragmatista y defender una idea fuerte de la razón práctica, o sea, no pensar que la racionalidad práctica tiene únicamente que ver con la adecuación entre medios y fines. El mínimo común denominador, podría decirse, consiste en defender la primacía de la práctica. Y eso es algo que para nada puede resultar extraño a alguien que, como yo, ha «pasado» por Marx (aunque no haya sido nunca un marxista). Además, si de algo adolece la cultura iusfilosófica española (y, en general, la de los países latinos), es de falta de pragmatismo, de no haber logrado insertarse significativamente en las prácticas jurídicas. ¿De qué sirve producir trabajos de gran sofisticación técnica si no están enfocados —aunque sea a largo plazo y a través de las mediaciones que se quiera— a mejorar el Derecho y el mundo social? Éste ha sido para mí, desde siempre, el «leitmotiv» de lo que haya podido hacer en filosofía del Derecho; y el contacto que he tenido con la cultura jurídica estadounidense en los últimos tiempos ha contribuido a fortalecer esa idea. [...]

JRM: [...] En cuanto al pragmatismo: me parece que tampoco hay aquí discrepancia sustantiva entre nosotros, pues la que hay, si la hay, se limita al uso de

una palabra. Tú pareces aceptar mi observación de que tu uso de «pragmatismo» puede resultar, en ocasiones, confundente, aunque insistes en que no es un uso insólito, sino que recoge algunos aspectos centrales de la connotación usual de ese término. Yo, naturalmente, estoy de acuerdo con ello. Pero es que si fuera un uso por completo insólito, que no recogiera elementos de la connotación usual, etc., no se trataría de un uso al que cupiera objetar que puede generar confusiones, sino de un uso disparatado. Y yo creo que es un uso que puede generar confusiones, pero no, desde luego, un uso disparatado. En cuanto a Nino: no sé si el ser calificado de «pragmatista» le hubiera incomodado o no; en todo caso, él nunca usó ese término para autocalificarse. Y me parece que, usado para calificar una posición de filosofía moral como la de Nino, «pragmatismo» tiene riesgos de generar confusión muy superiores al uso de esta misma expresión para indicar, como es tu caso, una orientación general, por así decirlo, de metateoría prescriptiva del Derecho, es decir, para indicar qué tipo de teoría del Derecho vale la pena hacer. En materia de filosofía moral, «constructivista», quizás tenga, como dices, menos «gancho» que «pragmatista», pero es, a mi modo de ver, indudablemente más claro y más ajustado en relación con una obra como la de Nino. Y en relación con la orientación general de metateoría prescriptiva del Derecho que calificas como «pragmatista», orientación que, en la sustancia, yo comparto absolutamente, tiene, desde luego, su punto para calificarla así tu argumento de que no encuentras «una expresión mejor [...] para expresar la idea que trato de expresar». Pero es dudoso que sea una buena expresión si, para evitar confusiones, hay que rodearla, cuando se la emplea, de explicaciones y cautelas. ¿No bastaría, para expresar la idea que tratas de expresar, con indicar que entiendes la teoría del Derecho como inserta en el ámbito general de la filosofía práctica? Quizás digas, y quizás algo de razón tengas, que la apelación al pragmatismo expresa algo más, pero —aparte de la dificultad de precisar qué sea ese algo más— me parece claro que tiene una mayor potencialidad de provocar confusiones.

MA: [...] Lo que parece que resulta de nuestro intercambio de opiniones es que tu preferirías hablar, en lugar de «pragmatismo jurídico», de «teoría del Derecho inserta en el ámbito general de la filosofía práctica». Bueno. ¿Estás tan seguro de que «filosofía práctica» no podría verse también como una expresión *confundente*, como a ti te gusta decir? ¿No te parece que hay muchas teorías del Derecho (evito dar ejemplos que serían innecesarios para alguien tan sagaz como tú) bastante alejadas de las nuestras y de las que, sin embargo, sería posible decir sin forzar mucho las palabras que «están insertas en el ámbito general de la filosofía práctica»? Y, aunque reconozco que no es un argumento de mucho peso e incluso que puede parecer un tanto frívolo, yo no me veo escribiendo un trabajo que se titulase algo así como «A favor de una teoría del Derecho inserta en el ámbito general de la filosofía práctica», pero he de confesarte que sí me atrae la idea de un artículo que podría llamarse «A favor del pragmatismo jurídico» y que bien podría ser algo así como la continuación del que titulamos «Dejemos atrás el positivismo jurídico». En fin, quizás lo único que nos separe aquí sea que tenemos estilos literarios distintos. En alguno de sus libros, Baroja traza una distinción, que siempre me ha hecho gracia, entre escritores de párrafo corto y de párrafo largo: se conoce que yo tiro más hacia el párrafo corto (Atienza y Ruiz Manero 2009: 272-287).

5,A) JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA

La terminología «justificación interna» y «justificación externa» proviene de un trabajo de Jerzy Wróblewski, de 1971 (Wróblewski 1971). Como

se ha indicado, con esas dos expresiones se trata de distinguir, en una argumentación, entre el paso de las premisas a la conclusión, por un lado, y el establecimiento de las premisas, por el otro. En un trabajo algo posterior, de 1979, Wróblewski (2001) desarrolla esas ideas e introduce una nueva dicotomía: entre justificación formal y justificación no formal. Por justificación formal entiende la que se lleva a cabo con el auxilio de alguna lógica formal (del tipo que sea), mientras que la justificación no formal la refiere a alguna teoría de la argumentación jurídica, como la tópica o la retórica. Wróblewski aclara también que la noción de justificación se refiere a decisiones jurídicas legislativas, interpretativas o aplicativas, y en el contexto de sistemas contemporáneos de Derecho legislado que funcionan dentro de una ideología de toma de decisiones racional y legal.

El término «racional» significa que una proposición, una norma o una valoración es justificable mediante una argumentación apropiada. En general, una decisión es racional si se basa en un determinado conocimiento y en determinadas valoraciones. Cuando preguntamos si una decisión ha sido apropiadamente inferida de sus premisas, estamos hablando de la racionalidad interna; cuando preguntamos si las premisas han sido aceptadas correctamente, estamos hablando de la racionalidad externa de la decisión. Los criterios acerca de lo que sea una argumentación apropiada son diferentes, ya que dependen de muchos factores. La calificación de un argumento ha de relativizarse a un determinado tipo de audiencia (o a una audiencia dada) y a un determinado tipo de situación (o a una situación dada). [...]

De conformidad con el postulado de la racionalidad, cada decisión jurídica ha de ser justificable y justificada si resulta cuestionada o si existe algún deber de justificarla.

Se dan cuatro clases de justificación relevantes para nuestro análisis. Las dos primeras son corolarios de la oposición entre racionalidad interna y externa, y las otras dos están relacionadas con la oposición entre lógica formal y no-formal.

La justificación interna [...] está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica. Una decisión está justificada internamente si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia apropiadas. La condición de justificación interna es la existencia de una regla con la que poder verificar la racionalidad interna de la decisión. La validez de las premisas se da por supuesta.

La justificación externa [...] se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está externamente justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. Es evidente que la decisión jurídica podría estar justificada internamente, pero no tener la justificación externa, si, por ejemplo, los datos científicos o valoraciones utilizados por el que toma la decisión son rechazados por la persona que analiza esta decisión.

La justificación formal [...] es una justificación verificada por la lógica formal adecuada para tal tarea verificadora. «Adecuación» significa aquí que hay un cálculo lógico formal, cuyos teoremas pueden ser «interpretados» (en el significado lógico de este término) por las expresiones lingüísticas usadas por el que toma la decisión. La justificación no formal [...] es una justificación que no cumple las condiciones expresadas antes a propósito de la justificación formal. El área de la justificación no-formal está, por tanto, negativamente determinada por la finalidad de los cálculos lógico-formales adecuados para relacionarse con decisiones jurídicas. Si se niega toda aplicabilidad de cálculos lógico-formales a

las decisiones jurídicas, entonces estas decisiones sólo podrían estar justificadas de manera no-formal. Si la aceptabilidad en cuestión se restringe a algunas decisiones jurídicas, entonces algunas de ellas podrían estar justificadas formalmente y otras sólo de manera no-formal.

Combinando las justificaciones interna y externa y formal y no-formal obtenemos cuatro tipos de decisiones jurídicas justificadas. [...]

Las decisiones jurídicas, ejemplificadas por la decisión del legislador, la decisión interpretativa y la decisión final de una aplicación del derecho, deben ser racionales. La racionalidad de las decisiones se comprueba por su justificación.

[...] Una decisión está justificada internamente si ha sido inferida de las premisas aceptadas por quien toma la decisión, según las reglas de inferencia que él considera válidas. Una justificación interna de una decisión consiste en hacer explícitas esas premisas y reglas. Una decisión es externamente racional si las premisas y reglas consistentemente aplicadas son correctas según los estándares aceptados por el crítico. El análisis de la decisión en términos de estos estándares es una justificación externa de esta decisión. [...]

La racionalidad interna depende de justificaciones internas y está conectada con la consistencia entre la decisión y sus premisas. Por tanto, si no podemos usar la justificación formal, debemos acercarnos a ella lo más posible. El ejemplo consiste en presentar la decisión como el resultado de una cadena de premisas que se han aceptado y construida de manera que la decisión sea más o menos intuitivamente justificada por ella. Parece que la persistencia del silogismo jurídico como justificación de la decisión de aplicación del derecho es el mejor ejemplo de esta situación.

[...] El problema de la justificación externa de la decisión jurídica es más complicado que el de la justificación interna que acabamos de examinar. La justificación externa tiene que ver con las premisas de la decisión jurídica. Estas premisas están constituidas por proposiciones, directivas y valoraciones. La cuestión de la justificación externa estriba en saber si las premisas han sido aceptadas correcta o equivocadamente. Para contestar a esta cuestión tenemos que justificar las premisas. [...]

Las justificaciones de directivas y de las valoraciones se hace posible *ex hypothesi* solamente mediante su relativización. [...] [E]n toda valoración se llega a un punto en el que se ha de elegir entre valores no relativizados o distintos sistemas axiológicos. Éste es terreno de muchos desacuerdos, que si se convierten en acuerdos, es a causa del uso de algunos argumentos efectivamente persuasivos. La lógica no-formal describe estas argumentaciones, así como ayuda a obtener acuerdos ante un auditorio y para una situación dados. No hay reglas ni test que decidan de manera conclusiva el tema en cuestión, pero se pueden alcanzar soluciones que armonicen más o menos las posiciones en conflicto en un caso concreto. Ahí se aplica la *prudentia* que es difícil de generalizar, pero que no puede ser sustituida por ninguna regla general de decisión (Wróblewski 2001: 46, 52-53, 60-61 y 63-64)[19].

1) ¿Hasta qué punto es clara la distinción de Wróblewski entre justificación interna y justificación externa? Lo que es premisa de un argumento (por ejemplo: *X* ha realizado la acción *A*) puede convertirse, naturalmente, en conclusión de un nuevo argumento, de manera que las premisas de este último (*T* testificó que *X* había realizado la acción *A*; el testimonio

19. Se ha introducido algún ligero cambio, carente de importancia, en la traducción.

de *T* es fiable...) serían la justificación interna del argumento que concluye aceptando que *X* realizó *A*, pero también (parte de) la justificación externa de la decisión de condenar a *X* a la pena *P* (basándose en el hecho de que *X* ha realizado la acción *A* y en la norma según la cual quien realice acciones como *A* debe ser castigado con la pena *P*). Y si las cosas son así, ¿no sería mejor hablar, en lugar de justificación interna y externa, de esquemas lógicos simples (como el *modus ponens*) y complejos (como el epiquerema)? El *Diccionario de Filosofía* de Ferrater Mora da la siguiente definición de este último tipo de argumento: «el epiquerema es un razonamiento compacto o breve, donde, generalmente, la premisa mayor, y a veces inclusive la premisa mayor y la menor, van acompañadas de lo que se estima prueba de la premisa». ¿Estaría entonces, en definitiva, Wróblewski diciendo algo distinto a lo siguiente (referido a las decisiones jurídicas aplicativas): el silogismo judicial o subsuntivo debería verse, en lugar de en la forma simple en que es usual presentarlo, en la de un epiquerema?

2) ¿Es aceptable la presentación que Wróblewski hace de la justificación interna y externa en términos pura o fundamentalmente subjetivos: «según las reglas de inferencia que él [quien toma la decisión] considera válidas» (para la justificación interna); «según los estándares aceptados por el crítico [o por quien hace la calificación]» (para la justificación externa)? Si se entiende así la justificación, entonces la motivación de una decisión no parece que pueda consistir, efectivamente, en otra cosa que «en hacer explícitas las premisas y reglas de inferencia utilizadas». ¿Pero es esto suficiente para motivar la decisión? ¿Qué quiere decir realmente Wróblewski con lo de «lógica no-formal»? ¿Sería también una lógica con reglas de inferencia (no-formales)? ¿Está, en definitiva, sosteniendo algo distinto a la necesidad de que un argumento justificativo sea suficientemente explícito?

II

¿QUÉ ES ARGUMENTAR?

1. ARGUMENTAR Y DECIDIR

La conclusión que cabe extraer del capítulo anterior podría expresarse así: aunque el Derecho no pueda, naturalmente, reducirse a argumentación, el enfoque argumentativo del Derecho puede contribuir de manera decisiva a una mejor teoría y a una mejor práctica jurídica. Para ello, no puede prescindirse, por supuesto, de las aportaciones de las grandes concepciones del Derecho de las épocas pasadas: del análisis estructural de Derecho; de la vinculación de los procesos argumentativos con el comportamiento de los jueces y otros operadores jurídicos; de las relaciones entre el razonamiento jurídico y el de naturaleza moral y política; de los límites (formales, institucionales) del razonamiento jurídico; o de los elementos ideológicos y de poder que, por supuesto, se pueden hallar en el Derecho y en el razonamiento jurídico. Pero, al mismo tiempo, ninguna de las principales concepciones del Derecho del siglo XX resulta plenamente satisfactoria, por diversas razones: 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, el Derecho —cabría 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.

Pues bien, el Derecho puede verse (aunque no sea ésta la única aproximación posible) como una técnica, un instrumento, para el tratamiento de cierto tipo de problemas, de conflictos sociales. En cada una de las instancias jurídicas (legislativa, judicial, etc.) se producen decisiones que, en los Derechos contemporáneos, tienen que estar sustentadas en razones, tienen que estar argumentadas. ¿Pero qué significa argumentar? ¿Y qué relación hay entre argumentar y decidir?

En principio, parecería que los dos fenómenos —argumentar y decidir— van indisolublemente ligados: el legislador, el juez, el abogado, el jurista teórico... tiene que argumentar porque tiene que decidir él o que proponer a otro que decida en algún sentido: la argumentación sigue —o precede— a la decisión, como la sombra al cuerpo. Pero, sin embargo, esta apreciación no es del todo exacta. Por un lado, es perfectamente posible que se decida sin argumentar, sin dar razones de por qué se decide de determinada manera. De hecho, la práctica de la argumentación (motivación) judicial es relativamente reciente en los sistemas jurídicos de tipo continental (en los del *common law* no ha sido así, puesto que sin una mínima explicitación de las *rationes decidendi* de los casos, esos sistemas no podrían funcionar); y hay muchas decisiones (de órganos administrativos y también de órganos judiciales —las de menor importancia—) que no se motivan, pues en otro caso se haría imposible el funcionamiento de las instituciones. Y, por otro lado, las argumentaciones no tienen lugar únicamente en contextos prácticos (en relación con decisiones y acciones), sino también en contextos teóricos (a propósito de creencias y opiniones). La argumentación judicial en materia de hechos, por ejemplo, es de esta segunda naturaleza, si bien es cierto que, en última instancia (como ocurre con todo el razonamiento jurídico), tiene un carácter práctico: si se da por acreditado el hecho H, es porque ello es una condición para la adopción (justificada) de una determinada decisión.

Para escapar de las anteriores dificultades, podríamos decir que lo que hace que surja una argumentación son problemas, cuestiones, que pueden tener una naturaleza práctica o teórica (según que tengamos que formarnos una creencia o que decidir) y que, además, pueden ser de carácter abstracto o concreto, real o hipotético, etc. Argumentar, en definitiva, es algo que tiene lugar en el contexto de la resolución de problemas, aunque la resolución de muchos problemas (incluidos los jurídicos) suele requerir otras cosas, otras habilidades, además de la de argumentar.

2. EL CONCEPTO DE ARGUMENTACIÓN

Al igual que hay diversas disciplinas que se interesan por la argumentación, parece haber también diversas nociones de argumentación. Por ejemplo, los lógicos entienden los argumentos como encadenamientos de enunciados en los que, a partir de algunos de ellos (las premisas), se puede pasar a otro (la conclusión). Pero otros enfoques pueden consistir en ver la argumentación como una actividad o un *arte* dirigido a establecer o descubrir las premisas; como una técnica dirigida a persuadir a otro de determinada tesis; como una interacción social, un proceso comunicativo que tiene lugar entre diversos sujetos y que debe atenerse a ciertas reglas; etcétera. Esa pluralidad de nociones puede observarse también en el mundo del Derecho; por eso, como antes veíamos, hay una contraposición característica entre la manera de ver la argumentación por parte de los «precursores» y de los autores que representan «la teoría estándar» de la argumentación jurídica.

La complejidad de la noción no deriva simplemente de que la expresión «argumentación» (o «argumentar», «argumento», etc.) sea ambigua. O sea, para aclarar su significado no basta con mostrar en qué sentidos distintos se habla de argumentación, sino que habría que ser capaz también de explicar qué relación existe entre todos ellos. Y para lograrlo, una estrategia adecuada puede consistir en utilizar la distinción que suele hacerse entre *concepto* y *concepción*; o sea, entre una noción muy amplia —un concepto— caracterizada por una serie de propiedades que tendrían que darse siempre que tenga sentido hablar de argumentación, e interpretaciones —concepciones— distintas de esos mismos elementos. Se lograría así cierta unidad en la diversidad.

Los elementos que configuran el concepto de argumentación (en un plano muy abstracto) serían los cuatro siguientes: 1) Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje. Podría decirse que es un uso del lenguaje que se caracteriza (frente a otros usos: descriptivo, prescriptivo, etc.) por la necesidad de dar razones: se argumenta cuando se defiende o se combate una determinada tesis y se dan razones para ello. Por lo demás, hay argumentos, o fragmentos de argumentos, que no consisten en un uso *explícito* del lenguaje; al menos, del lenguaje hablado o escrito. 2) Una argumentación presupone siempre un problema, una cuestión (de índole muy variada), cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema de que se trate. 3) Una argumentación supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad. Como actividad, la argumentación es todo lo que tiene lugar entre el planteamiento del problema y la solución del mismo; como resultado, en una argumentación cabe distinguir siempre estas tres entidades: premisas, conclusión e inferencia (la relación que se da

entre las premisas y la conclusión). 4) Argumentar es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el de que hay criterios para evaluar una argumentación; o sea, siempre parece tener sentido preguntarse si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, aparentemente buena pero en realidad mala, etcétera.

3. CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN

Hay tres formas características de interpretar esos elementos comunes que definen el concepto de argumentación y, por ello, cabe hablar también de tres concepciones o de tres aproximaciones básicas a la argumentación: la formal, la material y la pragmática.

La *concepción formal* ve la argumentación como una serie de enunciados sin interpretar, en el sentido de que hace abstracción del contenido de verdad, o de corrección de las premisas y de la conclusión. Responde a problemas de naturaleza formal: si a partir de enunciados —premisas— de tal forma, se puede pasar a otro —conclusión— de otra determinada forma. Y para ello se centra no en la argumentación como actividad, sino como resultado: la lógica (la lógica estándar o clásica) no describe cómo la gente argumenta, sino que señala ciertas condiciones que tienen que respetarse para que el razonamiento pueda considerarse válido. Esos criterios de validez o de corrección vienen dados por lo que se llama reglas de inferencia, pero en el sentido formal de la expresión. Se trata, en definitiva, de la concepción característica de la lógica, de la lógica formal. Esa disciplina nos suministra esquemas o formas de los argumentos, como, por ejemplo, el *modus ponens* o silogismo subsuntivo; si un razonamiento asume esa forma, entonces cabe decir que es lógicamente, formalmente, correcto, aunque no por ello resulte ser un razonamiento sólido o persuasivo.

Para la *concepción material*, lo esencial no es la forma de los enunciados, sino aquello que hace a los mismos verdaderos o correctos: los hechos naturales o institucionales a que se refieren esos enunciados. Responde al problema de en qué debemos creer o qué debemos hacer; o sea, no problemas formales, sino materiales: explicar, descubrir o predecir un acontecimiento, recomendar o justificar un curso de acción, etc. El centro de atención no se pone en la inferencia, sino en las premisas (las razones para creer en algo o para realizar o tener la intención de realizar una acción) y en la conclusión. Sus criterios de corrección no pueden, por ello, tener un carácter puramente formal; una buena argumentación desde la perspectiva material presupone la corrección formal, pero tiene que cumplir también ciertas condiciones de carácter sustantivo, como las incorporadas en una teoría de las

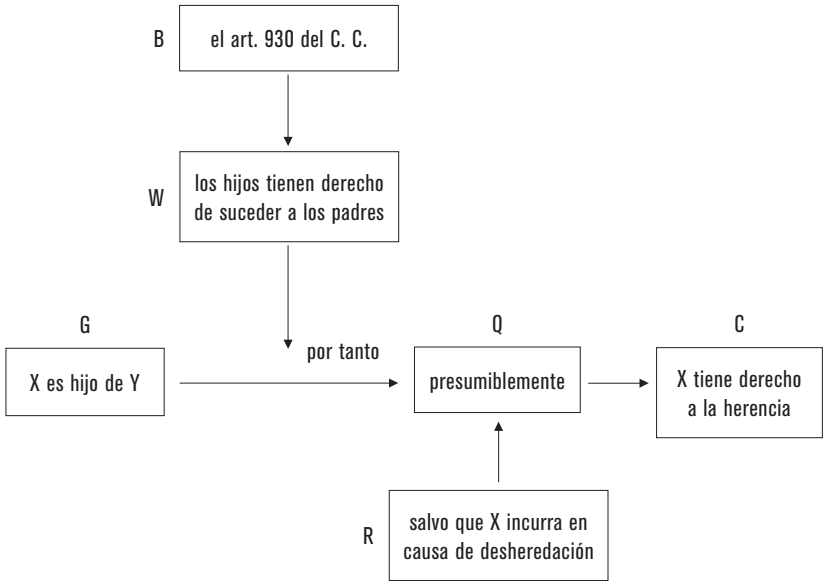
fuentes del Derecho, de la interpretación o de la prueba. Un ejemplo de esa manera de entender la argumentación jurídica la encontramos en la «lógica material» o logos de lo razonable de Recaséns Siches, en la tópica de Viehweg o en la teoría interpretativa del Derecho de Dworkin.

Finalmente, la *concepción pragmática* contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística, como una serie de actos de lenguaje o un acto de lenguaje complejo; lo que se privilegia, por tanto, no es la dimensión sintáctica o semántica del lenguaje, sino la pragmática. Lo que desencadena la argumentación son problemas relativos 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. Lo que importa aquí es la argumentación vista como una actividad, como una interacción; en el transcurso de esa actividad se producen, naturalmente, argumentos, pero las premisas y conclusiones de los mismos no son ya enunciados sin interpretar o enunciados interpretados como verdaderos o correctos, sino enunciados *aceptados*, puesto que sin ciertos puntos de acuerdo no sería posible llevar a cabo esa actividad. Mientras que en la concepción material (y en la formal) la argumentación puede verse en cierto modo 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 (o bien presupone que el individuo que argumenta en esta forma se desdobla en dos o más agentes razonadores). El éxito de la argumentación depende de que efectivamente se obtenga (o debiera obtenerse) la persuasión o el acuerdo del otro, respetando ciertas reglas. 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 (los elementos básicos son los de orador, discurso, auditorio y persuasión). 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. Las concepciones de la argumentación de Perelman y de Toulmin vienen a representar, respectivamente, el punto de vista retórico y el dialéctico.

Dada la importancia que ha tenido en el desarrollo de la teoría contemporánea de la argumentación (no sólo de la argumentación jurídica), merece la pena detenerse un momento para examinar el esquema de la argumentación propuesto por Toulmin (1958). El modelo simple contiene cuatro elementos: la pretensión, las razones, la garantía y el respaldo. El primero de ellos (*claim*) significa tanto el punto de partida como el punto de destino de nuestro proceder en una argumentación; por ejemplo: «*X* tiene derecho a recibir la herencia». Al comienzo de la argumentación, pues, alguien (el proponente)

plantea un problema frente a otro (el oponente). En caso de que este último cuestione de alguna manera la pretensión, el proponente tendrá que dar razones (*grounds, data*) a favor de su pretensión inicial, que sean al mismo tiempo relevantes y suficientes; por ejemplo: «*X* es el único hijo de *Y*, el cual falleció sin dejar testamento». El oponente podrá ahora discutir de nuevo los hechos, pero incluso en el caso de que los acepte, puede exigir al proponente que justifique el paso de las premisas a la conclusión. Los enunciados generales que autorizan dicho paso constituyen la garantía (*warrant*); las garantías no son enunciados que describen hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros; Toulmin pone este símil: los hechos o razones son como los ingredientes de un pastel, y la garantía es la receta general, que permite obtener el resultado combinando los ingredientes; en el ejemplo: «los hijos suceden —deben suceder— a los padres cuando éstos han fallecido sin dejar testamento». Finalmente, en ocasiones es necesario mostrar que la garantía resulta válida, relevante y con un peso suficiente, sobre todo si hay diversas formas posibles de pasar de las razones a la pretensión; para ello, el proponente deberá indicar el campo general de información o el respaldo (*backing*) del argumento; por ejemplo, «el artículo 930 del Código Civil».

Ahora bien, los anteriores elementos son suficientes para dar cuenta de cuándo tenemos un argumento válido o correcto. Pero la *fuerza* de un argumento depende, además, de otros dos elementos, los cualificadores y las condiciones de refutación, necesarios para componer el modelo general. Así, por un lado, la conclusión, la pretensión de un argumento, puede afirmarse con un grado de certeza que puede ser mayor o menor; mientras que en la matemática (o en la lógica deductiva) el paso a la conclusión tiene lugar de manera necesaria, en la vida ordinaria no suele ser así, sino que G (de *ground*, razones), W (de *warrant*, garantía) y B (de *backing*, respaldo) prestan a C (de *claim*, pretensión) un apoyo más débil que suele expresarse mediante cualificadores modales (*qualifiers*) como «presumiblemente», «con toda probabilidad», «plausiblemente», «según parece», etc. Por otro lado, el apoyo suministrado a C puede serlo sólo en ciertas condiciones, esto es, pueden darse ciertas circunstancias extraordinarias o excepcionales que socaven la fuerza de los argumentos y a las que se denomina condiciones de refutación (*rebuttals*). Todo ello lo representa Toulmin con un esquema que, aplicado al ejemplo anterior, sería el siguiente:



4. CONCEPCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Cada una de las anteriores concepciones o dimensiones de la argumentación tiene que ver con un tipo de problema en que puede hallarse envuelto un ser humano. Pero cabría decir también que esas concepciones tienen algo de tipos ideales, en cuanto las argumentaciones realmente existentes no obedecen, en general, a uno solo de esos tipos puros. Esto es así por un par de razones. La primera es que esas tres concepciones no son incompatibles entre sí: los criterios de corrección material presuponen los formales, esgrimir un argumento válido desde el punto de vista de la lógica tiene un gran valor retórico, etc. Y la segunda es que las «empresas racionales» en que se ven envueltos los seres humanos tienen, o pueden tener, cierta vocación de totalidad, en el sentido de que los fines y los valores de esas empresas no son exclusivamente formales, materiales o pragmáticos, sino que pueden responder a una combinación de los tres.

Esto último es lo que ocurre en la ciencia, en la moral o en el Derecho. En el caso del Derecho, podría decirse que cada una de esas tres concepciones está íntimamente conectada con algún valor básico de los sistemas jurídicos. La certeza, con la concepción formal; basta con recordar la idea weberiana de la racionalidad formal del Derecho moderno que, por otro lado, debería considerarse como

unilateral, reduccionista: la racionalidad del Derecho —de nuestros Derechos— no es sólo de ese tipo. La verdad y la justicia, con la concepción material. Y la aceptabilidad y el consenso, con la concepción pragmática. El ideal de la motivación judicial podría expresarse, por ello, diciendo que se trata de poner las buenas razones en la forma adecuada para que sea posible la persuasión.

En consecuencia, no se trata de optar por alguna de esas concepciones (éste habría sido el error en que incurrieron los precursores de las teorías de la argumentación jurídica en el siglo XX; o, al menos, muchos de ellos), sino de elaborar una teoría que las integre adecuadamente. Una teoría que no las vea como *concepciones* (unilaterales), sino como *dimensiones* que pueden tener un mayor o menor peso dependiendo del contexto o de la perspectiva que se asuma. Así, por ejemplo, la argumentación de los abogados parece ser de naturaleza esencialmente dialéctica (cuando se contempla desde la perspectiva de la lucha que tiene lugar entre partes que defienden intereses contrapuestos) y retórica (si se ve como los discursos dirigidos a persuadir al juez o al jurado en relación con determinadas tesis). La concepción formal se presta bien para dar cuenta del trabajo de algunos teóricos del Derecho que se centran exclusivamente en la argumentación como resultado (en el texto de una sentencia), con propósitos simplemente descriptivos o reconstructivos (de los argumentos utilizados). Y la concepción material constituye el núcleo de la justificación que llevan a cabo los jueces: la obligación de motivar no se satisface simplemente mostrando que la decisión (o el correspondiente enunciado de deber) es la consecuencia lógica de ciertas premisas, ni tampoco por razón de que sea aceptable para cierto auditorio, sino que exige (de manera esencial) que se trate de buenas razones, según los criterios de racionalidad característicos de una teoría de las fuentes, de la validez, de la interpretación, etcétera.

5. CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES

La teoría estándar de la argumentación jurídica parte de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las decisiones judiciales, y circunscribe el estudio de la argumentación jurídica a este último ámbito. O sea, una cosa sería dar cuenta de los motivos (en el sentido de los factores causales) de diverso tipo que llevan a un juez o a un tribunal a tomar una determina decisión; y otra señalar las razones que permiten considerar esa decisión como algo aceptable, justificado. En otros términos: una cosa son las razones que *explican* la decisión, y otra las que la *justifican*. La palabra «motivar» puede utilizarse en los dos sentidos,

pero cuando se dice que los jueces tienen la obligación de *motivar* sus decisiones, lo que quiere decirse es que deben justificarlas. Cada uno de esos dos aspectos de las decisiones constituiría el objeto de estudio de disciplinas distintas: del contexto de descubrimiento tendrían que ocuparse diversas ciencias sociales (psicología, sociología, etc.); mientras que la teoría del Derecho (y por tanto, la teoría de la argumentación jurídica) se situaría exclusivamente en el contexto de justificación. Es importante darse cuenta de que la distinción en cuestión no coincide con la que puede trazarse entre el discurso descriptivo y el prescriptivo: se puede describir cómo los jueces, de hecho, toman sus decisiones, pero también puede prescribirse cómo deberían hacerlo; y otro tanto pasa en relación con la justificación.

Esa distinción, por lo demás, había sido tomada de la filosofía de la ciencia de la época neo-positivista. Hoy, sin embargo, la distinción sólo se mantiene en términos bastante débiles, pues suele considerarse, por un lado, que no hay una línea tajante que separe ambos contextos y, por otro lado, que sí cabe hablar de una «lógica del descubrimiento», en el sentido de que hay ciertas pautas de racionalidad en relación con el hallazgo de las teorías científicas; o sea, la racionalidad, el método científico, no se circunscribe al contexto de la justificación o validación de las teorías científicas. En relación con el Derecho, es fácil darse cuenta de que la distinción no puede mantenerse tampoco de manera nítida, o sea, es perfectamente posible que una razón explicativa tenga también fuerza justificativa; al fin y al cabo, el buen juez es aquel que toma sus decisiones guiado únicamente por buenas razones. Y no conviene olvidar tampoco los límites de la analogía trazada entre la ciencia y el Derecho: o sea, descubrir una regularidad, una ley científica, no es lo mismo que decidir; y justificar una teoría científica —bajo la forma de un razonamiento teórico— no es tampoco lo mismo que justificar una decisión —que efectuar un razonamiento práctico.

El sentido de esa distinción entre el contexto de descubrimiento y el de justificación (que sigue siendo útil mantener, por ejemplo, para darse cuenta del error en que incurren los realistas jurídicos y quienes piensan que no cabe justificar las decisiones porque la lógica no ofrece una descripción adecuada de cómo se toman las decisiones) puede aclararse bastante cuando se la ve a partir de las tres perspectivas o concepciones de la argumentación antes señaladas. Pues desde el punto de vista formal, la distinción se puede establecer con nitidez: reconstruir el esquema formal (lógico) de la motivación de una decisión judicial (de una sentencia) es una operación que se desarrolla exclusivamente en el contexto de la justificación (y aunque la justificación lógica sea únicamente un aspecto de la justificación en sentido pleno). Pero desde las otras perspectivas, las cosas no son ya así. En el plano material, las razones justificativas pueden ser indistinguibles de las explicativas (o si se quiere, la distinción debe ser «negada» por

el juez en su práctica de motivación). Y, desde el punto de vista pragmático, la distinción, simplemente, desaparece: el descubrimiento, la *invención,* de los argumentos es, simplemente, una de las fases del proceso de argumentación, de justificación. Por otro lado, como se ha señalado en alguna ocasión (*vid.* Aguiló 2003), las instituciones de la independencia (la obligación de no ir más allá del Derecho) y de la imparcialidad judicial (la obligación de abstenerse o la posibilidad de ser recusado) cumplen precisamente la función de hacer coincidir las razones explicativas con las justificativas.

6. ARGUMENTACIÓN Y FALACIAS

Los argumentos pueden ser evaluados desde las tres concepciones o perspectivas señaladas: como válidos o inválidos (desde el punto de vista formal), o como más o menos sólidos (desde el punto de vista material), o persuasivos (desde el punto de vista pragmático). Pero esas calificaciones dejan fuera una categoría intermedia entre los buenos y los malos argumentos. Pues, en efecto, hay argumentos que tienen la apariencia de ser buenos, pero que no lo son, y a los que tradicionalmente se ha denominado «falacias». El estudio de las falacias resulta especialmente importante por la capacidad de engaño que envuelven, al tener esa apariencia de buenos argumentos; Aristóteles, en *Refutaciones sofísticas* (Aristóteles 1982), decía que eran como los metales que parecían preciosos sin serlo. Por otro lado, el que usa una falacia puede hacerlo a sabiendas de que es un mal argumento, con el propósito de engañar (cabría hablar entonces de *sofisma*), o bien de buena fe, sin ser consciente del engaño que supone (*paralogismo*). Lo que genera las falacias es tanto lo que Bentham (1990) llamaba «intereses siniestros» (los intereses de la gente que no pueden ser declarados abiertamente) como las dificultades cognitivas de los seres humanos.

Hay muchos catálogos de falacias, empezando por el propuesto por Aristóteles en *Refutaciones sofísticas*. Los tipos de falacias más usuales suelen tener un nombre en latín: *ignoratio elenchi*, *petitio principii*, *ad baculum*, *ad personam*, etc. A veces se clasifican en falacias formales e informales, pero, siguiendo las tres perspectivas que hemos distinguido, podríamos agruparlas en falacias formales (lógicas), materiales y pragmáticas. Una falacia formal tiene lugar cuando parece que se ha utilizado una regla de inferencia válida, pero en realidad no ha sido así; por ejemplo, la falacia de la afirmación del consecuente (que iría contra una regla de la lógica deductiva) o de la generalización precipitada (contra una regla de la inducción). En las falacias materiales, la construcción de las premisas se ha llevado a cabo utilizando un criterio sólo aparentemente correcto; ejemplos típicos podrían ser la falacia de la ambigüedad o de la falsa analogía. Y en las falacias pragmáticas,

el engaño se produce por haber infringido, en forma más o menos oculta, alguna de las reglas que rigen el comportamiento de quienes argumentan, en el marco de un discurso dialéctico o retórico; pero no tiene que ser una regla técnica en sentido estricto (un argumento pragmáticamente falaz no es un argumento no persuasivo: eso sería un mal argumento, sin más), sino una regla moral en sentido amplio. Para quien entiende la retórica en términos estrictamente técnicos (un «buen» argumento retórico significaría exclusivamente un argumento persuasivo), no tendría sentido hablar de falacias. Por supuesto, todo lo anterior no quiere decir que pueda trazarse una distinción nítida entre las falacias formales, las materiales y las pragmáticas; sin ir más lejos, las falacias inductivas, como más adelante se verá, tienen siempre una dimensión material que suele resultar preponderante.

Por lo demás, como la clave para entender el concepto de falacia es una noción eminentemente gradual, la de apariencia, es inevitable que haya una amplia zona de vaguedad entre los argumentos falaces, los buenos argumentos y los malos argumentos: la apariencia de engaño puede ser tan leve que se trate en realidad de un buen argumento (al que podría faltarle, por ejemplo, una premisa —que estaría implícita— para convertirse en bueno), o tan intensa que los argumentos falaces sean difíciles de distinguir de los que, sin más, son malos argumentos. En realidad, podría decirse que el concepto de falacia es eminentemente contextual. En abstracto no puede decirse que un determinado tipo de argumento sea falaz. De manera que lo importante no es tanto una clasificación o una tipología de las falacias, sino un método para poder detectarlas; dicho de otra manera, se trataría de revisar la bondad (o apariencia de bondad) de los argumentos desde una perspectiva formal, material y pragmática. Todo lo cual, por cierto, no significa poner en cuestión la racionalidad de las argumentaciones, sino subrayar que el concepto de argumento falaz presupone el de buen argumento (al igual que la noción de ideología presupone la de verdad).

MATERIALES

1,A) JOHN DEWEY: MÉTODO LÓGICO Y DERECHO

John Dewey (1859-1952) es uno de los más caracterizados representantes del pragmatismo filosófico estadounidense. Es autor de una amplísima obra que incluye algunos trabajos de temática jurídica y, aunque no tuvo una formación jurídica de tipo académico, influyó mucho en Holmes y en los realistas americanos. En *Logical Method and Law*, escrito en 1924 (Dewey 1924), defiende una concepción del Derecho muy próxima a la de Holmes (que es el único autor citado en ese trabajo). Dewey ve el Derecho como un instrumento de reforma social y, por ello, defiende la necesidad social e intelectual de introducir en el Derecho una lógica experimental y flexible. Pero por «lógica» no entiende la lógica formal, la silogística, sino una teoría centrada en la operación de pensar y no en el resultado del pensamiento. Si se asume esa perspectiva, no es difícil aceptar que cuando nos ponemos a pensar sobre un problema, no tenemos a nuestra disposición ciertas premisas de las que partir, sino que más bien arrancamos a pensar en forma más o menos confusa y las premisas van emergiendo a partir del análisis de la situación; de ahí que Dewey pueda decir que la lógica es una disciplina empírica. La crítica de Holmes a la lógica tendría, pues, en opinión de Dewey, sentido en relación con la silogística, pero no en relación con el método lógico entendido a su manera. Lo que Dewey entiende por «método lógico» se aproxima mucho, en definitiva, a la idea de argumentación que se defiende en este libro:

> La conducta humana, vista de manera amplia, puede ser de dos tipos [...] A veces los seres humanos actúan con un mínimo de previsión, sin examinar lo que están haciendo y sus probables consecuencias. No actúan sobre la base de una deliberación, sino por rutina, por instinto, por la presión directa de los apetitos o por una ciega «corazonada». Sería un error suponer que semejante conducta es siempre ineficiente o no exitosa. [...]
>
> En otros casos, la acción sigue a una decisión y la decisión es el resultado de investigar, comparar alternativas, sopesar los hechos; la deliberación o el pensamiento han intervenido. Se llaman «razones» las consideraciones que han pesado a la hora de alcanzar la conclusión en cuanto a qué debe hacerse, o las consideraciones que se han empleado para justificar la conclusión cuando ésta ha sido cuestionada. [...]
>
> Ahora, yo defino la teoría lógica como el dar cuenta de los procedimientos seguidos al alcanzar las decisiones del segundo tipo, en aquellos casos en los que la experiencia posterior muestra que eran los mejores procedimientos que podían usarse en aquellas condiciones. [...]
>
> Si consideramos la manera de proceder de un matemático o de cualquier hombre de ciencia [...] en lugar de considerar simplemente las relaciones de implicación consistente que tienen lugar entre las proposiciones enunciadas en las conclusiones que finalmente aprueba, nos encontramos con que está constantemente envuelto en la toma de decisiones, al igual que un granjero inteligente, un

hombre de negocios o un médico. [...] El tema concreto con el que trata, el material que investiga, acepta, rechaza, emplea para alcanzar y justificar su decisión es diferente al del granjero, el jurista o el comerciante, pero el curso de la operación, la forma del procedimiento, es similar. [...]

Puede replicarse, por supuesto, que se trata de una noción arbitraria de lógica y que, en realidad, la lógica es un asunto de relaciones y del orden de relaciones que tienen lugar entre proposiciones que constituyen el contenido aceptado de una ciencia; esas relaciones son independientes de las operaciones de búsqueda y de obtención de conclusiones o de decisiones. No me detendré para tratar de controvertir esa posición, pero la usaré para señalar la diferencia esencial entre esa posición y la defendida en este artículo. De acuerdo con esta última, la sistematización lógica con vistas a una generalización y consistencia máxima de las proposiciones es indispensable, pero no tiene un carácter último. Es un instrumento, no un fin. [...] Es de lo más importante que las normas del Derecho formen un sistema lógico tan general y coherente como sea posible. Pero estas sistematizaciones lógicas del Derecho en cualquier campo, bien sea el de los delitos, el de los contratos o el de la responsabilidad civil (*torts*), con su reducción de una multitud de decisiones a unos pocos principios generales que son lógicamente consistentes entre sí, aunque puedan ser un fin en sí mismo para un estudioso particular, están en última instancia subordinadas al logro económico y efectivo de decisiones en los casos particulares. [...]

En cierto sentido, es una tontería criticar el modelo que suministra el silogismo. Los enunciados efectuados acerca de los hombres y de Sócrates son obviamente verdaderos y la conexión entre ellos es indudable[1]. El problema es que el silogismo expresa los *resultados* del pensamiento y no tiene nada que ver con la *operación* de pensar. Tomemos el caso del juicio de Sócrates ante los ciudadanos atenienses y el pensamiento que tuvo que llevarse a cabo para llegar a esa decisión. Ciertamente, el problema no era si Sócrates era mortal; la cuestión era si su mortalidad se produciría o debería producirse en una fecha determinada y de una manera específica. Ahora bien, esto es precisamente lo que no se sigue y no puede seguirse a partir de un principio general o de una premisa mayor. Para citar de nuevo al juez Holmes, «las proposiciones generales no deciden los casos concretos». Ninguna proposición concreta, es decir, una que haga referencia a datos precisados en el tiempo y en el espacio, se sigue a partir de enunciados generales o de cualquier conexión entre ellos. [...]

Como cuestión de hecho, los hombres no empiezan a pensar con premisas. Empiezan con algún asunto complicado y confuso que aparentemente admite modos alternativos de tratamiento y de solución. Las premisas emergen sólo de manera gradual a partir del análisis de toda la situación. El problema no es extraer una conclusión a partir de premisas dadas; lo que podría ser hecho mejor con una máquina automática, dándole al teclado. El problema es *encontrar* enunciados, de principios generales y de hechos particulares, que puedan servir como premisas. Como cuestión de hecho, generalmente empezamos con alguna vaga anticipación de una conclusión (o, al menos, de conclusiones alternativas), y entonces nos ponemos a buscar principios y datos que la justifiquen o que nos permita elegir inteligentemente entre conclusiones rivales. Ningún abogado pensó nunca el caso de un cliente en términos del silogismo. Empieza con una conclusión que pretende alcanzar, favorable, desde luego, para su cliente, y entonces

1. Anteriormente había tomado como ejemplo de silogismo estándar: todos los hombres son mortales; Sócrates es un hombre; por lo tanto, es mortal.

analiza los hechos de la situación para encontrar material con el que construir un relato favorable de los hechos, con el que *formar* una premisa menor. Al mismo tiempo, revisa los casos registrados para encontrar normas de Derecho empleadas en los casos que pueden presentarse como similares, normas que justificarán una cierta manera de mirar a, y de interpretar, los hechos. Y cuando su conocimiento de las normas jurídicas que juzga aplicables se amplíe, probablemente alterará la perspectiva y el énfasis en la selección de los hechos que han de formar sus datos probatorios. Y cuando sepa más acerca de los hechos del caso, puede modificar su selección de las normas jurídicas en las que basa su caso.

[...] En estricta lógica, la conclusión no se sigue de las premisas; las conclusiones y las premisas son dos maneras de expresar lo mismo. Pensar puede definirse bien como un desarrollo de unas premisas, o bien como un desarrollo de una conclusión; en la medida en que es una operación, también es la otra.

Los tribunales no sólo llegan a decisiones; las exponen y la exposición debe expresar razones que las justifiquen. Las operaciones mentales envueltas en ello son diferentes de las que están envueltas en llegar a la conclusión. La lógica de la exposición es diferente de la de la búsqueda y la investigación. En la última, la situación tal y como existe es más o menos dudosa, indeterminada y problemática con respecto a lo que significa. Se despliega de manera gradual y es susceptible de sorpresas drásticas; en cualquier estadio tiene, de manera provisional, dos lados. La exposición implica que se ha alcanzado una solución definitiva, que la situación ahora es determinada con respecto a su implicación jurídica. Su objetivo es expresar razones a favor de la decisión alcanzada, de manera que ésta no aparezca como un *dictum* arbitrario, y de manera que se establezca una regla para tratar con casos similares en el futuro (Dewey 1924: 17-27).

1) ¿Cómo ve Dewey la relación entre decidir y argumentar? ¿Qué es lo que entiende, en definitiva por «método lógico»?

2) ¿Es «adecuada» la concepción que Dewey tiene de la lógica? ¿Implica una devaluación de la lógica formal? Dewey parece haber influido en autores como Recaséns Siches que, como sabemos, defendieron que la lógica formal no se puede aplicar al Derecho, ¿pero tienen uno y otro el mismo concepto de la lógica formal, de la silogística?

3) ¿Está diciendo Dewey sobre el silogismo judicial lo mismo que luego dirá Frank (*vid.* I,3.3,A)? ¿Aparece en el texto de Dewey la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación?

2,A) UNA DEFINICIÓN PRAGMA-DIALÉCTICA DE ARGUMENTACIÓN

Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst desarrollaron a partir de los años ochenta una concepción llamada «pragma-dialéctica» de la argumentación que ha tenido una gran influencia. Su idea fundamental consiste en presentar la argumentación como un medio de resolver diferencias de opinión poniendo a prueba la aceptabilidad de las posiciones en disputa, privilegiando la noción de «discusión crítica», que conciben como un intercambio metodológico de actos de lenguaje entre dos partes. Esa perspectiva pragma-dialéctica ha sido aplicada al campo del Derecho por Eveline Feteris. En las primeras páginas de su última obra

conjunta (Van Eemeren y Grootendorst 2004) —Grootendorst falleció en el año 2000—, los autores ofrecen y comentan su definición de argumentación:

Argumentación es una actividad verbal, social y racional dirigida a convencer a un crítico razonable sobre la aceptabilidad de una tesis mediante la presentación de una constelación de proposiciones para justificar o rechazar la proposición expresada en la tesis.

Esta definición general del término *argumentación* difiere —debido al uso de una jerga técnica— de la manera como se describiría la palabra «argumentación» en el lenguaje cotidiano. Aunque la definición está ciertamente en línea con la manera como se usa la palabra en el lenguaje ordinario, el significado del término técnico *argumentación* es más preciso, y se basa en un análisis conceptual de la noción teorética de argumentación. La definición que se da es estipulativa, en el sentido de que introduce una específica, y en alguna medida nueva, convención de uso del lenguaje ideada para permitir a los que estudian la argumentación tratar con este concepto de una manera adecuada. En esta definición técnica, la ambigüedad «proceso-producto» de la palabra «argumentación» se mantiene. El término *argumentación* hace referencia tanto al proceso de argumentar («estoy a punto de concluir mi argumentación») como a su producto («esta argumentación no es válida [*sound*]»).

En la definición se mencionan explícitamente varios aspectos teoréticamente importantes de la noción de argumentación: En primer lugar, la argumentación es una actividad *verbal*, que tiene lugar mediante el uso del lenguaje, una actividad *social*, que por lo general se dirige a otras personas, y una actividad *racional*, que se basa generalmente en consideraciones intelectuales. Otra importante característica de la argumentación es que siempre es propia de un determinado punto de vista o tesis en relación con cierto problema. El hablante o el que escribe defiende su tesis, mediante la argumentación, en relación con un oyente o un lector que duda sobre su aceptabilidad o que tiene una tesis diferente. La argumentación se dirige a *convencer al oyente o al lector sobre la aceptabilidad de la tesis*.

Una argumentación consiste en una o más expresiones en las que se expresa una *constelación de proposiciones*. En el caso de una tesis positiva («es el caso que...»), la argumentación se usa para *justificar* la proposición expresada en la tesis; en el caso de una tesis negativa («no es el caso que...») la argumentación se usa para *refutar*la. Las expresiones que son parte de la argumentación constituyen conjuntamente un acto de lenguaje complejo dirigido a convencer a un *crítico razonable*. Cuando alguien argumenta, esa persona hace una apelación implícita a la razonabilidad. Él o ella asumen tácitamente que el oyente o el lector actuarán como un crítico razonable al evaluar la argumentación. En otro caso, no tendría sentido argumentar (Van Eemeren y Grootendorst 2004: 1-2).

1) ¿Qué diferencias ve entre esta manera de entender la argumentación y la propuesta en el capítulo II de este libro? ¿Y con las concepciones de la argumentación de Toulmin o de Perelman?

2) ¿Cómo hay que entender, en la definición de Van Eemeren y Grootendorst, el que se trate de una actividad verbal, social, racional y dirigida a un crítico razonable? En el texto transcrito no se han incluido varias notas a pie de página que aclaraban que: en la práctica, una argu-

mentación puede ser en parte o incluso en su totalidad no verbal, con tal de que la constelación de proposiciones que constituye la argumentación sea externalizable; un argumento «monológico» puede considerarse como un «diálogo interior»; las emociones pueden ser causa de la argumentación, pero pueden también ser usadas como argumentos; y la noción de «crítico razonable» es inherente a la idea de que hay otra parte a la que se trata de convencer por medio de la argumentación.

2,B) UN ENFOQUE PRAGMA-DIALÉCTICO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Eveline T. Feteris ha propuesto un modelo de análisis y de evaluación de los argumentos jurídicos que se basa esencialmente en la teoría pragma-dialéctica de la argumentación de Van Eemeren y Grootendorst. El núcleo de esa teoría se compone de un modelo ideal para la discusión crítica, basado en una serie de etapas o fases, y un código de conducta que deben respetar los participantes, que se concreta en diez mandamientos (*vid.* V,3,D). El aspecto pragmático de la teoría radica en que el discurso se contempla esencialmente como un intercambio de actos de lenguaje; y el elemento dialéctico en que ese intercambio se contempla como un intento metodológico por resolver una diferencia de opinión. Desde la aproximación pragma-dialéctica, la argumentación jurídica vendría a ser «una forma institucionalizada específica de argumentación», «parte de una *discusión crítica* dirigida a la resolución de una disputa» (Feteris 1999: 171). En la parte final de su libro *Fundamentals of Legal Argumentation*, en el que examina muchas concepciones contemporáneas de la argumentación, Feteris sugiere un modelo de análisis y evaluación de la argumentación jurídica de carácter dialógico e inspiración pragma-dialéctica:

> [...] Adoptando este punto de vista sobre la argumentación jurídica, la aproximación pragma-dialéctica que considera que la argumentación es una parte de la discusión crítica proporciona un buen punto de partida para una teoría de la argumentación jurídica. La teoría ofrece un marco relativamente completo y sistemático para analizar la argumentación jurídica desde la perspectiva de una discusión. El modelo ideal especifica las diversas fases requeridas para una resolución racional de una disputa, los roles que pueden cumplir los participantes, y especifica las contribuciones en estas fases que pueden contribuir a tal resolución. También ofrece un código de conducta para participantes racionales en la discusión que especifica las reglas que promueven una resolución racional.
>
> Partiendo del modelo ideal y del código de conducta, se puede determinar, para las discusiones jurídicas, cómo se representan estas fases en un contexto jurídico, qué roles desarrollan los participantes, qué contribuciones juegan un papel en la resolución de la disputa y qué reglas contribuyen a una resolución racional. Partiendo del marco pragma-dialéctico para el análisis y la evaluación de la argumentación, en primer lugar, debe determinarse cómo puede reconstruirse la estructura de la argumentación, cómo pueden formularse las

premisas que faltan, cómo se pueden reconstruir los esquemas de argumentación. Luego debe determinarse cómo puede evaluarse la argumentación sobre la base de tal reconstrucción.

Para analizar adecuadamente los argumentos jurídicos, debe desarrollarse un modelo *analítico* que pueda ser usado como un *instrumento* heurístico para una reconstrucción racional de la justificación de decisiones e interpretaciones jurídicas. Tal modelo debe presentar las opciones relevantes que han de tomarse en cuenta cuando se reconstruyen los argumentos jurídicos. Las opciones relevantes dependen de los criterios usados en la evaluación. La finalidad del análisis es producir una visión de conjunto analítica que forme una base adecuada para la evaluación.

La forma básica de tal modelo analítico puede ser el esquema descrito en la sección previa para los casos claros en los cuales una justificación consiste en una descripción de los hechos y de la regla jurídica. [...]

En los casos *difíciles*, en los que se requiere una calificación de los hechos, una interpretación de la regla jurídica, o una elección entre varias reglas, la calificación, interpretación o elección debe defenderse por medio de una cadena de *argumentos subordinados*. En los casos difíciles, no basta un único argumento para justificar la decisión. Como ejemplo de reconstrucción de un caso difícil, daremos un análisis de la argumentación en un famoso caso holandés.

El asunto, conocido como «el caso de la electricidad», es un caso famoso del Derecho penal holandés. En 1918, un dentista en La Haya manipuló su contador de electricidad para poder tener electricidad gratis. El dentista fue descubierto y se procedió contra él por robo de electricidad. Al final, el Tribunal Supremo tuvo que decidir si apoderarse de electricidad constituye el delito penal de robo de «un bien» para el cual el artículo 310 del Código Penal holandés prescribe una pena. El Tribunal Supremo (HR 23-5-1921, NJ 1921, 564) decidió que apoderarse de electricidad se considera como apoderarse de un bien. El Tribunal Supremo estableció que el artículo 310 persigue asegurar la propiedad de los individuos, razón por la cual considera punible apoderarse de un «bien» bajo las circunstancias descritas en el artículo. De acuerdo con el Tribunal Supremo, el artículo se aplica a la electricidad debido a las propiedades de la electricidad. Una de las propiedades de la electricidad es que tiene un cierto valor, dado que se ha de incurrir en gastos y hacer algún esfuerzo para obtenerla y dado que se puede usar para obtener un beneficio propio o se puede vender a otros por dinero. De manera que la electricidad se considera como una propiedad.

El análisis del argumento es como sigue*:

(1)

El acusado debe ser declarado culpable y condenado a tres meses de prisión

(decisión jurídica)

(Oq)

↑

* La notación con números, tal como (1.1), etc., es la notación pragma-dialéctica. La notación con letras y símbolos lógicos, tal como (p→Oq), es la notación lógica. [*Nota del autor*.]

(1.1)	&	(1.1')
El acusado se ha apropiado de un bien que, de manera total o parcial, pertenece a otro, con la intención de apropiarse de él (calificación jurídica de los hechos)		Si alguien se ha apropiado de un bien que, de manera total o parcial, pertenece a otro, con la intención de apropiarse de él, debe ser declarado culpable de robo y condenado a una pena máxima de cuatro años (regla jurídica)
(p)		(p→Oq)

ARGUMENTO *A*

↑

(1.1.1)	&	(1.1.1')
El acusado se ha apropiado de una propiedad		Si alguien se apropia de una propiedad, se apropia de un bien
(r)		(r→p)

ARGUMENTO *B*

↑

(1.1.1.1)	&	(1.1.1.1')
El acusado se ha apropiado de algo que tiene un cierto valor		Si alguien se apropia de algo que tiene un cierto valor, se está apropiando de una propiedad
(s)		(s→r)

ARGUMENTO *C*

↑

(1.1.1.1.1)	&	(1.1.1.1.1')
El acusado se ha apropiado de electricidad		Si alguien se apropia de electricidad, se está apropiando de algo que tiene un cierto valor
(t)		(t→s)

ARGUMENTO *D*

Para sostener que el artículo 310 del Código Penal holandés debe aplicarse a los hechos de este caso concreto, hay que mostrar que los hechos (argumento 1.1.1.1.1) constituyen un supuesto concreto de las condiciones de aplicación de la regla jurídica del artículo 310, la regla jurídica (argumento 1.1'). Para defender esta pretensión, se requiere una cadena de argumentos subordinados que contienen una justificación paso por paso. En primer lugar se muestra que la electricidad es algo que tiene un cierto valor (argumento *D*); en segundo lugar, que algo que tiene un cierto valor, es una propiedad (argumento *C*); y,

finalmente, que una propiedad es un bien en el sentido del artículo 310 (argumento *B*). [...]

Para evaluar la argumentación jurídica de manera adecuada, debe desarrollarse un modelo de *evaluación* que pueda ser usado como una herramienta *crítica* para establecer si la argumentación es aceptable. En el modelo debe especificarse cómo debe tener lugar la evaluación con respecto a los aspectos materiales y procedimentales.

Con respecto a los aspectos materiales, hay que hacer una distinción entre los estándares de evaluación para el uso de los enunciados que pueden considerarse como *puntos de partida comunes*, y estándares para el uso de los *métodos de evaluación* para enunciados que no son puntos de partida comunes. Para el uso de enunciados que son un punto de partida común, debe hacerse una distinción entre argumentos fácticos y argumentos jurídicos. Para los argumentos fácticos, debe determinarse qué estándares deben usarse para decidir sobre los hechos y sobre las reglas de experiencia de conocimiento general. Para los argumentos jurídicos, debe especificarse qué enunciados pueden considerarse, en cada uno de los varios campos del Derecho, puntos de partida comunes. Por ejemplo, debe especificarse cuál es el papel de las reglas jurídicas y de los principios jurídicos, etcétera. [...]

Para el uso de métodos de evaluación debe hacerse también una distinción entre argumentos fácticos y argumentos jurídicos. Para los argumentos fácticos, debe determinarse qué estándares de certeza deben aplicarse para decidir que un hecho puede ser considerado como verdadero para propósitos jurídicos. [...]

Para los argumentos jurídicos, debe especificarse qué tipos de esquemas de argumentos jurídicos, tales como razonamiento por analogía, etc., deben distinguirse. [...]

En relación con los aspectos procedimentales, para una evaluación adecuada, deben especificarse qué reglas de discusión se aplican en un caso concreto. Para varios tipos de discusiones jurídicas (discusiones en un proceso jurídico, en la ciencia jurídica) debe especificarse qué reglas jurídicas de carácter general o de carácter específico son relevantes para llevar a cabo una discusión jurídica racional. Como han defendido Alexy, Feteris y Habermas, una discusión jurídica puede considerarse como una discusión racional [...] Los participantes en una discusión jurídica pretenden que todo ser racional debería estar de acuerdo con ellos, dados los requerimientos específicos de una discusión jurídica. Feteris muestra que en los debates jurídicos hay procedimientos y reglas que garantizan que se cumplan los requerimientos de una discusión racional. [...]

Como se ha descrito anteriormente en este libro, en un programa de investigación completo para una teoría de la argumentación jurídica deben estar representados diversos componentes de investigación. Para la teoría de la argumentación jurídica arriba bosquejada, habría que desarrollar el siguiente programa de investigación.

El componente *filosófico* debe unir ideas desarrolladas en la teoría jurídica acerca de la racionalidad de la argumentación jurídica, con ideas desarrolladas en la teoría de la argumentación acerca de la racionalidad en general. Si se adopta una aproximación dialéctica y se considera que la argumentación jurídica es una parte de una discusión crítica, debería especificarse cómo habría que llevar a cabo una discusión jurídica para resolver una disputa de una manera racional.

El componente *teorético* debe desarrollar un modelo para una reconstrucción racional de la argumentación jurídica. Si se adopta una aproximación dialéctica, deben darse diversas descripciones teóricas. En primer lugar, deben describirse las fases de una discusión jurídica y las contribuciones que son relevantes en esas fases. En segundo lugar, deben especificarse la estructura, los niveles y los

elementos de una justificación jurídica. En tercer lugar, deben formularse los estándares formales y materiales de racionalidad. En el componente teorético, las ideas jurídicas sobre estándares jurídicos de aceptabilidad, tales como principios jurídicos, reglas de procedimiento, métodos de interpretación jurídica, reglas para el uso de las fuentes jurídicas, etc., deben combinarse con ideas desarrolladas en la teoría de la argumentación y en la lógica acerca de normas ideales para la argumentación racional.

El componente de *reconstrucción* debe investigar cómo puede llevarse a cabo, con la ayuda del modelo teorético, una reconstrucción racional de la argumentación jurídica. Por ejemplo, ¿cómo puede reconstruirse una interpretación jurídica y qué conocimiento jurídico de fondo, general y específico, se requiere para llevar a cabo una reconstrucción adecuada?

El componente *empírico debe investigar* cómo se relaciona la práctica jurídica con el modelo teorético. ¿En qué aspectos difiere la práctica jurídica del modelo jurídico ideal, cuáles son las razones para apartarse del modelo y cómo puede justificarse esa diferencia? ¿Qué estrategias argumentativas parecen ser exitosas en la práctica jurídica para convencer a los auditorios?

Finalmente, con el objeto de ser capaz de dar recomendaciones prácticas para el análisis y la evaluación de las argumentaciones jurídicas, debe establecerse cómo deben combinarse las ideas teoréticas, analíticas y empíricas, a efectos de desarrollar métodos para mejorar las capacidades argumentativas en la enseñanza jurídica. El componente *práctico* debe determinar qué métodos pueden usarse para mejorar las capacidades para analizar, evaluar y escribir argumentaciones jurídicas (Feteris 1999: 197-204).

1) ¿Es acertado analizar y evaluar la argumentación jurídica a partir del modelo de la discusión crítica racional? ¿Puede verse toda la argumentación jurídica en términos dialécticos?

2) ¿Es realmente prometedor el programa de investigación sugerido por Feteris? ¿Cuáles serían sus ventajas y sus inconvenientes? ¿Es realmente un programa innovador (el libro fue escrito en 1999)? ¿Aporta algo su esquema de análisis de un caso difícil a los esquemas lógicos habituales?

3,A) LÓGICA Y ARGUMENTACIÓN SEGÚN BULYGIN

En el texto que sigue, Eugenio Bulygin (2007) contesta a la crítica dirigida a su teoría del Derecho, en el sentido de que «su excesivo apego a la lógica (entendiendo por tal la lógica deductiva clásica) no puede dar cuenta de muchos, quizás la mayoría, de los argumentos justificatorios usados por los jueces para justificar sus decisiones»:

En este punto [se refiere a la manera de entender la argumentación], hay, creo, una genuina diferencia entre nosotros. Esta discordancia versa sobre el concepto de argumentación y, en particular, la argumentación justificatoria. La actividad de argumentar está muy difundida en nuestra vida. Un juez argumenta para mostrar que su sentencia se ajusta al derecho, un abogado argumenta para convencer al juez de que su cliente tiene razón, un médico argumenta para persuadir al paciente de la necesidad de una operación, un político argumenta

para lograr ser elegido diputado, un matemático argumenta para demostrar un teorema, un vendedor argumenta para vender su mercadería, un padre argumenta para demostrar a su hijo que su conducta es inmoral. La lista podría prolongarse indefinidamente. A pesar de la gran diversidad de situaciones en las que se argumenta, cabe distinguir dos tipos básicos de argumentación: argumentación tendiente a demostrar que algo (una proposición, una norma, una creencia) está justificado y argumentación tendiente a convencer a alguien. El paradigma del primer tipo es la argumentación del matemático; se trata de una operación lógica. La actividad correspondiente al segundo tipo es una operación psicológica tendiente a provocar un determinado estado de ánimo o una emoción en el otro. El caso extremo es la propaganda política o comercial: los casos del político y del vendedor son ejemplos típicos.

Ciertamente, las dos actividades no son excluyentes; bien puede suceder que se quiera justificar algo y al mismo tiempo se quiere convencer al oyente. Esto ocurre con el abogado, con el médico, con el padre y en alguna medida puede ocurrir en el caso del juez. Pero es importante no confundir estas dos actividades muy diferentes. Una cosa es justificar y otra muy distinta es persuadir o convencer. [...]

Bien puede ser que en la práctica los jueces no se limiten a justificar su decisión en el derecho, sino que buscan además persuadir (a las partes o a los jueces superiores) de que su solución es buena y justa. Pero esto nada tiene que ver con la justificación. Una sentencia no justificada, y en ese sentido arbitraria, puede ser muy persuasiva y, viceversa, una sentencia bien fundada puede no convencer, sobre todo a la parte perdedora.

Si lo que pretende la teoría de la argumentación jurídica es elaborar métodos de persuasión, me parece una actividad respetable que puede ser muy útil. Pero nada tiene que ver con la justificación de las sentencias judiciales.

Sin embargo, la falta de una clara distinción entre la justificación lógica y la persuasión psicológica es sólo una parte del problema. Toda justificación lógica es relativa al punto de partida, es decir, a las premisas del argumento (no hay tal cosa como la justificación absoluta), pues la justificación consiste en mostrar que la conclusión (lo que se pretende justificar) es una consecuencia lógica de las premisas. Pero ¿qué ocurre cuando la conclusión no es satisfactoria? Cuando, por ejemplo, el juez no puede justificar en las normas jurídicas disponibles ninguna sentencia, ni la que condene al demandado, ni la que rechace la demanda. O cuando el juez no puede justificar en derecho la solución que considera justa y adecuada. En tales casos, el juez debe aducir nuevas razones, es decir, agregar nuevas premisas. Son éstos los casos que interesan especialmente a los partidarios de la teoría de la argumentación que consiste básicamente en elaborar reglas que permitan mejorar el derecho. Cuando Atienza dice que yo no soy enemigo, sino escéptico respecto de la teoría de la argumentación, tiene razón. Y soy escéptico porque no conozco reglas que permitan justificar nuevas premisas (¡si tales reglas existieran, serían reglas lógicas!). Las que figuran como tales o bien no son lógicamente válidas (como los argumentos por analogía o *a contrario*), o bien son triviales. El que más esfuerzos ha realizado para encontrar tales reglas es Robert Alexy, quien ha buscado (a mi juicio, en vano) una fórmula matemática para justificar la ponderación del peso de los principios conflictivos. Su fracaso no hace más que reforzar mi escepticismo.

La conocida distinción introducida por Wróblewski entre *justificación interna*, es decir, justificación de la conclusión a partir de las premisas y *justificación externa*, esto es, la justificación de las premisas de tal inferencia, a la que apelan muchos de los autores enrolados en la teoría de la argumentación, no soluciona

el problema. Como destaca muy bien Juan Carlos Bayón[2] [...] la justificación externa no consiste en otra cosa que en la deducción lógica de las premisas del primer razonamiento, a partir de otras premisas. Se trata de un encadenamiento de razonamientos deductivos. La pretensión de algunos autores de haber descubierto una lógica «tópica» o «retórica» o «específicamente jurídica» distinta de la lógica deductiva clásica no es más que una ilusión.

No obstante, la lógica desempeña un papel importante si no en el descubrimiento, al menos en la justificación de nuevas premisas. En efecto, si bien los argumentos por analogía, *a fortiori* o *a contrario* no son lógicamente válidos, conducen, sin embargo, con frecuencia a resultados muy razonables. Se trata muchas veces de argumentos entimemáticos, basados en premisas tácitamente presupuestas. Para poder evaluar estas premisas tácitas es necesario explicitarlas y es precisamente la lógica la que permite descubrir cuáles son esas premisas implícitas, necesarias para convertir el argumento en lógicamente válido, y de esta manera muestra los presupuestos en que se basan tales razonamientos. Un ejemplo clásico es el ensayo de Alchourrón dirigido contra Perelman[3] (Bulygin 2007: 176-178).

1) ¿Caracteriza bien Bulygin lo que cabe entender por «teoría de la argumentación jurídica»? ¿Por qué no sería posible una teoría integrada de la argumentación jurídica que trate de dar cuenta tanto de los aspectos formales (deductivos) como de los materiales y pragmáticos? ¿Existe realmente, por ejemplo, entre la lógica y la retórica, la oposición que señala Bulygin? ¿No tienen nada que ver, como él sostiene, justificación y persuasión? ¿Qué significa *justificar* una decisión?

2) Si el único procedimiento de control racional en relación con la justificación de las decisiones jurídicas (judiciales) fuera el de la lógica deductiva, y teniendo en cuenta que ésta —según sostiene Bulygin— juega un papel limitado en relación con el establecimiento de las premisas (explicitar cuáles serían las premisas necesarias para hacer el argumento deductivamente válido) y prácticamente no juega ningún papel en cuanto a la fuerza persuasiva de los argumentos, ¿habría que concluir que la motivación de las decisiones judiciales es una actividad que cae esencialmente fuera del campo de la razón? ¿No supone eso una concepción excesivamente restringida de la racionalidad? ¿Cabría decir que, según Bulygin (recuérdese: «una sentencia no justificada, y en ese sentido arbitraria...»), una sentencia sólo es arbitraria si en la misma se contiene algún error deductivo? Si fuera así, ¿es eso lo que normalmente entienden los juristas por «arbitrariedad»?

3,B) RAZONES PARA LA ACCIÓN, RAZÓN JUSTIFICATIVA Y ARGUMENTO

En su libro *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Cristina Redondo (1996) sostiene la tesis de que no puede hablarse de un

2. Se refiere a Bayón 2007.

3. Se refiere a «Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*», en Alchourrón y Bulygin 1991 (el texto original de Alchourrón es de 1961).

único concepto de razón y, por tanto, tampoco de una única noción de razonamiento práctico o de razonamiento judicial. La palabra «razón» puede entenderse como facultad humana, como premisa de un argumento, como motivo (psicológico) y como justificación de una acción. Las tres últimas acepciones guardan relación con cada una de las tres maneras que hay de entender el razonamiento judicial (en cuanto subtipo de razonamiento práctico): el que reconstruye los pasos deductivos de la justificación (razón como premisa); el que representa el proceso psicológico del juez (razón como motivo) y el que pretende garantizar una justificación sustantivamente correcta (razón como justificación). En la parte final de su libro, la autora presenta así las conclusiones a las que ha llegado en relación con las nociones de «razón para la acción», «razón justificativa» y «argumento»:

(*iii*) En el capítulo II se subrayó la ambigüedad de la expresión «razones para la acción». Se alude a razones tanto al explicar como al justificar acciones. La verdad de los juicios que explican la realización de una acción depende de razones explicativas. La corrección de los juicios justificativos del deber de realizar una acción depende de razones justificativas. En la teoría de la acción y la filosofía moral se proponen diversos conceptos de razón explicativa y razón justificativa. Conforme a cada uno de ellos, si las razones existen, o bien son entidades empíricas, o bien son entidades abstractas. Desde la perspectiva de este trabajo, una razón explicativa hace referencia a entidades empíricas susceptibles de provocar causalmente la acción; esto es, capaces de motivarla. Sólo en sentido secundario o subsidiario se admitió que factores externos, que no constituyen motivos de la acción, pueden calificarse como razones explicativas. Por su parte, una razón justificativa es una entidad abstracta tanto cuando se la entiende en sentido formal (premisa de un argumento) como en sentido sustantivo (pauta conforme a la cual se debe actuar). En virtud del principio de Hume, una razón justificativa necesariamente hace referencia a normas. También, sólo en un sentido secundario o subsidiario, se admitió la posibilidad de entender ciertos *hechos* como razones justificativas. En todos los casos, la individualización de razones depende de una teoría. Qué entidades pueden identificarse como estados intencionales específicos depende de una teoría psicológica. Qué contenidos pueden constituir premisas de determinados tipos de argumento depende de una teoría lógica. Qué contenidos configuran deberes para una acción depende de una teoría normativa.

(*iv*) El interés prioritario de esta investigación se centró en la noción de razón justificativa. Dentro de esta categoría, las únicas tenidas en cuenta fueron las razones que constituyen deberes de acción. No se hizo referencia a razones justificativas de acciones permitidas o supererogatorias. Al reflexionar sobre la acción de justificar, se marcaron dos distinciones fundamentales. En primer lugar, la ya mencionada diferencia entre la existencia de una razón (o una justificación) *formal* y la de una razón (o una justificación) *sustantiva*. En segundo lugar, entre la *existencia* de una razón o justificación y la *creencia* o la *aceptación* de algo como una razón. Quien realiza la acción de justificar necesariamente cree o acepta una pauta como una razón justificativa. Pero ello no implica que exista tal razón ni que haya brindado una justificación, desde un punto de vista objetivo.

(*v*) Los conceptos de razón y justificación se encuentran íntimamente vinculados a la noción de argumento. En el capítulo III se señalaron varios criterios de

distinción entre «argumentos teóricos» y «argumentos prácticos» y, fundamentalmente, se mostró la ambigüedad de esta última expresión. Además del concepto lógico de argumento práctico, se destacaron otras dos nociones: una teórico-reconstructiva y una normativa. Esta distinción tripartita permitió despejar las confusiones que surgen del uso indiscriminado de la expresión «argumento práctico». Por ejemplo, en relación con la justificación judicial, permitió discriminar tres sentidos y funciones de los «argumentos prácticos»: (*a*) el que reconstruye los pasos deductivos de la justificación, (*b*) el que representa el proceso psicológico del juez y (*c*) el que pretende garantizar una justificación sustantivamente correcta. Los tres esquemas de «razonamientos prácticos» guardan relación directa con las distinciones apuntadas respecto a los significados de «razón». Todo argumento práctico, en sentido lógico, menciona razones-premisas. Todo argumento práctico en sentido teórico-reconstructivo, aplicado a una acción, menciona razones explicativas. Por último, todo argumento práctico en sentido normativo establece cómo se deben evaluar las razones sustantivas (Redondo 1996: 255-256).

1) Cristina Redondo sostiene aquí (y en otros de sus trabajos) una tesis contraria a la defendida en este libro: no cabe, según ella, construir una noción unitaria de argumento, y no cabe hablar tampoco de unidad de la razón práctica (*vid.* IV,6,C). ¿Le parece que es una tesis acertada? ¿Qué consecuencias tiene esa posición?

3,C) TEORÍAS DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Tras señalar el carácter central del tema de la interpretación (que es el más tratado dentro de los estudios sobre el razonamiento jurídico) en la teoría del Derecho de las últimas décadas, Paolo Comanducci traza, en su trabajo «La interpretación jurídica» (Comanducci 2011), una especie de «mapa» de las teorías existentes sobre la interpretación jurídica.

Así, inspirándose en Wróblewski, Comanducci distingue varias nociones de «interpretación» (como atribución de sentido a objetos, fenómenos y procesos; como atribución de significado a entidades lingüísticas de forma verbal o escrita; y como asignación de significado a entidades lingüísticas, verbales o escritas, en situaciones en las que se suscitan dudas o discusiones acerca del significado que ha de atribuírseles) y tres posibles enfoques que cabe adoptar sobre la interpretación (referidos básicamente a la interpretación judicial): descriptivo, prescriptivo y teórico. Dentro del enfoque descriptivo cabría a su vez diferenciar dos objetos de descripción: las actividades mentales (de los jueces) al interpretar una disposición aplicable a un caso; y las entidades lingüísticas (los documentos) producidos por los jueces, esto es, la interpretación en cuanto resultado plasmado en el texto de una sentencia. El enfoque prescriptivo consistiría en «presentar valoraciones acerca de la manera en que los jueces interpretan, o directivas de cómo los jueces deberían interpretar» (p. 57), que pueden estar referidas bien a la interpretación como actividad, bien como resultado. Y, finalmente, el enfoque teórico elabora modelos de interpretación: «Los modelos, construidos con un enfoque teórico, pueden tener, conjunta o

disyuntivamente, dos diferentes finalidades: explicativa y axiológica. La construcción de un modelo explicativo es, entonces, una cosa distinta de la descripción del conjunto de fenómenos; ni siquiera tiene por qué estar relacionada con ésta. Igualmente, la construcción de modelos axiológicos —por ejemplo, el de 'buena' interpretación o del 'buen' intérprete— es una cosa distinta de, y no necesariamente relacionada con, la prescripción y valoración de comportamientos: el verbo «deber» en el modelo axiológico tiene un significado anankástico y no deóntico. Mientras que los enfoques prescriptivos sugieren directamente cuáles son las mejores técnicas interpretativas y cuáles los argumentos interpretativos que deben ser preferentemente usados, los modelos axiológicos, construidos con un enfoque teórico, son modelos ideales: constituyen un ideal-límite que intentar alcanzar en el interior de un escenario que sólo es un *análogon* de la realidad» (p. 57).

Comanducci se refiere también a la existencia, en el panorama contemporáneo de la teoría del Derecho, de una contraposición entre dos teorías de la interpretación, la «neo-escéptica» y la «neo-formalista» que, en su opinión, debería superarse a través de una teoría ecléctica. Para los neo-escépticos (aquí incluye a Chiassoni, a Guastini, a Mazzaresse, a Tarello y a los representantes del movimiento «Critical Legal Studies»), la interpretación sería «una actividad volitiva, en la que el intérprete elije, siempre y necesariamente, el significado que se le atribuye al documento» (p. 58); mientras que los neo-formalistas (como Scarpelli o Bulygin) afirman que «hay documentos normativos cuyo sentido es manifiesto y que, por consiguiente, no han de ser interpretados» (p. 58). La teoría ecléctica que él propugna vendría a subrayar, en definitiva, la importancia de tener en cuenta las diversas acepciones de «interpretación» antes distinguidas y la identificación de la interpretación jurídica con la tercera de esas nociones: «Según la teoría ecléctica, por tanto, no hay interpretación, en el sentido jurídico, en todos los casos [en los] que se debe adscribir un significado a un documento, sino sólo cuando surjan dudas o contrastes acerca de cuál es el significado que ha de adscribirse al mismo» (p. 59), supuestos en los cuales la atribución de un significado implicaría una elección.

Pero lo más importante de la teoría jurídica contemporánea, en opinión de Comanducci, se encontraría no exactamente en las teorías de la interpretación, sino en las teorías de la justificación de la interpretación:

> Las contribuciones más relevantes de la teoría del derecho contemporánea no son, en efecto, las que versan sobre las técnicas de interpretación, sino las que tratan de las técnicas de justificación de la interpretación. Aquí, nuevamente —y por amor a la simetría—, voy a presentar tres grupos de teorías, que llamaré, respectivamente, lógicas, retóricas y éticas.
>
> Según las teorías lógicas [como las de Alchourrón y Bulygin], la justificación sólo puede tener naturaleza lógico-deductiva. No hay ningún otro tipo de justificación que sea aceptable. Y, coherentemente con un enfoque iuspositivista, la justificación debe partir de premisas que son, y sólo pueden ser, normas jurídicas.

Las teorías retóricas, en mi opinión, se dividen en dos grandes grupos: *a*) por un lado, hay teorías que afirman que, de hecho, los juristas usan argumentos retóricos y no lógicos para justificar sus interpretaciones [Tarello]; *b*) por otro, hay teorías que afirman que los juristas deben usar argumentos retóricos y no lógicos para justificar sus interpretaciones [Perelman]. Obviamente podrían trazarse distinciones ulteriores según cuál sea el argumento, o el grupo de argumentos, que cada teoría considera que debiera tener primacía.

El tercer grupo, es decir, las teorías éticas de la justificación de la interpretación, es el más reciente y el que, en la actualidad, está teniendo más éxito [aquí incluye a Zagrebelski, Dworkin, Alexy y Nino]. Estas teorías afirman que una justificación completa de cualquier decisión, y específicamente de una decisión jurídica y, por tanto, también de una decisión interpretativa, es necesariamente una justificación (político-) moral. Por consiguiente, el razonamiento jurídico no es más que una parte o un sector del razonamiento práctico. Son teorías del razonamiento práctico, construidas a partir de modelos jurídicos, en las que, sin embargo, el razonamiento jurídico no es otra cosa que un subsector del razonamiento práctico. Eso parece constituir un ataque al iuspositivismo, es decir, a la corriente dominante desde hace dos siglos, al menos en el interior de la cultura jurídica de la Europa continental. Según el positivismo jurídico, en efecto, una justificación completa de una decisión interpretativa termina con la enunciación de la norma jurídica aplicable al caso.

Cabe notar que, dada la impostación de estas teorías, lo que ellas afirman es tautológico, es decir, verdadero por definición. Ellas dan, precisamente, una definición de «justificación» sobre cuya base todas las justificaciones son, en último análisis, morales; y, por tanto, también lo son las justificaciones jurídicas.

Hay al menos una tentativa —para mí muy útil e interesante— de dar cuenta de las distintas teorías de la interpretación. Esta tentativa ha sido llevada a cabo por Wróblewski, quien ha presentado un modelo teórico integrado de la actividad interpretativa que une los mejores aportes del enfoque lógico, del retórico y del ético. La conclusión de Wróblewski es que, en el proceso que va de las fuentes a las normas, siempre podemos encontrar pasos que pueden ser sometidos a control lógico, el uso de argumentos retóricos y la apelación a valores político-morales. Wróblewski ha distinguido, desde un punto de vista conceptual, entre justificación interna y justificación externa de una decisión, pudiendo adoptarse también este mismo modelo respecto de la justificación de la interpretación. La justificación interna sólo puede ser de tipo silogístico, tal y como afirman las teorías lógicas, así que la única justificación que todos deberían necesariamente aceptar es una justificación de tipo lógico, en la que la conclusión depende de las premisas. El modelo de Wróblewski avala entonces aquella intuición de Beccaria, y de nuestros padres ilustrados y liberales, según la cual la decisión judicial debe tener como justificación una norma, una descripción del supuesto de hecho y nada más. Según Wróblewski, ambas premisas deben estar a su vez justificadas: la justificación del paso —vía interpretación— del texto a la norma, y del paso de las pruebas a la descripción del supuesto de hecho, no emplea necesariamente la lógica clásica, sino que puede usar argumentos retóricos, tal y como afirman las teorías retóricas. Este proceso de justificación, además, tiene siempre unos pasos que involucran evaluaciones, elecciones valorativas, que, si bien tienen que estar a su vez justificadas, deben basarse sobre unos valores o principios político-morales, tal y como mantienen las teorías éticas (Comanducci 2011: 60-61).

1) ¿Hasta qué punto la tripartición que presenta Comanducci de teorías (de la argumentación) justificativas es semejante a la propuesta en el capítulo II de este libro, referida a la argumentación jurídica en general? ¿Es aceptable la caracterización que Comanducci hace de las que llama «teorías éticas» cuando afirma que, de acuerdo con las mismas, «el razonamiento jurídico *no es más que* una parte o un sector del razonamiento práctico»? Si no lo fuera, esto es, si se piensa que teorías como las de Dworkin, Alexy o Nino reconocen también la existencia en el razonamiento jurídico de elementos lógicos y retóricos, ¿en dónde estribaría la diferencia con el modelo de Wróblewski (al que parece adherirse Comanducci)? ¿Quizás en que los primeros, además de reconocer la existencia de elementos valorativos en el razonamiento jurídico, piensan que hay criterios objetivos a propósito de los valores?

2) ¿Qué le parece el siguiente comentario con respecto a la afirmación de Comanducci de que lo que afirman las teorías éticas de la justificación de la interpretación es *tautológico*? «Ahora bien, yo no creo que esa tesis sea tautológica o, si se quiere, no creo que sea tautológica en el sentido que parece atribuirle Comanducci (vacía, privada de interés). Lo que estos autores estarían diciendo es que el razonamiento jurídico no puede entenderse como un razonamiento puramente autónomo, porque eso iría en contra de la unidad del razonamiento práctico. O, dicho de otra manera, que el último fragmento de una justificación jurídica es siempre de carácter moral; que la justificación de una decisión judicial, en efecto, no se termina con la enunciación de una norma jurídica aplicable, simplemente porque sigue teniendo sentido preguntarse por qué debe el juez aplicar esa regla. Yo tiendo a pensar que esto (el que las justificaciones, o las razones, jurídicas están sometidas a las morales) es, efectivamente, bastante obvio; pero también, a pesar de la obviedad, de gran importancia, debido precisamente al empeño en negarlo por parte de un cierto positivismo jurídico» (Atienza 2011c: 74-75).

3) Comanducci considera que una teoría de la interpretación como la que él propugna no puede ser una teoría prescriptiva que proporcione al juez una respuesta, una guía, a la pregunta de «¿cómo debo interpretar?» (p. 65). Y lo que le lleva a pensar así es que él es (como el resto de los integrantes de la escuela genovesa) un convencido no-cognoscitivista en materia moral: no hay criterios objetivos, al menos en relación con los valores morales de carácter último. Esto parecería entrar, por otra parte, en contradicción con la función «axiológica» que parece reconocer a los modelos teóricos. Pero la contradicción se cancela cuando se observa que Comanducci distingue entre lo que cabría llamar «enunciados axiológicos» (característicos del modelo axiológico de interpretación), que serían bien enunciados que *describen* valores o bien enunciados que señalan que una conducta es (o no es) condición necesaria para que se produzca algún hecho, evento o estado de cosas (enunciados que incluyen un deber con significado «anankástico», no deóntico); y enunciados propiamente va-

lorativos. Pues bien, la cuestión que parece importante plantear es la del alcance que pueda tener ese modelo de teoría interpretativa (en general, argumentativa) defendido por Comanducci, en donde tendrían cabida los enunciados axiológicos, pero no los valorativos y los prescriptivos. He aquí una opinión al respecto: «Probemos entonces a construir un 'modelo axiológico' de interpretación, aunque sea sumamente simple. Podría consistir en lo siguiente: una 'buena interpretación' de una norma jurídica para quien considere que la certeza es el valor supremo del Derecho es la que maximiza ese valor de certeza; una norma debe interpretarse de manera restrictiva, porque de esa manera se logra un máximo de certeza; etc. Ahora bien, ¿qué interés puede tener un modelo semejante si, a lo anterior, no se añade, pongamos por caso, un enunciado valorativo (un enunciado que supone no describir, sino adherirse a un valor, al de certeza) y un enunciado prescriptivo (con un deber no técnico, referido a cuándo un juez o un jurista debe interpretar una norma de manera restrictiva)? Por supuesto, hay ocasiones en que la realidad puede ser tan compleja que se necesita simplificarla, construir 'modelos ideales' para poder estudiar mejor determinados aspectos de la misma. Creo que a esto es a lo que apunta Comanducci, y me parece que es una propuesta metodológica que puede resultar útil para diversos tipos de investigación relativas al Derecho. Pero lo que no veo es para quién o para qué propósito pueda ser de utilidad construir un modelo (teórico) de interpretación jurídica (judicial) que no incorpore genuinos juicios de valor y genuinas directivas de conducta. Más bien tiendo a pensar que ésa, simplemente, es la propuesta a la que se ve abocado quien defiende una tesis no cognoscitivista en cuestiones prácticas (en el sentido antes señalado [en el de que los enunciados interpretativos no pueden ser considerados como justificados o injustificados]) y para el cual el enfoque que Comanducci llama 'prescriptivo' no puede dar lugar a ninguna «teoría» en sentido estricto, sino simplemente a una ideología» (Atienza 2011c: 73-74).

4,A) ¿ES POSIBLE UNA TEORÍA *GENERAL Y SISTEMÁTICA* DE LA ARGUMENTACIÓN?

En la voz «teoría de la argumentación» del *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Luis Vega (Vega Reñón y Olmos [2]2012) señala que hay dos formas de entender «teoría de la argumentación». En un sentido genérico, incluye «el estudio y la investigación de los conceptos, modelos y criterios relacionados con la identificación, la construcción, el análisis y la evaluación de argumentos».

Según Vega, en nuestra tradición cultural occidental podrían distinguirse tres momentos históricos de especial significación: el surgimiento de esos estudios con la obra de Aristóteles, en el siglo IV a.C.; la aparición de los primeros profesionales de la argumentación en las universidades y escuelas medievales de los siglos XII-XIV; y el renacimiento de los

estudios sobre la argumentación desde finales de los años cincuenta del siglo XX. El otro sentido «más fuerte y específico» designaría «un cuerpo de conocimiento relativamente sistemático que trata de modo coherente y comprensivo las cuestiones relacionadas con esas tareas de identificación, análisis y evaluación de argumentos, y resuelve de modo satisfactorio las más importantes al menos. Pues bien —continúa Vega— en ese sentido y a pesar de la dilatada historia de los estudios sobre argumentación, tal *teoría de la argumentación* todavía no existe. Es, si acaso, un saber que se busca».

A partir de aquí, Vega traza un «mapa panorámico» de esos estudios. Distingue dos orientaciones básicas: la «lingüística» y la «discursiva». La primera es lo que suele llamarse «argumentación en la lengua» y desarrolla la tesis de que «la actividad lingüística misma de enunciar implica una orientación argumentativa». La segunda dirección se caracteriza por una dirección «hacia el análisis y la evaluación de las argumentaciones como forma de dar, pedir y confrontar razones» y descansa en unas bases pragmáticas para el análisis del discurso argumentativo que no es otra cosa que la teoría de los actos de habla; los argumentos pueden verse entonces como «actos ilocutivos complejos o complejos de actos ilocutivos». Dentro de esta segunda orientación de carácter pragmático (o pragmadialéctico, para referirse a la perspectiva inaugurada por Van Eemeren y Grootendorst, que ha sido quizás la más influyente) puede hablarse de un «modelo tripartito», en cuanto, tanto en la tradición como en los estudios efectuados a partir de los años ochenta, la argumentación se estudia desde tres vías o enfoques: el de la lógica, el de la dialéctica y el de la retórica. El modelo tripartito resulta, en opinión de Vega, útil, pero no deja de plantear problemas y desafíos. Entre los desafíos, cita estos tres: si se trata de perspectivas teóricas o simplemente de dimensiones; si cabe integrar las tres perspectivas o dimensiones en «una visión unitaria y cabal de la actividad de argumentar y sus productos»; si es posible integrar nuevas perspectivas como la del discurso público. Y en relación con los «problemas más comunes» hace una distinción, según sean de carácter endógeno o exógeno. Entre los primeros estarían los referidos a cuestiones acerca de la identificación (por ejemplo, de la argumentación no verbal), la construcción y la evaluación de argumentos. Y en cuanto a los «retos exógenos» señala las aplicaciones al campo jurídico, filosófico o científico, o la necesidad de tener en cuenta «investigaciones fronterizas de la teoría de la argumentación con la inteligencia artificial, las ciencias cognitivas, la psicología, la sociología, etc.»; y los ligados a la aparición de «nuevos géneros del discurso, como el electrónico». Vega termina así la redacción de esa voz: «Con sus apenas cincuenta años de vida, la teoría moderna de la argumentación es una disciplina abierta y desafiante para cuyo cultivo nadie ha nacido tarde» (Vega Reñón y Olmos ^{2}2012: 55-66).

1) ¿Son aplicables al caso de la argumentación jurídica las dificultades que Luis Vega ve para poder hablar de una disciplina sistemática en lugar de un simple campo de estudios? ¿Están los juristas —o los iusfilósofos—

en mejores condiciones que los filósofos (a secas) para poder elaborar, en cada uno de sus campos respectivos, una teoría sistemática de la argumentación? ¿Existe ya hoy ese tipo de teoría en relación con el Derecho?

2) ¿Debería verse la teoría de la argumentación jurídica como una *aplicación* al campo del Derecho de la teoría general de la argumentación? Si no fuera así, ¿deberían los juristas —los iusfilósofos— interesarse por la teoría general de la argumentación? ¿Es realmente posible una teoría *general y sistemática* de la argumentación, si argumentar (y, por lo tanto, el reconocimiento, el análisis y la evaluación de los argumentos) es una cuestión esencialmente contextual?

4,B) MOTIVACIÓN SUFICIENTE

En el texto se ha señalado (II,4) que el *ideal* de la motivación judicial se produce cuando se ofrecen buenas razones organizadas en la forma adecuada para que sea posible la persuasión. ¿Pero cuáles son las condiciones mínimas que tienen que darse para que quepa hablar de *motivación* sin más (aunque no se trate de la mejor motivación posible y ni siquiera de una buena motivación)? Esta última es una cuestión importante desde el punto de vista práctico (y teórico), pues hay ocasiones en que una decisión de un órgano judicial o administrativo puede impugnarse (y, en su caso, anularse) simplemente por falta de motivación: no porque el órgano no haya ofrecido la mejor motivación posible o simplemente una buena motivación, sino porque no motivó, o no motivó suficientemente, su decisión.

El extracto que sigue forma parte de una sentencia del Tribunal Constitucional español en el que se planteaba un caso de posible falta de motivación. El juzgado de distrito de Villafranca del Bierzo dictó (el 23 de noviembre de 1985) una sentencia en la que condenó al conductor de un automóvil que, al atravesar un paso a nivel sin barreras, había chocado con una máquina de tren que circulaba por las vías en ese momento; el juez consideró que «el conductor del turismo [...] prescindió de la precaución y cautela exigibles que, de haber empleado, hubieran evitado la colisión». El condenado (a una pena de multa y a una indemnización) interpuso recurso de apelación ante el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Ponferrada, el cual (en sentencia de 28 de febrero de 1986) revocó la sentencia anterior y condenó ahora al maquinista del tren. Lo fundamentó así: «Los hechos declarados probados, en la presente resolución, son constitutivos de una falta de imprudencia simple sin infracción de reglamentos, cometida por J. R. D. [el maquinista del ferrocarril], en concepto de conductor, ya que con su conducta, que evidentemente no fue maliciosa, dio lugar de manera imprudente a que se causaran unas lesiones en la persona de F. S. P. [el conductor del automóvil] cuando aquél conducía la máquina [...], estando prevista tal falta en el artículo 586.3 CP». El ahora condenado (el maquinista) recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional aduciendo que la sentencia de apelación carecía de motivación y, en consecuencia,

infringía el derecho a la tutela judicial efectiva (reconocido en el artículo 24 de la Constitución española) en relación con el deber de motivar las sentencias (del artículo 120).

La sala primera del Tribunal Constitucional (sentencia 55/1987 de 13 de mayo; el ponente fue un reconocido iuscivilista, Luis Díez-Picazo) aclaró (en el fundamento 1) que el problema que aquí se planteaba no era el de «la interna corrección desde el punto de vista jurídico de la fundamentación de la sentencia», pues eso caía fuera de la jurisdicción del Tribunal, sino «determinar cuándo puede considerarse que una sentencia se encuentra motivada suficientemente». Y resuelve la cuestión (en el fundamento 2) de esta manera:

> En el caso presente, el problema que se ha enunciado más arriba, se plantea en unos términos sumamente especiales. Aunque se la pueda tildar de lacónica, como el Ministerio Fiscal hace, en el caso que se debate, la fundamentación jurídica o motivación existe. El Juzgado de Instrucción de Ponferrada establece los criterios generales del proceso de subsunción de los hechos que juzga y las normas que considera aplicables al caso. Concretamente, los califica como constitutivos de falta de imprudencia simple sin infracción de reglamentos, señala el precepto del Código Penal en el que esta calificación se puede encontrar comprendida y esboza la razón de la calificación: porque el comportamiento del condenado, no malicioso pero imprudente, determinó unas lesiones.
>
> Para entender si con tan somera calificación se puede considerar cumplida la exigencia constitucional y satisfacer el derecho del ciudadano que la Constitución consagra, se hace preciso profundizar más en las razones de la norma constitucional y en las finalidades perseguidas por el constituyente al establecer la norma que aquí analizamos. Estas razones se pueden resumir del siguiente modo. Al establecer el requisito de la motivación de las sentencias, se constitucionaliza en nuestro Derecho algo que venía en él siendo tradicionalmente exigido a partir de la recepción en el Derecho procesal de las exigencias de los Estados liberales. Se trata, sobre todo, de que el proceso de aplicación del Derecho no permanezca en el secreto o en el anonimato, sino que quede explicitado y reciba la necesaria y suficiente publicidad, pero significa, además, que el ciudadano tiene derecho a conocer, en el caso concreto del proceso penal, las razones por las que resulta condenado o, a la inversa, absuelto, lo cual exige, por lo menos, en algunos casos, ir más allá de lo que es una simple y escueta calificación o encaje de los hechos declarados probados en una norma jurídica, puesto que con ello las razones de la decisión pueden mantenerse todavía como desconocidas. En casos como el presente, se hace manifiesto que la explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión no ha alcanzado un grado suficiente de expresión. Y ello es así por dos tipos de razones. La primera de ellas proviene de la propia naturaleza de las disposiciones legales que definen los delitos o faltas imprudentes. En la actualidad ya no caben dudas respecto del carácter «abierto» de los tipos que describen estos hechos punibles [...]. Sin llevar a cabo fundadamente la concreción del deber de cuidado o de la exigencia exigida y su vinculación con el resultado en el caso que es objeto de juzgamiento, no cabe estimar que la sentencia esté suficientemente fundada, pues sin esta especificación no puede orientarse a convencer a la opinión pública ni al acusado de su corrección y justicia, de la misma manera que no podrá posibilitar plenamente a otro tribunal, que disponga de competencia para ello, el control de la potestad jurisdiccional vinculada a la ley y al Derecho.

Hay, además, una segunda razón para determinar la insuficiencia de la fundamentación jurídica de la sentencia que aquí se enjuicia. [...] El juzgado inferior había llevado a cabo una calificación sobre la imprudencia de los protagonistas del suceso. En estos términos, hay que concluir que el derecho fundamental del ciudadano sólo se satisface al conocer las causas de revocación de la sentencia que le favorecía, pues sólo de ese modo puede resultar conocedor de las razones de su propia condena. Uno y otro de los interrogantes —por qué se revocó la sentencia del juzgado que había decidido en primera instancia, por qué se calificaron los hechos como imprudentes— quedan abiertos tras la sentencia del juzgado de instrucción, a la que, por estas razones, hay que achacar una fundamentación insuficiente desde el punto de vista del Derecho constitucional de los ciudadanos, único que aquí nos corresponde decidir.

Por las razones expuestas, este tribunal no puede suplir las deficiencias de la sentencia enjuiciada, ni puede dar al solicitante del amparo la respuesta acerca de la razón de su condena a la que tiene legítimamente, y en virtud de los imperativos constitucionales, derecho, sino que debe hacerlo el propio juzgado que enjuició los hechos.

1) En la sentencia parece hacerse una distinción entre: motivación, motivación suficiente y motivación jurídicamente correcta. ¿Es una distinción útil? ¿Puede trazarse esa distinción de una manera nítida, o es más bien una cuestión de grado?

2) Si motivar (o motivar suficientemente) significa que «haya alcanzado un grado suficiente de expresión» «la explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión», ¿podría acusarse al Tribunal Constitucional español de estar confundiendo aquí el contexto de descubrimiento y el de justificación, las razones explicativas y las justificativas? ¿Quizás no es del todo afortunada la manera de expresarse por parte del Tribunal? Si es así, ¿cómo debiera haberlo hecho?

3) ¿Qué papel juega la idea de convicción (o de persuasión) en la caracterización que hace la sentencia de la motivación (suficiente); téngase en cuenta que la sentencia no dice que una motivación debe convencer, sino que debe «estar orientada a convencer»? ¿Es posible combinar elementos lógicos y persuasivos para caracterizar lo que significa motivar (justificar); véase al respecto la opinión de Bulygin en II,3,A?

4) En su sentencia, el Tribunal Constitucional, aunque sin decirlo expresamente, rechaza una de las razones que había dado el fiscal a favor de la desestimación del amparo: «[...] en el hipotético supuesto de que el amparo pedido prosperara, no produciría presumiblemente ninguna consecuencia práctica, pues al dictar el Juzgado nueva sentencia con mayor —y mejor— motivación de la que ahora se anulara, no cambiaría lógicamente su criterio sobre el fondo». ¿Cabría calificar la razón esgrimida por el fiscal de «razón institucional» (*vid.* IV,3)? ¿Y sería o no una «razón institucional» la que podría esgrimir el Tribunal Constitucional para rechazar la anterior?

4,C) ¿EXISTIÓ MOTIVACIÓN EN EL CASO WANNINKHOF?

Rocío Wanninkhof era una joven de diecinueve años que, el 9 de octubre de 1999, desapareció en circunstancias extrañas cerca de Mijas (provincia de Málaga) cuando había salido del apartamento de su novio y se dirigía a su casa, que distaba unos quinientos metros. Al cabo de unas semanas, lejos de ese lugar, apareció su cadáver calcinado. Tras una serie de investigaciones, la policía consideró que la autora del crimen había sido Dolores Vázquez, ex pareja de la madre de Rocío, Alicia Hornos. No había pruebas concluyentes, pero la propia madre de Rocío estaba convencida —y así lo manifestó vehementemente ante los medios de comunicación— de la culpabilidad de Vázquez; la opinión pública, en general, dio también por descontada la culpabilidad de esta última. El caso se juzgó ante un jurado popular que aceptó la tesis acusatoria del fiscal; en la sentencia (de septiembre de 2001) se condena a Vázquez como autora de un delito de asesinato a la pena de quince años y un día de prisión. La decisión es recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el cual (en febrero de 2002) anula el veredicto del jurado y la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga por falta de motivación, y ordena la celebración de un nuevo juicio. El fiscal y la acusación particular (la madre de la víctima) recurren en casación ante el Tribunal Supremo, pidiendo la anulación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. El Tribunal Supremo, en marzo de 2003, no accede a la petición (hubo un voto disidente) y ratifica la decisión del Tribunal Superior de Justicia de que se vuelva a celebrar el juicio. Pero esto último no llega a ocurrir porque poco después, en agosto de 2003, la policía descubre (mientras estaba investigando la desaparición y asesinato de otra joven en una localidad cercana a Mijas) que el autor de ambas muertes había sido otra persona, Tony Alexander King; el ADN de este último coincidía con el de los restos biológicos hallados en una colilla recogida en el lugar en el que había aparecido el cadáver de Rocío Wanninkhof. Sobre este escabroso asunto que, como cabe suponer, conmocionó a la opinión pública española, llegó a realizarse una serie de televisión.

Para entender los fragmentos que siguen, tomados de la sentencia del Tribunal Supremo, se necesita conocer ciertas peculiaridades de la Ley española del Jurado (de 1995). Esa ley establece un jurado puro al estilo anglosajón (no un sistema de escabinado), cuyo veredicto, sin embargo, tiene que estar motivado, en cuanto la ley (art. 61.1.d) señala que el acta de la votación del jurado debe contener «una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados». Además, la ley encarga a un magistrado-presidente la realización de una serie de funciones. Así, este último tiene que determinar el «objeto del veredicto», lo que quiere decir elaborar un cuestionario acerca de los hechos sobre los cuales han de pronunciarse los miembros del jurado: para que sea posible un juicio de culpabilidad, las votacio-

nes deben arrojar ciertas mayorías, según el tipo de hecho de que se trate (favorable, desfavorable, etc.). Puede devolver el acta al jurado si, por ejemplo, entiende que éste no se ha pronunciado sobre todos los hechos o que «los diversos pronunciamientos son contradictorios» (art. 63.d). Y tiene que dictar sentencia incluyendo como hechos probados los así establecidos en el veredicto, con la obligación añadida de que, si el veredicto fuera de culpabilidad, «[el magistrado-presidente] concretará la existencia de prueba de cargo» (art. 70.2). Ello explica que se haya hablado para estos casos de una «doble motivación» o de una «motivación conjunta»: la del veredicto del jurado y la de la sentencia del magistrado-presidente.

La sentencia del Tribunal Supremo (279/2003; ponente Perfecto Andrés Ibáñez) comienza, en el apartado de «Antecedentes», por reproducir la parte de la sentencia de la Audiencia de Málaga (redactada por el magistrado-presidente) en la que, recogiendo el veredicto del jurado, se declaran probados los siguientes hechos:

Son hechos probados con arreglo al veredicto emitido por el Tribunal del Jurado los que tienen el contenido siguiente: la acusada Dolores[4], mayor de edad y sin antecedentes penales conoció en el año 1981 a Alicia, que se encontraba en trámites de separación matrimonial de su marido [...]. Entre ambas se inició en 1982 una relación afectiva íntima que dio lugar a una convivencia, en unión de los hijos de Alicia, que se mantuvo estable durante diez años aproximadamente en la vivienda que compraron ambas, prolongándose luego de manera más o menos continuada hasta el año 1995 en que cesó la misma, marchándose Alicia con sus hijos a un domicilio diferente pero próximo al de Dolores. Al llegar la joven Rocío a la edad de la adolescencia se inició en ella un sentimiento de animadversión hacia Dolores, a causa de los castigos que recibía de ella, y el rechazo que presentaba a la relación que su madre mantenía con Dolores, así como el hecho de adeudarle a su madre una cantidad de dinero, animadversión y odio que también acabó sintiendo Dolores hacia Rocío. La acusada Dolores, movida por el odio que sentía hacia Rocío a la que culpaba de haber provocado la ruptura sentimental con Alicia, madre de Rocío, y habiendo salido a pasear por los alrededores de su casa la noche del 9 de octubre de 1999, provista de un arma blanca, entre las 21'40 y las 22'00 horas, se encontró con Rocío que caminaba por la carretera que sale de la cala de Mijas [...]. Entre ambas se suscitó una discusión que acaloró a Dolores extraordinariamente, dirigiéndole un primer golpe a Rocío que le produjo una hemorragia y motivó que ésta usara un pañuelo de papel para limpiarse la sangre, y aprovechando Dolores el estado de sorpresa e indefensión que presentaba Rocío, le dio una puñalada en el pecho de la joven, la cual, al sentirse herida de gravedad, emprendió la huida hacia una explanada que hay en el lugar próxima a su casa, dejando un gran reguero de sangre en el trayecto, cayendo exhausta al fin al suelo [...] donde la acusada le dio ocho puñaladas en la espalda, produciéndole la muerte. Una vez comprobó que era cadáver, dispuso de un vehículo no identificado y posteriormente retiró el cuerpo del lugar, trasladándolo hasta su domicilio, donde lo mantuvo breves días. Una vez

4. En las bases de datos, en las que se puede encontrar el texto de la sentencia, los nombres aparecen cambiados para respetar lo exigido por la ley de protección de datos. Por razones de claridad he restaurado los nombres reales y rectificado la fecha de ocurrencia de los hechos que por error (corregido en un auto posterior) aparece en el texto.

decidido su destino, sola o en unión de persona o personas no determinadas, llevó el cadáver hasta el Club de Tenis [...] del término municipal de Marbella [...] a unos ciento cincuenta metros de la carretera N-340, donde lo depositó entre la maleza despojado de su ropa y con las piernas abiertas. Días antes de aparecer los restos de Rocío trasladó a dicho lugar, la acusada o alguien a su orden, varias bolsas de plástico conteniendo las camisetas que llevaba Rocío para facilitar su localización.

Luego, en el primero de sus «fundamentos», la sentencia del Supremo reproduce las dos razones dadas por el Tribunal Superior de Andalucía para anular el veredicto. La primera es que la existencia en el acta del jurado de una referencia a cosas tales como «la prueba documental obrante en folios 1919 a 1922», la «prueba testifical de doña Pilar —que se documenta en 3 folios (653 a 655) del acta del juicio—», «la prueba pericial del psicólogo [...] documentada por 19 folios (690 a 708) del acta del juicio», etc., «impiden [...] conocer las razones puntuales, concretas y exactas de su relato de hechos probados, aunque sólo sea de modo sucinto, como reconoce el artículo 61.1d) LOTJ». La segunda razón es que el magistrado-presidente no habría cumplido tampoco con su obligación de «concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el artículo 70.2 LOTJ».

Y finalmente, en los fundamentos segundo a sexto de la sentencia, el Supremo ratifica el criterio del Tribunal Superior de Andalucía y justifica por extenso por qué el veredicto del jurado habría carecido de motivación:

Segundo [...]. También el Tribunal Constitucional, para que la prueba llamada de indicios pueda entenderse válidamente obtenida, ha reclamado que los hechos básicos estén completamente acreditados y que entre éstos y el que se trata de probar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Añadiendo que por la inevitable carga de subjetivismo que grava este tipo de discursos, aquí la exigencia de motivación ha de acentuarse. [...]

Tercero [...]. Así las cosas, hay que afirmar, con carácter general y sin que quepan excepciones en la materia, que las sentencias penales —para evitar que sean arbitrarias— deben incorporar siempre una justificación racional de la decisión. Racional, suficiente y lo bastante explícita como para que los destinatarios, y, en general, el eventual lector, puedan tener cabal comprensión del sentido de sus pronunciamientos. [...]

Cuarto. En el caso de los juicios con jurado, la decisión en materia de hechos incumbe, exclusivamente, a éste, y con la decisión, también el deber de motivar. [...]

La imputación, el tema *probandum* propuesto por la acusación, por lo general, no se prueba de una vez, ni conjuntamente en todos sus extremos, ya que el resultado de los diversos medios probatorios puestos en juego suele verter sobre los distintos elementos o aspectos de aquel, que, por lo común, describe una conducta con diferentes segmentos de acción, es decir, más o menos compleja. Y, por otro lado, de los medios de prueba suelen obtenerse contenidos informativos no siempre unívocos, ni rigurosamente coincidentes, a los que quepa remitirse de manera global y sin matices.

Esto hace necesario que los tribunales identifiquen con algún detalle los elementos de prueba obtenidos de cada una de las fuentes de prueba examinadas, y precisen la razón de asignarles un valor probatorio. Tal es lo que impone la ley al Jurado con toda claridad [...] cuando le obliga a relacionar los elementos de convic-

ción y a explicar las razones de haber tenido, a partir de éstos, unos hechos como probados. Es decir, en un caso como el presente, será preciso individualizar los datos probatorios susceptibles de consideración a tenor del resultado de la prueba; y decir por qué de ellos se sigue la convicción de que los hechos —que no fueron directamente presenciados por nadie— ocurrieron de una determinada manera y no de otra. La identificación de los «elementos de convicción» ha de darse con el imprescindible detalle y no ser meramente ejemplificativa; y la «explicación» de las «razones» puede ser «sucinta», o sea, breve, pero debe producirse sin dejar duda de que las mismas existen como tales y están dotadas de seriedad suficiente.

Si, por ejemplo, como es el caso, el Jurado se limita a consignar en el veredicto que entiende acreditado un determinado hecho por lo que han dicho el testigo *A*, el testigo *B*, el testigo *C*, y por lo informado por el perito *E*, es patente que no satisface la exigencia legal de dejar constancia expresa de los «elementos de convicción». Pues «elemento de convicción» no es lo mismo que fuente y ni siquiera que medio de prueba. Así, en la testifical, fuente de prueba es el sujeto que declara; medio de prueba, el acto de oírle contradictoriamente en declaración; y elemento probatorio (o, en la fórmula legal, «elemento de convicción»), en su caso, aquello de lo declarado que se estime convincente, con fundamento, y sirva para integrar el hecho probado, o bien como base de una ulterior inferencia.

Siendo así, lo que la ley quiere es que el Jurado diga qué información considera de valor probatorio y por qué. O lo que es lo mismo —y como puede verse en tantos veredictos— que exprese qué cosas de las escuchadas (y de quién), le sirven como «elemento de convicción» o de juicio, y por qué. Pues, dado que lo exigible es un discurso racional, el qué debe tener como respaldo un porqué.

Naturalmente, dejar constancia de tales apreciaciones no requiere ningún tecnicismo, ni un discurso de depurado rigor formal, que tampoco se pide a los jueces profesionales, sino sólo la imprescindible claridad de ideas acerca del rendimiento de cada medio probatorio en particular y del de la prueba en su conjunto. [...]

Quinto. A tenor de estas consideraciones, es patente que el veredicto del Jurado en este caso careció de motivación, puesto que no relaciona los «elementos de convicción» tenidos en cuenta, y no contiene más que un mero catálogo, de medios de prueba, que nada explica. La referencia a lo declarado por *A*, *B*, *C*, *D*..., sin más precisiones, es como una remisión, imprecisa y global, a la testifical, o a lo sucedido en el juicio. De manera que ni siquiera teniendo acceso al acta del mismo, alguien ajeno al Jurado podría formarse una idea de lo que éste ha querido decir al expresarse de tal modo.

El fallo del Supremo tuvo (como se ha dicho) un voto particular (del magistrado José Antonio Martín Pallín) defendiendo que el recurso de casación debía estimarse[5] y, en consecuencia, que el veredicto del jurado debía considerarse suficientemente motivado y válido. He aquí un extracto de sus razonamientos:

[...] 3.— [...] lo verdaderamente nuclear y esencial de la labor del jurado es votar sobre los hechos, sobre la culpabilidad [...] Para ello es suficiente con que se

5. En realidad, el voto termina afirmando que «no procede estimar el Recurso de Casación formulado», pero parece claro que se trata de un simple error y que, en consecuencia, la frase anterior debe interpretarse en el sentido exactamente contrario a su tenor literal: en el de que procede estimar el recurso.

alcancen las mayorías señaladas en la ley [...]. La redacción del acta, que debe ser sucinta, es una formalización por escrito de la voluntad del jurado, obtenida válidamente, con arreglo simplemente a la ley de las mayorías o minorías previstas por la ley [...] 4.— A la vista de las responsabilidades que debe asumir la dirección técnico-jurídica que corresponde al juez profesional, se ha formado una corriente jurisprudencial que ha flexibilizado y compaginado las exigencias de una sucinta motivación con la conveniencia de no proceder a la anulación reiterada de los veredictos pronunciados por un grupo de ciudadanos y ciudadanas, que han cumplido con la obligación legal de formar parte del jurado, que han dedicado su atención y tiempo a seguir los debates de las sesiones del juicio oral y que se han retirado durante un largo periodo de tiempo a debatir, participar, rebatir y tratar de convencer a un colectivo numeroso y de variada composición, sobre las razones lógicas derivadas de las pruebas existentes, para votar las cuestiones planteadas en uno u otro sentido. 5.— Una característica esencial, que diferencia la resolución del veredicto del jurado de las sentencias dictadas por los tribunales profesionales, consiste en la inclusión del acta del jurado, como cuerpo inseparable de la sentencia, de tal manera que, su separación, daría lugar a su nulidad. Como se ha dicho en alguna resolución, el veredicto y la sentencia se complementan. La sentencia no puede apartarse del veredicto, pero explicita y desarrolla su motivación sucinta, supliendo la mayor o menor capacidad del jurado para explicar en profundidad el proceso lógico-jurídico seguido para llegar a la decisión exculpatoria o inculpatoria. [...] 7.— [...]. Creemos que es suficiente con que los jurados se decanten por la mayor o menor fiabilidad de un testigo o por la mayor o menor lógica y racionalidad de las explicaciones de los peritos. [...]. 8.— Considerar que hay suficiente motivación si se añade que el testimonio de *A* o *B* es más o menos creíble no añade nada relevante a las garantías formales de la sentencia y a la obligación de motivar. Todos hemos visto cómo muchas sentencias de tribunales técnicos se limitan a basar su convicción en la credibilidad y firmeza de determinados testimonios sin hacer mayores consideraciones [...]. 12.— Frente a estas afirmaciones [se refiere a las de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que entendía que las simples referencias a la prueba testifical contenida en el folio tal, etc., impedían conocer las razones de la declaración como probados de determinados hechos], queremos resaltar que los miembros del jurado participaron de manera activa en el interrogatorio de la acusada, demostrando con sus preguntas que encontraban en la declaración algunas incongruencias y afirmaciones contradictorias que ponían de relieve que la versión facilitada no era del todo exacta. Se considera fundamental la pregunta que lleva el número 5 y que figura en el folio 506 del Acta del Juicio Oral. Tiene una relación directa, por la coartada que presenta la acusada, en relación con lo que hizo el día y en las horas en que desapareció Rocío. También formula una serie de preguntas a la madre de la víctima y a su hermana. La labor participativa y atenta del jurado se pone de manifiesto, una vez más, en los folios 558 a 561 en los que se contienen preguntas acertadas y sugerentes, encaminadas a desmontar la coartada de la acusada. Son los propios jurados (folio 618) los que solicitan la visión de un programa de televisión relacionado con el caso y otras varias preguntas en el mismo sentido que las anteriores. El interrogatorio de los jurados a los médicos forenses es también minucioso, preciso y extenso. 13.— El objeto del veredicto contiene apartados muy claros y precisos respecto de los antecedentes de las relaciones personales entre las protagonistas y sobre la forma en que se desarrollaron los acontecimientos, a su vez incluye tres apartados con hechos favorables a la acusada, que giran sobre todo en torno a la coartada, que las preguntas realizadas por los jurados trataron de desmontar. Los jurados realizaron una profunda y extensa deliberación que se plasma en los folios 791 a 795 inclusive

y que se reflejan en el Acta de Deliberación. Contestan a los diferentes apartados, habiéndose conseguido la unanimidad en cuanto al hecho relativo a las relaciones existentes entre la acusada y la familia de la víctima, y a continuación, por siete votos contra dos, consideran probados los hechos que constituyen la base del relato fáctico, descartándose por el mismo número de votos las tesis favorables a la acusada [...] 14.— Nada tenemos que objetar a la distinción que se hace en la sentencia mayoritaria [...] entre fuente de prueba, medio de prueba y elemento probatorio, pero no debemos olvidar que lo verdaderamente sustancial, a los efectos de extraer una consecuencia de un elemento probatorio, lo verdaderamente trascendente, es su depuración en el juicio oral a través del debate contradictorio y con la insustituible presencia personal de los jueces, en este caso no profesionales, que en número de nueve, siguieron de forma atenta y participativa todas las vicisitudes probatorias surgidas durante las largas sesiones del juicio. En mi opinión, no puede sostenerse que unos jurados que han llegado a un veredicto de culpabilidad por siete votos contra dos y que han explicitado en forma clara y rotunda cuáles han sido los elementos probatorios tenidos en cuenta, después de haberlos escuchado, contrastado y discutido, puedan ser objetados por su falta de coherencia lógica y de fundamento psicológico de convicción [...] Podemos aquí recordar la doctrina que sostiene que la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión; es, más bien, la exposición de un razonamiento justificativo, mediante el que el juez muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable. Considerar que los jurados han fallado por no incluir una fórmula ritual y en cierto modo estereotipada, sobre la credibilidad de los testigos y peritos, da lugar a una innecesaria anulación de la sentencia del Jurado.

1) ¿Tienen una concepción distinta de lo que significa «motivar» los magistrados de la mayoría y el magistrado disidente? ¿En qué consistiría esa diferencia? ¿Se trata simplemente de que el criterio de la mayoría es más «exigente» que el del magistrado disidente? ¿O quizás habría que decir (como parece sugerirlo el voto particular) que la diferencia estriba en que el magistrado disidente considera que sólo (o fundamentalmente) debe tenerse en cuenta la perspectiva material y no la perspectiva formal y pragmática (retórica), o sea, si hubo o no (buenas) razones y no cómo éstas se presentaron?

2) ¿Cuáles son las condiciones mínimas que deberían darse para poder decir que ha existido una motivación, aunque no haya sido la mejor posible? ¿Se dieron en este caso? ¿Es posible que una decisión pueda considerarse motivada (suficientemente motivada), aunque, por ejemplo, haya consistido en declarar como probados ciertos hechos que luego se demuestra no han tenido lugar?

3) ¿Cuáles fueron los factores determinantes del error cometido por el jurado en el caso Wanninkhof? ¿Hay algún tipo de «autoengaño» cuando se relatan con gran concreción hechos que han sido inferidos a partir de simples indicios (sin ningún testimonio directo sobre lo que ocurrió)? Si es así, ¿cómo evitarlo? ¿Hay buenas razones para pensar que el error del caso Wanninkhof no se habría cometido (o habría sido menos probable su comisión) si la decisión hubiese estado a cargo de jueces profesionales? ¿Por qué?

4) ¿Tiene sentido decir que lo que plantea la Ley española del Jurado es una motivación «dialógica» y no «discursiva», o sea, que las razones (las buenas razones) en las que consiste la motivación no necesitan estar expuestas discursivamente por el jurado, sino que se extraerían de las contestaciones dadas por el jurado a una serie de preguntas (el interrogatorio preparado por el magistrado-presidente)? De ser así (se trataría entonces de una «motivación conjunta» entre el magistrado-presidente y el jurado), ¿qué debería controlarse en un recurso de apelación o de casación? ¿Tal vez que el cuestionario esté compuesto por preguntas suficientemente concretas y completas y que las contestaciones a las mismas no resulten incoherentes? ¿Sería éste un modelo de motivación *realizable*? ¿O quizás hay que reconocer que la institución del jurado es incompatible con la obligación de motivar las sentencias?

5,A) MOTIVAR POR ESCRITO PARA DECIDIR MEJOR

En «Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases», los autores (Gutrie, Rachlinski y Wistrich 2008) defienden un modelo de razonamiento judicial al que llaman «formalismo realista». Su tesis es que ni el modelo del formalismo, que presenta la aplicación del Derecho a los hechos de una manera puramente mecánica, ni el del realismo, que considera que los jueces actúan de manera puramente intuitiva, resultan satisfactorios, en el sentido de que no describen adecuadamente la realidad. Se necesita, por ello, un modelo que combine ambos aspectos. Ese modelo —según Gutrie, Rachlinski y Wistrich— encuentra apoyo en la reciente investigación en psicología, según la cual todos manejamos dos sistemas de procesamiento de la información, de pensamiento: el intuitivo —más espontáneo y rápido pero también menos confiable— y el deliberativo —requiere más esfuerzo y más tiempo, pero es también más confiable—. Y está también avalado por las pruebas empíricas disponibles acerca de cómo deciden los jueces: éstos (como la gente en general) lo hacen comúnmente de manera intuitiva, pero en ocasiones revisan sus intuiciones deliberando. No se trata entonces de eliminar la intuición (lo que sería imposible e indeseable; lo que caracteriza a los expertos en una materia es precisamente que hacen un amplio uso de la intuición, que convierten el juicio deliberativo en juicio intuitivo), sino de aprender a no confiar en ella cuando no es apropiado hacerlo.

Los autores ponen tres ejemplos que mostrarían que los jueces (de instancia: civiles o penales; su trabajo se centra en este tipo de juez, no en el juez de apelación) tienen una tendencia a efectuar juicios intuitivos (que pueden llevar a decisiones equivocadas, sesgadas) en situaciones en las que la gente en general también lo hace: cuando se efectúa una estimación numérica y se da demasiado peso al valor inicial; cuando se evalúan mal los datos estadísticos disponibles porque se infravalora cierta información; o cuando se sobrevalora la predecibilidad de los aconteci-

mientos del pasado. Y sugieren ciertas reformas (en el sistema judicial estadounidense) para incrementar el papel de la deliberación y evitar, por lo tanto, esos posibles sesgos: 1) aumentar el tiempo que el juez tiene para decidir cada caso; 2) reforzar y extender la obligación de la motivación por escrito de las decisiones; 3) fortalecer la formación de los jueces (por ejemplo, con cursos de estadística, que les habitúen al razonamiento científico); 4) fomentar el uso de guiones, de preguntas de control (*checklisten*) y de test multifactoriales; 5) introducir cambios procesales para evitar que los jueces estén expuestos a estímulos que desencadenan el pensamiento intuitivo. En relación con la motivación por escrito de las decisiones, escriben lo siguiente:

> El sistema de justicia puede también requerir a los jueces escribir sus motivaciones con más frecuencia. En algunos aspectos, esta prescripción entra en conflicto con la medida anterior [aumentar el tiempo para la decisión] porque la motivación escrita lleva una enorme cantidad de tiempo, que los jueces pueden no tener. A pesar de este coste, las motivaciones por escrito pueden inducir a una deliberación que de otra forma no se produciría. Más que servir meramente para describir un proceso supuestamente deliberativo que ya ha tenido lugar (como los formalistas parecen defender), o para racionalizar una decisión intuitiva ya tomada (como parecen sostener los realistas), la disciplina de la motivación por escrito puede hacer posible que los jueces bienintencionados superen sus reacciones intuitivas, sus primeras impresiones. El proceso de escritura puede significar para el juez un reto para evaluar una decisión de manera más cuidadosa, más lógica y más deductiva. [...]
>
> La literatura psicológica acerca de los efectos de exigir a quienes toman decisiones que provean razones a favor de las mismas es variada. Proveer razones en favor de la decisión propia induce a la deliberación, pero también puede perjudicar al rendimiento en tareas que obtienen beneficio de la intuición. Algunos estudios sugieren que la deliberación puede a veces producir resultados inferiores a los que se producirían usando la intuición, particularmente en tareas que envuelven juicio estético. Nos parece, sin embargo, que la mayor parte de los juicios que efectúan los jueces no son de la clase de los que resultan perjudicados por la deliberación (Gutrie, Rachlinski y Wistrich 2008: 136-137).

1) ¿Confunden los autores el contexto de descubrimiento y el de justificación al caracterizar el modelo formalista, el realista y el suyo propio? ¿Es útil esa distinción para entender en qué consisten una decisión y una motivación, y de qué manera se puede mejorar el proceso de decisión y de motivación?

2) ¿Es cierto que motivar mejor significa decidir mejor? ¿Siempre? ¿Ayuda a motivar mejor un mejor conocimiento del contexto de descubrimiento: de los elementos psicológicos, sociológicos, organizativos, etc., que rodean la decisión? Véase sobre todo esto el texto de Dewey (II,2,A).

5,B) MOTIVACIONES HIPÓCRITAS

Como se ha visto, motivar una decisión judicial significa indicar las razones que pueden justificar, más que explicar, la decisión; las razones

explicativas pertenecerían a lo que suele llamarse «contexto de descubrimiento» (frente al «contexto de justificación»). Se ha señalado también que el ideal es que ambos tipos de razones (justificativas y explicativas) coincidan, pero esto puede no ocurrir.

El texto que sigue forma parte del voto particular emitido por un magistrado de la Sala Tercera (de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo español, Jesús E. Peces Morate, en una serie de casos relativos al control jurisdiccional de los actos de nombramiento (por parte del Consejo General del Poder Judicial) de varios magistrados. Lo que se sostiene en ese voto es que el control formal por parte del Tribunal Supremo resulta ineficaz, porque las decisiones tomadas por el órgano político (el CGPJ) habían sido motivadas de manera «hipócrita», lo que significa que se habrían ocultado las «verdaderas» razones de la decisión: los nombramientos «se pactan y distribuyen [...] por razones clientelares». Como consecuencia, el autor del voto considera que se deben anular los nombramientos y exigir que el CGPJ vuelva a efectuar esos nombramientos siguiendo un nuevo procedimiento:

SEGUNDO: Desde que el plenario de esta Sala escogió la senda de la revisión de los acuerdos de nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial [...] puse de relieve en las deliberaciones que, aun siendo un medio idóneo para controlar la discrecionalidad de tales nombramientos, no resultaría eficaz para este fin, como lo evidencian los litigios que ahora resuelve el Pleno. [...]

No me parece ése un medio eficaz porque, aunque escrutar la motivación de las decisiones discrecionales representa un control formal de las mismas, nadie mejor que los jueces, singularmente los que enjuiciamos la actividad de las Administraciones Públicas, conocemos la existencia de lo que el realismo jurídico denomina «motivaciones hipócritas», que no sólo se dan en la vía administrativa sino también, como es lógico, en sede jurisdiccional.

Son aquellas que, después de adoptar la decisión por una causa concreta, ésta no se hace explícita y se justifica mediante argumentos más o menos laboriosamente elaborados.

No siempre las razones de esas decisiones son espurias o desacertadas, sino que no se considera oportuno expresarlas abiertamente, con lo que, en definitiva, contienen una motivación inveraz por no ser la auténticamente determinante de la decisión.

En situación parecida se encuentra un magistrado que redacta una sentencia sin estar de acuerdo con sus colegas de Sala ni con la motivación de aquélla. Otro tanto sucede al juez de un tribunal colegiado que no compartiendo la decisión la avala con su firma sin manifestar su disenso.

Estos comportamientos son legítimos, pero evidencian que no siempre las razones expresadas para justificar una decisión o un acuerdo se comparten y no son precisamente las que han conducido a adoptarlos.

[...] [E]sto es lo que viene sucediendo con los polémicos nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial, como lo demuestran los pleitos que se vienen suscitando y lo refleja el sentir de un amplio sector de jueces y magistrados. [...]

SEXTO: El dato decisivo para controlar la discrecionalidad del Consejo en los nombramientos es el sistema empleado para efectuarlos. [...]

Es [...] un hecho notorio la presencia abrumadora de jueces y magistrados pertenecientes a esas dos asociaciones como vocales del Consejo General del Poder Judicial.

Otro dato constatable [...] es la alternancia con la que se posponen nombramientos o se producen éstos en función del perfil ideológico y asociativo de los solicitantes. [...]

SÉPTIMO: De todos esos hechos acreditados se deduce, con toda lógica, que en el Consejo General del Poder Judicial y en su Comisión de Calificación se pactan y distribuyen los nombramientos por razones clientelares y, una vez realizada la elección, se justifica o motiva [...], motivación que no ha evitado, hasta ahora, esos pactos y cuotas. [...]

OCTAVO: Por lo expuesto considero que los [...] recursos interpuestos debieron ser estimados, con anulación de los acuerdos impugnados, para que se tramite un nuevo procedimiento sin condicionantes ajenos al mérito y capacidad[6].

1) ¿Resulta aceptable la tesis defendida en este voto particular? ¿No supone la misma llevar el control —la intervención— judicial sobre los actos políticos más allá de lo que razonablemente tendría que ser la competencia de un juez; esto es, no se estaría olvidando con ello que una cosa es la crítica política (por fundada que esté) a un órgano como el CGPJ y otra la revisión judicial de sus actos?

2) Si se aceptara que los jueces pueden en ese caso no contentarse con las «motivaciones hipócritas» (llevadas a cabo por un órgano político), y dado que el propio magistrado considera que esa práctica hipócrita se da también en las motivaciones realizadas por los jueces en sus sentencias, ¿cabría —por ejemplo, en un recurso de apelación— anular la sentencia de un juez por considerar que su motivación tiene un carácter «hipócrita»? ¿En qué casos cabría hacerlo? ¿Hay alguna razón de tipo institucional para oponerse a ello, esto es, para poner límites a la incursión de unos jueces en el contexto de descubrimiento —en las razones explicativas— de la motivación —decisión— de otros jueces?

3) ¿Qué le parece el *dictum* de un gran escritor español contemporáneo, Rafael Sánchez Ferlosio: «El que quiera mandar guarde al menos un último respeto hacia el que ha de obedecerlo: absténgase de darle explicaciones» (Sánchez Ferlosio 1993: 20)?

5,C) UNA TEORÍA DEL ERROR JUDICIAL. ERRORES POR AUSENCIA DE MOTIVACIÓN

En *El error judicial y la formación de los jueces*, Jorge Malem parte de que los dos deberes básicos que rigen la actividad del juez en un Estado de Derecho son el de decidir conforme al Derecho y el de hacerlo en forma motivada. La motivación supone «construir un razonamiento

6. Voto particular a la sentencia del pleno de la Sala Tercera del TS de 4 de febrero de 2011.

lógicamente válido donde una premisa hace referencia a una norma jurídica general, otra a consideraciones empíricas que deben aparecer suficientemente acreditadas en los hechos probados y donde la conclusión es la decisión o el fallo» (Malem 2008: 24). Además, Malem advierte que en el razonamiento pueden figurar también «premisas analíticas o definicionales». En esta tarea de motivación o justificación de sus decisiones, los jueces pueden cometer diversos tipos de errores: unos imputables a ellos y otros a factores ajenos a la acción judicial (por ejemplo, a la desidia o impericia de un abogado, o a la existencia de determinadas normas procesales o sustantivas). En un sentido amplio de error judicial (en sentido estricto se trataría del error indemnizable que —en el caso, por ejemplo, del Derecho español— requiere que se den ciertas circunstancias: carácter notorio, que no se haya debido a culpa del perjudicado, que haya producido un daño...) su existencia supone la concurrencia de dos condiciones: 1) «que exista una respuesta, o varias respuestas, correcta(s) para un determinado problema jurídico»; 2) que el «caso resuelto por un juez o tribunal, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, no sea subsumido en alguna de esas respuestas correctas» (p. 101). Y a partir de aquí, Malem construye una tipología de errores judiciales que ilustra con ejemplos paradigmáticos. Los tipos de errores estarían: *a*) en la justificación interna de una decisión judicial; *b*) en el encabezamiento de la decisión; *c*) en el fundamento de Derecho (y aquí hace una subdivisión según se trate de errores en la interpretación o en la aplicación del Derecho); *d*) en el fundamento de hecho; *e*) en la construcción de las hipótesis fácticas y en la valoración de las pruebas; *f*) en la calificación; *g*) en el fallo; *h*) por ausencia de motivación. Los extractos que siguen se refieren a este último tipo de errores:

> La ausencia de motivación supone la carencia total o casi total de fundamentos en el documento judicial. Exige la ausencia de la motivación en sentido formal [la conformada por las expresiones lingüísticas que aparecen en las sentencias], lo que también conlleva la de sentido material [ausencia de *razones* que justifican el fallo]. Una sentencia que careciera totalmente de motivación y contara únicamente con el fallo sólo tendría la apariencia de una decisión judicial y debería ser revocada a través de los canales impugnativos existentes. El juez que dictare una resolución como ésta podría incluso incurrir en delito de prevaricación.
>
> En el resto de los casos de motivación incorrecta existe una motivación en sentido formal pero no en el material o sustancial, y esto puede suceder tanto respecto a las cuestiones de hecho como a las de derecho. Éste sería el caso que adolece de una motivación insuficiente, que padece el vicio de una incongruencia omisiva o fallo corto y que se produce cuando se omite dar una respuesta motivada a algunas de las cuestiones jurídicas planteadas por las partes. [...]
>
> Por ejemplo, para que se dé la circunstancia de una sentencia omisiva con relevancia constitucional se ha de constatar, al menos [STC, 34/2000, de 14 de febrero]: «*a*) si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del artículo 24.1 CE, o si, por el contrario, puede razonablemente interpretarse

como una desestimación tácita o, incluso, por remisión, suficiente para satisfacer las exigencias derivadas del citado derecho constitucional [...]; *b*) si efectivamente se ha planteado la cuestión cuyo conocimiento se afirma eludido por el tribunal [...]; *c*) y, por último, si la incongruencia omisiva apreciada causó un efectivo perjuicio de los derechos de defensa de quien se queja en amparo [...]».

Esto sucede también cuando en los fundamentos de hecho se hace una mera mención genérica y estereotipada de la prueba existente, sin ninguna valoración y sin mención de su carácter incriminador (en materia penal). O cuando se utilizan «comodines» expresivos que son redundantes respeto a los hechos y que, por lo tanto, no sirven como prueba. [...]

No es inusual que una motivación insuficiente aparezca en la explicación de la graduación de la pena que se impone, y no sólo en materia penal. Por todo ello citaré un ejemplo, la STC, 116/2005, de 18 de octubre, que afirma que «la Audiencia estimó la concurrencia de dos circunstancias atenuantes, una de ellas muy cualificada [...] que le permitían reducir la pena en dos grados. Consecuentemente, el tribunal *a quo* debió motivar adecuadamente la pena que correspondía imponer, apoyando su decisión en las razones por las que señalaba la pena aplicable dentro de un límite determinado. La falta de motivación impone la casación de la sentencia [...]».

También se ha sostenido que una resolución judicial con contradicciones internas o errores lógicos, esto es, con una motivación contradictoria o ilógica carece de fundamento. La razón es obvia: de dos enunciados contradictorios se sigue cualquier conclusión. Así, cualquier decisión, al margen de su contenido, estaría justificada si sus motivaciones fueran contradictorias. O dicho en otras palabras: ningún fallo quedaría fundado si las premisas motivantes que le preceden fueran contradictorias. [...]

Todos estos casos de sentencias con carencia de motivación, de fallo corto o de motivación contradictoria o ilógica han de ser distinguidos de aquellos casos donde la motivación es escueta y concisa. Como ya dije, la motivación en un sistema de justicia liberal tiene por objeto transmitir a las partes involucradas en el proceso y al ciudadano en general las razones tanto fácticas como normativas que avalan el fallo. Esto hace que la labor del juez no se base en un mero decisionismo, sino que se adecue al imperio de la ley. Para que las sentencias cumplan este objetivo no existe, sin embargo, una «extensión prefijada» en la motivación, es decir, no es necesario que el juez responda a todos los aspectos de la causa, sino sólo que se entienda adecuadamente el porqué de la decisión judicial. [...]

Como tampoco dejan de serlo [decisiones motivadas] aquellas que tienen una motivación implícita. La motivación implícita es la que se puede deducir o está implicada en la motivación expresa que el juez deja plasmada en la propia decisión judicial. No son pocos quienes se oponen a legitimar este tipo de motivación. No obstante, en diversas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha manifestado su aceptabilidad. Así, por ejemplo, afirma: [SSTC, 122/1991, de 3 de junio] «Es cierto que esta escueta motivación no contiene manifestación expresa del juicio valorativo que ha conducido al juez a señalar dicha cuantía máxima, ni hace ninguna referencia específica a secuelas derivadas del accidente, ni a daños morales; esto, sin embargo, no nos puede conducir a considerar que la resolución judicial carezca de motivación suficiente, puesto que los datos de hecho consignados en la misma, contemplados en relación con los que obran en el proceso y en la sentencia de la cual es consecuencia, revelan de manera suficiente, aunque sea implícita, las razones y el discurso lógico que determinaron la decisión judicial».

Y lo mismo sucede, respecto a su aceptabilidad, en los casos donde la motivación de las decisiones judiciales contienen remisiones a otras decisiones que

bien pueden ser jurisdiccionales o administrativas. Existe una remisión cuando el juez trata de justificar una parte de su resolución reenviando a una justificación previa que puede estar dentro del propio expediente o fuera de él. Tiene que ser, pues, una remisión sobre un aspecto parcial de la causa y no sobre la totalidad de la misma, ya que eso implicaría una carencia de motivación. [...]

Tanto las sentencias de motivación escueta y de motivación implícita como aquellas avaladas por remisiones no pueden ser consideradas erróneas, aunque conviene no abusar de ellas, por prudencia técnica, ya que sus límites respecto a una sentencia omisiva son demasiado tenues (Malem 2008: 178-183).

1) El libro del que están tomados los anteriores fragmentos vincula (tal y como lo sugiere ya su título) el error judicial con la formación de los jueces. ¿Qué tipo de formación contribuiría a minimizar esos errores? ¿Cuáles son las principales lagunas en la formación de los jueces? ¿Y cómo llenarlas?

5,D) EL IDEAL DE UN JUEZ INDEPENDIENTE E IMPARCIAL

¿Qué exigen de los jueces los principios de independencia y de imparcialidad? Independiente e imparcial es *el juez que aplica el Derecho* (actúa conforme al deber, en correspondencia con el deber, su conducta se adapta a lo prescrito) *y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra* (motivado, movido por el deber). Por decirlo de manera breve, en el ideal del Estado de Derecho de un juez independiente e imparcial hay algo muy semejante a la exigencia kantiana para la conducta moral, pero referido al marco institucional del Derecho: que la explicación y la justificación de la conducta (en nuestro caso, la decisión) coincidan. El ideal de un juez independiente e imparcial designa a un juez que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber. El cumplimiento del deber es tanto la explicación como la justificación de [...] [sus] decisiones; o dicho de otra forma, los motivos por los que el juez decide (la explicación de la decisión) coinciden con la motivación (la justificación) de la decisión. Así pues, la independencia (el deber de independencia) y la imparcialidad (el deber de imparcialidad) responden al mismo tipo de exigencias: tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (legalidad de la decisión) y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Y para ello pretenden controlar los móviles (los motivos) por los cuales el juez decide.

Debe quedar claro, pues, que los destinatarios últimos (beneficiarios) de los principios jurídicos de independencia y de imparcialidad de los jueces no son los jueces mismos, sino los ciudadanos y los justiciables. En consecuencia, la independencia y la imparcialidad se configuran principalmente como deberes de los jueces [...]. Esto es muy importante porque hay una acusada tendencia a eliminar el aspecto crítico de estos principios y a reducir sus exigencias normativas a los mecanismos destinados a hacer posible y/o facilitar el cumplimiento de esos deberes. El principio de independencia no es reducible jamás a las prohibiciones de asociación, a la inamovilidad, a la remuneración suficiente, al autogobierno de los jueces, al respeto por parte de otros poderes o agentes sociales, etc.; como tampoco el principio de imparcialidad es reducible al no parentesco, la no enemistad o el no interés en el objeto de litigio. Un juez no es independiente simplemente porque esté bien remunerado o sea inamovible,

como tampoco es imparcial por el mero hecho de que no sea recusable. Estas reducciones acaban transformando los deberes de independencia y de imparcialidad en una suerte de estatus o privilegio del juez. En consecuencia, una correcta interpretación de los principios de independencia e imparcialidad de los jueces tiene que partir de la imputación de un deber de independencia y un deber de imparcialidad a todos y cada uno de los jueces cuando realizan actos jurisdiccionales.

¿En qué se diferencian, pues, la independencia y la imparcialidad? La independencia, el deber de independencia, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho [...], es decir, provenientes del sistema social en general. Por tanto, el juez debe ser independiente frente a otros jueces, frente a otros poderes del Estado, frente a la prensa, frente a organizaciones sociales (patronales, sindicatos, cofradías, hermandades, etc.), frente a la Iglesia católica y otros credos religiosos, etc. La imparcialidad, el deber de imparcialidad, por el contrario, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias [...] provenientes [...] del propio proceso jurisdiccional. En este sentido, el deber de imparcialidad puede definirse como un deber de independencia frente a las partes en conflicto y/o frente al objeto de litigio. Un juez debe ser independiente respecto del sistema social (no debe someterse —estar sujeto— a personas ni debe cumplir funciones de representación) y debe ser imparcial (es decir, independiente) respecto de las partes en conflicto y/o el objeto del litigio (Aguiló 2012: 10-12).

5,E) DECÁLOGO SOBRE LA MOTIVACIÓN

1. Motivar una decisión significa poner las buenas razones que puedan encontrarse a favor de la decisión en la forma adecuada para que sea posible la persuasión. Lo esencial, naturalmente, es que la sentencia contenga buenas razones, razones que permitan justificar la decisión. Pero los aspectos formales y pragmáticos no carecen por ello de importancia. A ningún juez o a ningún proyectista le gustaría oír que su decisión, o su proyecto de decisión, es acertada, pero que su fundamentación resulta oscura, desordenada, difícil de comprender, poco persuasiva, etcétera.

2. El artículo 27 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial establece: «Las motivaciones deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas». Se recogen, por tanto, las tres recomendaciones clásicas en relación con el estilo: claridad, precisión y concisión. Y se señala algo así como un criterio para medir el grado de concisión. Las recomendaciones provienen, justamente, de la tradición retórica, de manera que bien puede decirse que claridad, precisión y concisión son elementos fundamentales para lograr la persuasión.

3. Una buena sentencia (o un buen proyecto de sentencia) debe permitir identificar y comprender con claridad:

a) El caso: los antecedentes (el relato de hechos brutos e institucionales) que llevan a plantearse un problema jurídico.

b) El problema que normalmente tiene una naturaleza bivalente: aceptar o no un recurso, anular o no una norma, etcétera.

c) La solución del problema y, por tanto, la decisión.

d) Las cuestiones controvertidas, de las que depende la solución del problema.

e) La respuesta a esas cuestiones.

f) Las razones (los argumentos) para las respuestas, en las que, a su vez, ha de poder distinguirse entre las *rationes decidendi y* los *obiter dicta.*

4. El orden es un factor clave para lograr claridad. Por eso, una sentencia no debería empezar a redactarse (en su forma definitiva) hasta haber encontrado el orden adecuado para la presentación de los problemas, de las cuestiones y de los argumentos. En el transcurso de la deliberación o de la elaboración de un proyecto pueden surgir elementos relevantes en los que el redactor de la sentencia o del proyecto no había pensado. Lo que procede entonces es reescribir el texto y no limitarse a añadir (intercalar) elementos a (en) lo ya escrito.

5. La precisión requiere análisis conceptual, manejo adecuado de las clasificaciones, conocimientos de dogmática jurídica y, esencialmente, una buena formación teórica (de teoría del Derecho). Ha de tenerse en cuenta, de todas formas, que una buena teoría no tiene por qué suponer (no lo supone, de hecho, casi nunca) un alarde de «tecnicismo». La buena teoría ha de servir para aclarar los problemas relevantes y muchas veces puede ser bastante simple. Hay, naturalmente, ocasiones en que pueden surgir problemas de gran complejidad que requieren un esfuerzo teórico mayor. Pero ni siquiera la complejidad puede ser una excusa para la oscuridad. La oscuridad no es casi nunca señal de profundidad, sino de confusión.

6. La tendencia (que en los tribunales de nuestros países parece irrefrenable) a elaborar sentencias cada vez más largas es, a todas luces, equivocada, puesto que:

a) Incrementa las oportunidades de cometer errores.

b) Hace más difícil la identificación de los elementos esenciales de las sentencias.

c) Exige recursos de tiempo de los que casi nadie dispone.

d) Imposibilita su posible utilización con fines pedagógicos.

e) Pone en grave riesgo el funcionamiento de un sistema de precedentes.

7. El conocimiento de las técnicas y de los esquemas de argumentación más usuales es, como cabe suponer, de gran utilidad para argumentar con claridad y con eficacia. Conocer la forma (lógica) de la reducción al absurdo o de la analogía sirve, por ejemplo, tanto para argumentar persuasivamente en favor de una tesis como (en su caso) para saber hacia dónde dirigir las críticas (en relación con alguien que haya usado alguno de esos dos tipos de razonamiento).

8. El Derecho no es un género literario (en el sentido estricto de esta última expresión) y, por ello, los valores que ha de exhibir el texto de una sentencia no son los característicos de la creatividad literaria, sino los ligados a persuadir racionalmente acerca de la justicia de una decisión. Tanto los textos literarios como los jurídicos (judiciales) han de estar «bien escritos», pero ese sintagma puede significar cosas distintas en uno y otro caso. Algunas recomendaciones útiles acerca de cómo redactar bien una sentencia consisten en recordar cosas elementales (que todos sabemos, aunque a veces nos empeñamos en olvidar); por ejemplo: los puntos y coma y los puntos y seguido existen, y para algo; si se quiere designar un mismo concepto (y no crear confusión) es preferible utilizar también la misma palabra; el párrafo corto facilita la redacción y la comprensión de un documento; etcétera.

9. Formalismo y activismo son el Escila y el Caribdis que han de procurar evitarse en el oficio de juez. El formalismo se manifiesta en la tendencia a no tomar en consideración las razones subyacentes a las normas. Y el activismo, en la propensión a subestimar el valor de los textos, del imperio de la ley y de la división de poderes, en cuanto elementos esenciales del Estado de Derecho

y cuya razón de ser no es otra que proteger a los individuos frente a la arbitrariedad judicial.

10. Seguramente la virtud más importante de un juez (y de la que ha de quedar algún reflejo en una sentencia) sea el equilibrio. Un equilibrio entre las dosis de imaginación que se necesitan para encontrar soluciones innovadoras que permitan hacer justicia y la exigencia de ser coherente —y leal— con el sistema bajo (no «sobre») el que opera; entre la capacidad de análisis teórico y de utilización de categorías abstractas, y la conciencia de que todo ello debe resultar aplicable a la práctica, al caso que se trata de resolver; entre la modestia, la auto-restricción y la resistencia al activismo judicial, y el valor necesario en ocasiones para resistir todo tipo de presiones (provenientes del poder político, económico, de los medios de comunicación o de los propios jueces); entre las convicciones morales fuertes y la exigencia de no imponérselas a los demás, a no ser que lo que esté en juego sean los derechos fundamentales de los individuos (Atienza 2009: 56-59).

5,F) UNA TEORÍA DESCRIPTIVA DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Richard Posner, en su libro *Cómo piensan los jueces* (Posner 2011), distingue nueve teorías descriptivas de la decisión judicial. En el extracto que sigue de ese texto, introduzco un número entre corchetes para separar cada una de esas nueve teorías:

Existen muchas teorías positivistas (en el sentido de descriptivas, en cuanto distintas a normativas) del comportamiento judicial. Como podría esperarse, se centran especialmente en la explicación de las decisiones de los jueces. Las teorías son la actitudinal, la estratégica, la sociológica, la psicológica, la económica, la organizacional, la pragmática, la fenomenológica y, por supuesto, la que he venido llamando teoría legalista. Todas estas teorías tienen sus méritos. [...] Pero todas ellas están o bien sobrevaloradas, o bien son incompletas. Y más allá del revoltijo de teorías [...] no existe un planteamiento convincente, unificado, realista y apropiadamente ecléctico de cómo los jueces adoptan realmente sus decisiones en los casos no rutinarios: dicho brevemente, falta una teoría descriptiva de la decisión judicial.

[1] Comienzo con la teoría actitudinal, que afirma que la mejor forma de explicar las decisiones de los jueces es recurriendo a identificar las preferencias políticas que éstos proyectan sobre sus casos. [...]

[E]l resultado final de los casos planteados ante el Tribunal Supremo puede ser predicho con mayor exactitud por medio de un puñado de variables —ninguna de las cuales involucra a la doctrina jurídica— que por medio de un equipo de expertos en Derecho constitucional. [...]

[2] La teoría estratégica del comportamiento judicial [...] parte del supuesto de que los jueces no siempre deciden como lo harían si no tuvieran que preocuparse por las reacciones que frente a sus decisiones vayan a tener otros jueces (ya sean sus colegas, o los jueces de un tribunal superior o inferior), los legisladores y la gente [...] En su tesis nuclear, la teoría es simple sentido común: sea lo que sea aquello que un juez quiere conseguir, dependerá en un grado considerable de otros individuos de la cadena de autoridades entendida en un sentido amplio. [...]

[3] La que llamaré teoría sociológica del comportamiento judicial, debido a que centra su atención en la dinámica de los pequeños grupos y, en consecuen-

cia, en la práctica judicial de apelación, constituye una aplicación o extensión de la teoría estratégica combinada con la teoría actitudinal. Inspirándose tanto en la psicología social como en la teoría de la elección racional, parte del supuesto de que la composición del órgano jurisdiccional determina las decisiones resultantes (los tribunales de apelación federales se constituyen habitualmente en mesas conformadas por tres jueces seleccionados por sorteo de entre los miembros del pleno del tribunal, que pueden llegar a ser hasta 28 e incluso más [...]).

[4] Resulta prometedor un enfoque psicológico[7] que dirige su atención a las estrategias para hacer frente a la incertidumbre, una propiedad fundamental del sistema judicial de los Estados Unidos. Este enfoque subraya la importancia de las preconcepciones y sus fuentes a la hora de configurar respuestas frente a la incertidumbre [...] La incertidumbre radical que asalta a los jueces en muchos de los casos más interesantes e importantes determina que la teoría convencional de la decisión resulte en buena medida inaplicable a la toma de decisiones judiciales y que demande una teorización ecléctica.

[5] La teoría económica del comportamiento judicial considera al juez como un maximizador de utilidad, que es auto-interesado y racional. El juez tiene una «función de utilidad», que es como los economistas denominan el complejo de objetivos que guían la acción racional. Los «argumentos» (elementos) de la función de utilidad judicial incluyen los ingresos, el ocio, el poder, el prestigio, la reputación, el auto-respeto, la satisfacción intrínseca que le reporta su tarea (retos, estímulos) y las demás recompensas que la gente busca en el trabajo. Los argumentos de la función de utilidad pueden ser manipulados por el empresario para modificar el comportamiento de los trabajadores y también para influir en quien busca trabajo o en quien está dispuesto a desempeñarlo. Gran parte de la teoría estratégica de la práctica judicial, e incluso gran parte de la sociológica, pueden ser subsumidas bajo la teoría económica. [...]

[6] La [teoría organizacional] [...] se construye a partir de la idea de que un agente y su mandante[8] [*principal*], como lo son el juez y el Estado para el que trabaja, tienen intereses divergentes y que el segundo intentará articular una estructura organizativa que minimice esa divergencia, mientras que el agente se opondrá a ella. [...]

Un ejemplo de cómo el proceso judicial de toma de decisión está organizado para motivar a los jueces-agentes es la doctrina del precedente. Aunque en relación con los precedentes cabe efectuar distinciones e incluso pueden ser revocados, poseen cierta autoridad, lo que significa que existe un coste cuando se sortea o se desecha uno de ellos. [...]

[7] El término «pragmatismo», en el sentido en que es usado en la teoría pragmática del comportamiento judicial, requiere una definición precisa. Pero, por ahora, baste con advertir que se refiere a que el fundamento de los juicios (sean jurídicos o de otro tipo) ha de encontrarse en sus consecuencias antes que en la deducción a partir de premisas al modo de un silogismo [...] En el campo

7. Para Posner, la racionalidad psicológica (que diferencia de la económica) incorpora «el estudio de los procesos cognitivos a gran escala, incluyendo los de los individuos ordinarios, los atajos cognitivos que sustituyen al razonamiento formal, y las influencias sociales que operan en la polarización del grupo y la aversión al disenso» (p. 47).

8. «Mandante» me parece mejor que «superior» para traducir la expresión inglesa *principal*; el tipo de relación a la que se refiere Posner incluye también, por ejemplo, la de los médicos con los pacientes o los representantes de comercio con las firmas a las que representan.

del Derecho, el pragmatismo se refiere a que la decisión judicial ha de estar fundamentada en los efectos que la decisión probablemente tendrá, antes que en el texto de una ley o de un precedente o, por decirlo de forma más general, de una regla previa. Así, es la contrafigura del legalismo. [...]

[8] La teoría fenomenológica del comportamiento judicial es el puente entre la teoría pragmática y la teoría legalista [...] Mientras que la psicología estudia principalmente los procesos inconscientes de la mente humana, la fenomenología analiza la conciencia en primera persona: la experiencia tal y como se presenta ella misma a la mente consciente[9]. [...]

[9] El legalismo, considerado como una teoría descriptiva del comportamiento judicial (comúnmente es más bien una teoría normativa), parte del supuesto de que las decisiones judiciales están predeterminadas «por el Derecho», concebido éste como un cuerpo de reglas preexistentes establecidas en materiales jurídicos canónicos, tales como los textos constitucionales y legislativos y las decisiones previas del mismo tribunal o de otro superior, o bien de reglas que pueden ser derivadas de esos materiales por medio de operaciones lógicas (Posner 2011: 31-70).

1) Las nueve teorías examinadas son, en realidad (y así lo entiende Posner), otras tantas perspectivas o, si se quiere, «teorías parciales» que se cruzan entre sí y con las que hay que contar para poder construir una teoría completa que esté en condiciones de explicar por qué los jueces deciden (y justifican) sus decisiones de una cierta manera. ¿Pero hay algún otro ingrediente por considerar, alguna otra perspectiva no incorporada en el análisis anterior?

2) Dado que todas esas teorías están específicamente referidas al sistema judicial estadounidense, ¿hasta qué punto puede entenderse que se aplican también a otros sistemas jurídicos?

3) Richard Posner (uno de los adalides del análisis económico del Derecho) considera en este libro que la lógica juega un papel muy limitado en la aplicación del Derecho, particularmente, en el nivel de la apelación (en relación con casos no rutinarios); es muy crítico con el legalismo o formalismo jurídico (aunque no niega que permite explicar una parte del comportamiento judicial); y considera que los jueces estadounidenses (en los casos no rutinarios) son más bien pragmatistas (pragmatistas restringidos; aceptan ciertos límites internos y externos, como la ética profesional, las opiniones de colegas prestigiosos, la revisión por parte de los tribunales superiores o el respeto a la división de poderes) que atienden, sobre todo, a las consecuencias de la decisión. El pragmatismo, entonces, sería para Posner la teoría que mejor explicaría la conducta judicial, pero, además, la que señala el camino que seguir para una necesaria reforma dirigida a mejorar la aplicación del Derecho. En su opinión, esto último requeriría también un cambio en la enseñanza del Derecho, pues las facultades de Derecho (se

9. Posner pone como ejemplo de ello el famoso libro del juez Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (Cardozo 1921).

refiere a las facultades de elite de los Estados Unidos) están cada vez más separadas de la judicatura, lo que tiene como consecuencia que la crítica de los académicos (la dogmática jurídica y la teoría del Derecho) referida a la aplicación judicial del Derecho resulte poco realista y de escasa utilidad. ¿Sería lo anterior de aplicación al caso de los países latinos?

4) ¿Es tan importante estudiar cómo, de hecho, los jueces toman las decisiones, o sea, el contexto de descubrimiento? ¿Acaso dicen las nueve anteriores teorías algo que cualquier jurista —en particular, cualquier juez— con cierta experiencia no podría inferir con facilidad aplicando el sentido común a su experiencia profesional?

6,A) UN CATÁLOGO DE FALACIAS... Y DE PROBLEMAS

En las últimas décadas, el estudio de las falacias ha tenido un gran desarrollo, e incluso puede decirse que es uno de los centros de interés de lo que hoy (desde los años setenta del siglo XX) suele llamarse «lógica informal», término que, aproximadamente, viene a significar el estudio de las formas usuales de argumentar (*vid.* III,1,A), frente al estudio de la forma lógica de los argumentos (la lógica formal). Uno de los precursores de esta nueva disciplina (junto con Stephen Toulmin y —muchos años antes— el filósofo uruguayo Carlos Vaz Ferreira [*vid.* II,6,B]) es Charles L. Hamblin, autor de un libro publicado en 1970, *Fallacies* (Hamblin 1970), que desde entonces cambió la forma de abordar el estudio de los argumentos falaces. En realidad, el análisis que lleva a cabo Hamblin en ese libro es en buena medida histórico, y no se limita a la tradición occidental: dedica, por ejemplo, un capítulo entero a estudiar las falacias en la lógica hindú.

Lo que Hamblin concluye de su análisis es la insuficiencia de los instrumentos de la lógica formal para dar cuenta de los argumentos falaces, y la necesidad de introducir un enfoque dialéctico que, por lo demás, estaba ya presente en Aristóteles o en la lógica medieval. El enfoque dialéctico de Hamblin supone que su noción de lo que significa argumento válido (él define las falacias como «argumentos que son inválidos pero que parecen ser válidos») no es ya el de la lógica formal. Su noción de validez supone que las premisas deben ser aceptadas por alguien (un individuo o grupo), que el paso de las premisas a la conclusión debe ser de un tipo que resulte aceptado, que las premisas implícitas también deben tener ciertas características que hagan que resulte aceptable omitirlas y que la conclusión debe ser tal que, en ausencia del argumento, no sería aceptada (cap. 7, p. 245).

En el primer capítulo de su libro, Hamblin se ocupa del «tratamiento estándar» de las falacias en la época en la que él escribe, y tal y como se refleja en los libros de lógica, donde las falacias solían ocupar un pequeño espacio. Ese tratamiento, en su opinión, resulta considerablemente

insatisfactorio: no hay propiamente una teoría de las falacias, esto es, un tratamiento mínimamente sistemático, sino que cada autor tiene su clasificación; los propios criterios de clasificación no son claros y se producen muchos solapamientos; los ejemplos que se dan no resultan en ocasiones adecuados en relación con las definiciones propuestas; etc. Ahora bien, a pesar de las divergencias en el tratamiento, Hamblin considera que hay una especie de «materia prima» que es común: los tipos individuales de falacias, e incluso las denominaciones, son básicamente las mismas. Hamblin presenta así un catálogo de esas falacias que viene a consistir en la lista tradicional de Aristóteles, con algunos añadidos posteriores. Señala además cómo son entendidas por diversos autores. Y efectúa algunos comentarios al respecto sumamente elocuentes:

EQUIVOCIDAD

Aristóteles clasificó las falacias en dependientes del lenguaje y fuera del lenguaje. (Los términos latinos tradicionales son *in dictione* y *extra dictionem* [...]) Falacias de la primera categoría son las que surgen de la ambigüedad en las palabras o en las frases. [...]

En el caso más simple de falacias dependientes del lenguaje, la ambigüedad se puede localizar en el doble significado de una simple palabra. Ésa es la falacia de la equivocidad. [Luego, Hamblin reproduce algunos ejemplos que los libros dan de estas falacias y que, en su opinión, o son puramente triviales —no engañan a nadie— o son controvertidos. Aproximadamente lo mismo vale para el siguiente tipo de falacia]. [...]

ANFIBOLOGÍA

[...] Anfibología es el mismo tipo de cosa que equivocidad, excepto que el doble significado ocurre en una construcción que envuelve varias palabras que no son ambiguas en sí mismas. [...]

COMPOSICIÓN Y DIVISIÓN

La falacia de la composición es descrita por Max Black [...] como aquella en la cual «lo que es verdad de una parte es por ello afirmado como verdadero del conjunto». Sus ejemplos, sin embargo, no se refieren a argumentos de «*una* parte» al «todo», sino a argumentos de «*todas* las partes» al «todo». Así: Todo el mundo en esta ciudad paga sus deudas. Por ello, puedes estar seguro de que la ciudad pagará sus deudas. [...]

Cohen y Nagel consideran la falacia de la composición como una entre un cierto número de formas especiales que resultan del uso ambiguo de las palabras. [...]

Hay algunas diferencias que deben hacerse notar entre los ejemplos anteriores. Copi, de hecho, dice [...] que son dos tipos relacionados entre sí de falacias con el mismo nombre. [...]

La falacia de la división se supone que es el reverso de la falacia de la composición y surge del reemplazo ilícito de un enunciado acerca del todo con un enunciado acerca de las partes más que al revés. Dado que confundir *A* con *B* es la misma cosa que confundir *B* con *A*, usualmente es sólo cuestión de una pequeña reformulación el convertir un ejemplo de composición en uno de división, o viceversa. [...]

ACENTO

[...] [L]a falacia del acento se supone que surge de la confusión de palabras que tienen las mismas letras, pero difieren en la acentuación hablada [...] el tratamiento de la falacia del acento a través de los tiempos provee un ejemplo excelente de adhesión a aspectos superficiales de consideraciones hechas por Aristóteles unido a un completo olvido de su espíritu. [...]

FIGURA DE DICCIÓN

Ésta es la última de las seis falacias de Aristóteles dependientes del lenguaje. Consiste en ser engañado por la estructura o etimología engañosa de una palabra. Pocos escritores modernos se molestan en mencionarlo. Su dificultad, si lo hacen, es encontrar ejemplos serios de ello. [...]

ACCIDENTE

Dejamos el primer grupo de falacias de Aristóteles y pasamos a las de fuera del lenguaje. Empezando a buscar ejemplos, se nos perdonará por pensar que el cambio de género no va a significar mucha diferencia. Un ejemplo muy citado, que es tan viejo como el *Eutidemo* de Platón es

Este perro es tuyo;
Este perro es padre;
Por lo tanto, este perro es tu padre.

Es un juego de palabras tan flagrante como cualquiera de las falacias dependientes del lenguaje. [...]

En teoría, estas falacias surgen de tomar una propiedad accidental como si fuera esencial, y esto es lo que la mayor parte de los libros toma como el punto de partida. Desafortunadamente, con frecuencia es difícil decir de una propiedad si es «esencial» o no, y poca gente en nuestros días estaría dispuesta a ir tan lejos como para mantener de manera general que las propiedades esenciales de cada tipo de cosa pueden ser especificadas de una única manera. [...]

SECUNDUM QUID

Secundum quid [...] significa «en un cierto respecto» y se refiere a las calificaciones que pueden ser adjuntadas a un término o generalización. Las falacias *secundum quid* son aquellas que envuelven una falta de necesarias calificaciones. La descripción de Copi antes citada de la falacia del accidente la sitúa firmemente en esta categoría. A veces se dice, siguiendo a De Morgan, que los dos tipos de falacias son conversas y que, mientras que el accidente es un argumento de lo general a un particular inapropiado, *secundum quid* es un argumento inválido de lo particular a lo general. Sin embargo, a la vista de la facilidad con la que un argumento puede ser puesto en diferentes formas, la distinción es un poco artificial. [...]

IGNORATIO ELENCHI, ERROR DE REFUTACIÓN

El término tradicional *ignoratio elenchi* significa «ignorancia de refutación». Oesterle lo traduce como «ignorar la cuestión», y Black, Copi, y Schipper y Schuh como «conclusión irrelevante». Aristóteles [...] muestra que él entiende que se refiere a casos en los que, por falta de agudeza lógica, un argumentador cree que ha probado una cosa, pero, en el mejor de los casos, ha probado otra distinta [...]. Así descrita, la categoría puede ensancharse para cubrir virtualmente todo tipo de falacia; o puede restringirse a los casos claros de malinterpretación de la tesis. [...]

PETICIÓN DE PRINCIPIO

[...] ¿Por qué «pedir»? Entenderemos esto mejor si lo ponemos en el contexto de la disputa según el modelo griego, tal y como Aristóteles originariamente lo entendió. Si una persona trata de argumentar en favor de algo frente a otro, puede *pedir que se concedan* ciertas premisas sobre las cuales construir su argumento. La falacia consiste en pedir que se conceda la cuestión en discusión que uno tiene que disponerse a probar. [...]

El nombre «pedir el principio» se extiende frecuentemente a los casos en los que, aunque el punto preciso en disputa no se toma como una premisa, en su lugar se toma algo igualmente cuestionable. [...]

AFIRMAR EL CONSECUENTE

Esta falacia, como lo explica Aristóteles [...] surge porque la gente supone que la relación de consecuencia es convertible. Pues cuando, supuesto que *A* es, necesariamente es *B*, ellos suponen entonces que si es *B*, necesariamente es *A*. Una relación es *convertible* si sus dos miembros pueden ser válidamente intercambiados. [...]

FALSA CAUSA

Copi, después de explicar que se han hecho diversos análisis de esta falacia, dice [...] Consideraremos todo argumento que de manera incorrecta intenta establecer una conexión causal como un caso de falacia de *falsa causa*. ¡Estamos ahora clasificando las falacias de acuerdo con el tipo de conclusión que tienen! [...]

En la práctica, sin embargo, la falacia de la falsa causa ha llegado a significar un tipo específico de argumento ilícito, esto es, uno que envuelve una inferencia de una secuencia meramente temporal de acontecimientos a una secuencia causal. La expresión latina para esta falacia describe precisamente su naturaleza: *post hoc, ergo propter hoc* —después de esto, por tanto, a causa de esto.

Incluso así, resulta desconcertante. Si sabemos que *B siempre* ocurre después de *A*, estamos en camino de establecer una ley causal, y la diferencia precisa entre conexión necesaria y conjunción constante ha sido una cuestión de debate entre los filósofos, al menos desde Hume. Generalizaciones precipitadas o no garantizadas, además, ya han sido proscritas en esta lista en nombre de la falacia *secundum quid*. [...]

CUESTIÓN PLURAL

La falacia de la cuestión plural o, más comprensiblemente, la falacia de la cuestión compleja se ilustra comúnmente con la cuestión «¿Ya ha dejado de pegar a su mujer?», que parece pensada para forzar a los no maltratadores de mujeres ordinarios a admitir su culpabilidad. [...]

Una falacia, debemos repetirlo, es un *argumento inválido*, y alguien que hace una pregunta engañosa, difícilmente puede decirse que haya argumentado, válida o inválidamente, para nada. ¿Dónde están sus premisas y cuál es su conclusión?

Encontraremos una solución a esta dificultad, como en relación con algunas otras previas, cuando nos pongamos a considerar el modelo de debate público en los antiguos griegos. [...]

La cuestión plural es la última de las falacias en la lista de Aristóteles. Varios de los últimos elementos en esta lista nos han llevado a cuestionar la coherencia de la clasificación. En el caso de algunos de ellos, incluyendo éste, la palabra «falacia» parece ser una descripción errónea. [...]

AD HOMINEM

Cuando pasamos de la lista de Aristóteles a adiciones posteriores, lo primero que llama nuestra atención es un grupo de presuntas falacias conocidas como falacias o argumentos *ad hoc*, tales como el *argumentum ad hominem*, el *argumentum ad verecundiam*, el *argumentum ad misericordiam* y los *argumenta ad ignorantiam, populum, baculum, pasiones, supertitionem, imaginationem, invidiam, crumenan* (bolsa), *quietum* (reposo, conservadurismo), *metum* (miedo), *fidem* (fe), *socordiam* (debilidad mental), *superbiam* (orgullo), *odium, amiticiam, ludicrum* (dramatismo), *captandum vulgus* (actuar para la galería), *fulmen* (rayo), *vertiginem* (vértigo) y *a carcere* (desde la prisión). [...]

De acuerdo con la tradición moderna, un argumento *ad hominem* se comete cuando se argumenta en favor de un caso no basándose en sus méritos, sino analizando (usualmente de manera desfavorable) los motivos o el historial de sus defensores u oponentes. [...]

Como ya se ha mencionado, los escritores vinculados a la clasificación de Aristóteles con frecuencia incluyen esta falacia en la *ignoratio elenchi*; y dado que casi cualquier falacia puede incluirse bajo este rótulo, no se puede tener ninguna objeción. La principal cuestión, sin embargo, no es de clasificación, sino de si los argumentos *ad hominem* son genuinamente falaces. [...]

AD VERECUNDIAM

Verecundia significa «vergüenza» o «timidez» o «modestia», pero un argumento *ad verecundiam* es usualmente, no de una manera muy apropiada, considerado como un argumento que descansa en el respeto a la autoridad; lo que Bentham llama la «sabiduría de los ancestros o el argumento chino». [...]

[...] Hablando históricamente, el argumento a partir de la autoridad se ha mencionado en listas de formas de argumentos válidos con tanta frecuencia como en listas de falacias.

AD MISERICORDIAM

Copi [...] cita el discurso del abogado Clarence Darrow en defensa de un miembro de un sindicato acusado de conspiración criminal. *Misericordia* significa «piedad», y esta apelación a la piedad «fue suficientemente conmovedora como para lograr que el miembro del jurado promedio deseara echar por la ventana las cuestiones de prueba y de Derecho». El argumento falaz actúa atrayendo las emociones del oyente en detrimento de su buen juicio. [...]

AD IGNORANTIAM

«El *argumentum ad ignorantiam* se ilustra con el argumento de que tiene que haber fantasmas porque nadie ha sido nunca capaz de probar que no los hay». Sin embargo, «este modo de argumentar no es falaz en una corte de Derecho, porque allí el principio director es que se presume que una persona es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad» (Copi). [...]

El *argumentum ad ignorantiam* es nominalmente una apelación «a la ignorancia»; pero no es muy claro, de alguno de los ejemplos dados, que no consista alternativamente en una intimidación a la gente ignorante para que acepte los puntos de vista del orador.

BACULUM, *POPULUM*, *ODIUM*, etcétera

Los otros «argumentos *ad* son más raramente mencionados». La mayor parte de ellos son apelaciones a una u otra emoción específica. [...]

SILOGISMOS FORMALMENTE INVÁLIDOS
Los términos «falacia de la [premisa] mayor ilícita», «falacia de la [premisa] menor ilícita», «falacia de no distribución del medio» y «falacia de los cuatro términos» se aplican a argumentos de las formas silogísticas tradicionales que rompen una u otra de una bien conocida serie de reglas. [...]

FALACIAS DEL MÉTODO CIENTÍFICO
Cohen y Nagel han inventado nombres especiales para cierto número de falacias bajo el título «Abusos del método científico». Podemos leer aquí acerca de la falacia del simplismo o de la pseudo-simplicidad, y un número de falacias particulares bajo este título, tales como la falacia del carácter exclusivamente lineal y la falacia de la falsa oposición. [...]

La noción de que la inducción inválida es una especie de falacia se explicita por primera vez en la *Lógica* de Port Royal. [...]

La dificultad que rodea la definición de «falacias inductivas» por derecho propio es la de distinguir con precisión entre buena y mala inducción. [...]

Una vez más, lo que se necesita es alguna clarificación lógica. Hasta que no esté claro si la inducción es una forma de argumento de alguna manera comparable con la deducción, no se gana nada con tratar las deficiencias inductivas como variedades de falacias [...] (Hamblin 1970: 13-47).

1) ¿Siguen usándose hoy, por parte del público culto —incluidos los juristas—, esas falacias con las imprecisiones denunciadas por Hamblin? Si así fuera, ¿puede decirse que ese uso impreciso hace que no deba dársele valor a la descalificación de un argumento como «falaz»? ¿O cuándo estaría justificado darle valor y cuándo no?

2) ¿Merece la pena tratar de construir una teoría sistemática de las falacias en el Derecho? ¿Qué estudio de las falacias jurídicas merece la pena hacer?

3) ¿Tiene razón Irving Copi (citado al respecto por Hamblin) en que el argumento *ad ignorantiam* no es una falacia cuando se usa en una corte de justicia en relación con la presunción de inocencia? ¿En qué consiste ese argumento: en pasar de «no ha quedado probado que *X* haya cometido el acto *A*» a «por lo tanto, no lo ha cometido», o bien «no ha quedado probado que *A* haya cometido el acto *X*» a «por lo tanto, no se le puede condenar»? Es decir, ¿qué es lo que concluyen los jueces: que «*X* no ha cometido el acto *X*» o bien que «no ha sido probado que *X* haya cometido el acto *X*»? ¿Comete, por cierto, Copi (y quizás Hamblin, que parece aceptar ese juicio) alguna «falacia» al respecto?

4) ¿Por qué resulta tan difícil el estudio de las falacias? ¿Quizás porque las posibilidades de cometer errores (y de disimularlos) es casi infinita? ¿Qué es lo que resulta difícil: saber *lo que es* una falacia o saber *cuáles son* las falacias?

6,B) LA «LÓGICA VIVA» DE VAZ FERREIRA

Carlos Vaz Ferreira (1872-1958) fue profesor de Filosofía y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Montevideo, y rector de esa universidad

en varios periodos. Es autor, entre otros libros, de una *Lógica viva* que se publicó por primera vez en 1910 y recogía el curso de Lógica que había dado en 1909 (Vaz Ferreira 1962). Se trata de una obra precursora de los «precursores» de la teoría de la argumentación contemporánea: como recientemente ha recordado Luis Vega (Vega Reñón 2008), el *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, de Perelman y Olbrechts-Tyteca, y *Los usos de la argumentación*, de Toulmin, se publicaron precisamente en el año en que moría Vaz Ferreira, en 1958.

El propio Luis Vega considera que la contribución más relevante de la *Lógica viva* es el estudio del paralogismo y que «el aporte más original es su concepción [en el peculiar marco psico-lógico del planteamiento de Vaz Ferreira] como un proceso o estado de confusión y una fuente de errores mentales y cognitivos antes que discursivos» (p. 626). Debe tenerse en cuenta que mientras que el sofisma es «un ardid deliberado o una argucia dolosa», «un paralogismo es más bien un error involuntario, un fallo o un descuido» (p. 627); y que tanto los sofismas como los paralogismos caen bajo la misma noción de falacia. Vega cifra el legado de Vaz Ferreira en materia de argumentación (en el estudio de las falacias) en tres puntos principales: un giro táctico y dos supuestos estratégicos. El *giro táctico* «tiene que ver con su tratamiento de los casos considerados: consiste en abandonar la vía tradicional de los tipos y las clases de falacias para fijarse en los usos y las disposiciones falaces que presenta en multitud de ejemplos tomados de la práctica común y cotidiana en diversos géneros de discurso público (*e.g.* periodístico, parlamentario, académico). Así pues, frente a la consideración lógica abstracta de cómo uno podría o debería equivocarse, la *Lógica viva* pasa a considerar cómo, efectivamente, la gente se equivoca y cómo se muestra de ordinario predispuesta a hacerlo» (p. 630). En cuanto a los *supuestos estratégicos*, el uno tiene que ver con que Vaz Ferreira hace notar que las falacias de confusión o errores discursivos consistentes en incurrir inadvertidamente en ambigüedad, petición de principio, etc., «no constituyen en realidad una clase determinada de falacias, sino un modo de caer en ellas, sea cual sea su clase» (p. 630). Y el segundo supuesto responde a la profunda convicción de Vaz Ferreira de que «lo que expresamos es una mínima parte de lo que pensamos y lo que pensamos es una mínima parte de lo que psiqueamos, es decir, de lo que vivimos intelectual, sensitiva y afectivamente», de manera que Vaz Ferreira propiciaría «una visión de la argumentación como una suerte de iceberg discursivo, cuya parte oculta o 'sub-discursiva' es mucho mayor que la porción visible, el argumento explícito» (pp. 630-631 y 634).

El primero de los fragmentos que siguen corresponde al prólogo de la primera edición de *Lógica viva*; los otros se refieren a algunos de los paralogismos de los que se ocupa Vaz Ferreira en ese libro:

PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN [1910]

Tengo en proyecto un libro que sería positivamente útil si pudiera escribirlo algún día, y si en la realización se aproximara siquiera al ideal que concibo. Sería un estudio de la manera como los hombres piensan, discuten, aciertan y se equivocan —sobre todo, de las maneras como se equivocan—; pero de hecho: un análisis de las confusiones más comunes, de los paralogismos más frecuentes en la práctica, tales como son, no tales como serían si los procesos psicológicos fueran superponibles a sus esquemas verbales. No una Lógica, entonces, sino una Psico-Lógica... Sencillamente, un libro (que sería, si se quiere, la segunda parte de cualquier tratado de lógica de los comunes), con muchos ejemplos, tomados no sólo de la ciencia sino de la vida corriente, de las discusiones diarias; destinado, no a demostrar o a aplicar ninguna doctrina sistemática, sino sólo al fin positivamente práctico de que una persona cualquiera, después de haber leído ese libro, fuera algo más capaz que antes de razonar bien, por una parte, y más capaz, por otra, de evitar algunos errores o confusiones que antes no hubiera evitado, o hubiera evitado con menos facilidad. [...]

ERRORES DE FALSA OPOSICIÓN

Una de las mayores adquisiciones del pensamiento se realizaría cuando los hombres comprendieran —no sólo comprendieran, sino *sintieran*— que *una gran parte de las teorías, opiniones, observaciones, etc., que se tratan como opuestas, no lo son.* Es una de las falacias más comunes, y por lo cual se gasta en pura pérdida la mayor parte del trabajo pensante de la humanidad, la que consiste en *tomar por contradictorio lo que no es contradictorio*; en crear falsos dilemas, falsas oposiciones. Dentro de esa falacia, la muy común que consiste en *tomar lo complementario por contradictorio*, no es más que un caso particular de ella, pero un caso prácticamente muy importante. [...] Les voy a citar un caso tomado de la realidad.

Una vez, en el Consejo Universitario, había yo presentado un proyecto para hacer obligatorias en el Bachillerato las lecturas en *libros* propiamente dichos: esas lecturas que establecen los contactos con los grandes espíritus y que tienen tanta influencia educativa. Proponía en mi proyecto que la Universidad adquiriera una cantidad bastante de ejemplares de determinadas obras [...] esas obras serían prestadas por la Universidad a los estudiantes. De manera que esta institución de enseñanza podía conseguir el fin de que los estudiantes que pasaban por ella y que en ella obtenían un título, no sólo hubieran cursado ciertas asignaturas regladas, y rendido examen de ellas, sino que hubieran también *leído* ciertos *libros* (no es lo mismo que leer *textos*), con la cual se fomentaba una cultura más amplia.

Cuando expuse mi proyecto, todos los colegas encontraron excelente el fin que yo me proponía, pero se produjo inmediatamente una discusión en esta forma: «El fin que se propone el doctor Vaz Ferreira —dijo uno— es muy bueno; pero el medio que aconseja para obtenerlo no es *el que* debe adoptarse. *El verdadero procedimiento* para elevar los espíritus, para levantar la enseñanza, no sería el que aconseja, el de la lectura en libros prestados por la Universidad, *sino* el de organizar conferencias dadas en la Universidad por sus mismos profesores». Otro compañero pide la palabra y entra en discusión con el anterior y conmigo: «Admito también —dice— que el resultado perseguido es excelente; pero el procedimiento para obtenerlo» —fíjense bien en esto, que es donde está el paralogismo— «*el* procedimiento para obtenerlo,

no es ni el que indica el doctor Vaz Ferreira ni el que indica el otro colega, *sino* que consistiría en que los profesores en sus mismas clases hicieran esas lecturas. Cada profesor, fuera de sus textos, debería hacer lecturas en clase...». Y así continuaron varios miembros del Consejo proponiendo procedimientos, cada uno de los cuales, para el que lo proponía, era *el procedimiento*, el único que debía adoptarse.

¡Pues no se pudo hacer absolutamente nada!

Yo me esforcé en ponerles de manifiesto que no había contradicción entre los procedimientos aconsejados; que todos eran buenos, unos en mayor grado, otros en menor grado; que todos tendían al mismo fin, y que, en vez de ser contradictorios, eran complementarios. [...]

CUESTIONES DE PALABRAS Y CUESTIONES DE HECHOS

Entre las cuestiones que los hombres discuten, las hay de palabras y las hay de hecho. Hay también, muy a menudo, cuestiones que, tales como son discutidas, son en parte de palabra y en parte de hecho en proporciones diferentes según los casos.

Ahora bien: los hombres tienen tendencia —y éste es un paralogismo que prácticamente importa mucho analizar— a tomar las cuestiones de palabras por cuestiones de hecho, total o parcialmente. Es de la mayor importancia, no sólo desde el punto de vista especulativo, sino desde el punto de vista práctico, para razonar bien, y hasta para obrar eficazmente en su caso, saber distinguir lo mejor posible las dos clases de cuestiones. Ilustremos esto con algunos ejemplos.

Hace algún tiempo, dos personas que habían sostenido una discusión, me pidieron opinión sobre ella. La cuestión era la siguiente: si un grabador es o no un artista.

Uno de los que discutían, sostenía que el grabador no es artista, y decía: «Los verdaderos artistas son los literatos, los músicos, los pintores, los escultores; la función del grabador es demasiado subalterna, demasiado inferior; el grabador no es realmente un artista». Y respondía el otro: «Reconozco, sin duda, que el arte del grabador no es tan difícil ni tan elevado como la pintura o la música; pero es siempre un arte: participa de los mismos caracteres de los otros, aunque, si se quiere, en menor grado», etc. Y por aquí seguía la discusión. [...]

Ahora bien, para analizar estas cuestiones y saber si son de hecho o de palabra, nosotros debemos hacer lo siguiente: preguntarnos *si los que discuten admiten o no los mismos hechos*.

Por ejemplo: el que sostiene que el grabador es artista, y el que sostiene que el grabador no es artista, ¿difieren *sobre lo que hace el grabador*? Indudablemente, no. Los dos admiten lo mismo sobre cómo trabaja el grabador, sobre qué hace y cómo lo hace: totalmente lo mismo. Y ni siquiera discrepan (supongámoslo) sobre el mérito que hay en hacerlo. ¿En qué difieren? En saber si al que hace eso, *se le debe o no* llamar «artista». Esto dependerá de la significación que se dé a la palabra *artista*; es una cuestión de palabras: puramente de palabras. [...]

CUESTIONES EXPLICATIVAS Y CUESTIONES NORMATIVAS

Los problemas que los hombres discuten, podrían, más o menos esquemáticamente, dividirse en dos clases: a veces se discute sobre cómo son las cosas o sobre cómo pasan los fenómenos; otras veces se discute cómo se debe o conviene obrar. [...]

Si se discute si la luna tiene atmósfera [...] si el radio cura o no el cáncer [...] se discute sobre cómo son las cosas o sobre cómo pasan los fenómenos; se procura constatar o explicar.

Si se discutiera sobre cómo debe obrarse para obtener tal o cual fin; o, en general, cómo debe obrarse [...] o sobre la conveniencia del divorcio [...] no se discute sobre cómo pasan los hechos, sino cómo debería obrarse, o qué debería hacerse; y estos problemas son, según el más simple examen lo muestra, de una naturaleza diferente.

Bien: la causa del error que voy a explicar viene de cierta costumbre de tratar los problemas de la segunda clase como se tratan los de la primera. [...]

Discuten los hombres sobre el divorcio: Es un problema de hacer, un problema de la segunda clase: si debe o no permitirse el divorcio; es de la misma clase que el problema de si se debe, o de si conviene, o de si me conviene a mí en un caso particular, ir a Chile por mar, o ir por tierra.

La única solución que admite ese problema es la siguiente: procurar estudiar, por una parte, las ventajas del divorcio; por otra parte, los inconvenientes del divorcio; del otro lado, estudiar, por una parte, las ventajas de la insolubilidad del matrimonio, y por otra, sus inconvenientes. Hecho esto, pesar, apreciar, valorar estas ventajas e inconvenientes, y, si es el caso, decidirnos por una de las dos soluciones. Pero la tendencia que tienen los hombres a confundir esta clase de problemas con los otros problemas de existencia, que admiten soluciones perfectas, los lleva, a veces, a creer, por lo menos subconscientemente, que estos problemas, los normativos, han de tener una solución perfecta. Por «resolver» el problema del divorcio (o de la organización de la familia más en general), entienden casi todos encontrar un tipo de organización de la familia que no tenga más que ventajas y que no tenga inconveniente ninguno.

Como consecuencia de esto, se ponen en un estado de espíritu especial: en una actitud mental que produce, en nuestro caso, por ejemplo, en un «divorcista», la tendencia a no ver los inconvenientes del divorcio (o, si los ve, a verlos menores de lo que son), y a ver las ventajas del divorcio mayores de lo que son.

También lleva esta actitud mental a tendencias exclusivistas; notablemente, a esa tendencia (tan común) a rechazar las soluciones que tienen inconvenientes, por la sola razón de tenerlos, y sin detenerse a pensar que las otras soluciones posibles pueden tenerlos también, y, en su caso, tenerlos mayores. (Esto crea una causa de insinceridad de los espíritus para consigo mismos).

Más: las dificultades de los hombres para entenderse sobre estos problemas; el hecho de que en algunos de ellos cueste tanto llegar a soluciones prácticas, dependen precisamente de esta falacia: de la tendencia a buscar las soluciones sin inconvenientes. [...]

LA FALSA PRECISIÓN

El espíritu humano desea la precisión en el conocimiento y se satisface con ella. La precisión es buena; es el ideal, cuando es legítima; pero, en cambio, cuando es ilegítima o falsa, produce, desde el punto de vista del conocimiento, efectos funestos: oculta hechos, desfigura o falsea interpretaciones, detiene la investigación, inhibe la profundización; sus resultados perjudicialísimos, pueden condensarse fundamentalmente en estos dos adjetivos: falseantes e inhibitorios.

Hay sistemas científicos, teorías enteras (y hasta ramas del conocimiento), que pueden considerarse como ilustraciones de esa falacia. Por ejemplo, la psicología de Herbart. Procura este autor explicar la psicología por las matemáticas; todos los fenómenos mentales se explican por acciones y reacciones de las representaciones, las cuales se refuerzan o se excluyen del espíritu de acuerdo con leyes matemáticas; cada representación tiene un coeficiente de fuerza que se representa numéricamente; hay fórmulas matemáticas para los fenómenos

mentales... Y semejante explicación produce un efecto engañoso: hace creer que la Psicología ha adquirido precisión; que es una especie de ciencia exacta. Esta precisión es falsa, es ilegítima. [...]

DOS OBSERVACIONES A PROPÓSITO DE LA FALSA PRECISIÓN

Primera: que hay conveniencia en saber distinguir la falsa precisión real de la que es sólo aparente o literal. Es obvio que a veces empleamos términos, expresiones, que sólo literalmente implicarían falsa precisión, pero que no la implican en el pensamiento, como cuando decimos: «Tal escritor tiene cien veces más talento que tal otro», lo cual quiere decir, simplemente, «mucho más». [...]

La segunda observación se refiere a una falsa precisión que, ésta sí, es real; pero es necesaria, y, por ser inevitable o conveniente, en estos casos, no puede decirse que constituya un paralogismo: sólo lo sería en el caso de que la creyéramos real. [...]

Un Código Penal (de los actuales) manifiesta falsa precisión, al aplicar el mismo número, por ejemplo, de años de prisión, con ligeras variaciones, a actos que llevan el mismo nombre (el nombre de un «delito»), pero que, en la subjetividad individual, no son iguales. Mas los legisladores que eso han establecido no lo han hecho porque cayeran propiamente en el paralogismo de falsa precisión, porque hayan creído que los casos hayan de ser realmente iguales, y que merecieran, precisamente, esa pena por alguna razón cuantificable, sino porque han creído, con razón o sin ella, que no podían ir demasiado lejos al dejar libertad a los jueces. [...]

PENSAR POR SISTEMAS Y PENSAR POR IDEAS PARA TENER EN CUENTA

Vamos a encontrar ahora otra de las causas más frecuentes de los errores de los hombres, y sobre todo del mal aprovechamiento de las verdades, al estudiar, como vamos a hacerlo, la diferencia entre pensar por sistemas y pensar por ideas para tener en cuenta.

Hay dos modos de hacer uso de una observación exacta o de una reflexión justa: el primero es sacar de ella, consciente o inconscientemente, un *sistema* destinado a aplicarse a todos los casos; el segundo, reservarla, anotarla, consciente o inconscientemente también, como algo que hay que *tener en cuenta* cuando se reflexiona en cada caso sobre los problemas reales y concretos. [...]

Noten quizá lo más importante que hay que observar a este respecto. Cuando se piensa, como yo les he recomendado, por ideas para tener en cuenta, no por sistemas, aparecen, en la inmensa mayoría de los casos, las cuestiones de grado. Mientras se piensa por sistemas, no: se tiene un sistema hecho, y se lo aplica en todos los casos, porque sólo se tiene en cuenta una idea y se piensa con esa idea sola; pero cuando se piensa con muchas ideas, cuando se piensa con todas las ideas posibles, entonces surgen inmediatamente las cuestiones de grados.

¿Es bueno (un ejemplo sencillo de la vida corriente), es bueno elogiar a los escritores incipientes, aun cuando lo que hacen valga poco? ¿Es bueno, al contrario, criticarlos severamente?

Fíjense con qué facilidad podría yo hacer un pequeño sistema para probar cualquiera de esas dos tesis. Razonaría así: «Es bueno elogiar a los escritores que recién empiezan; cierto es que lo que producen a veces vale poco, pero lo que importa en estos casos, es, sobre todo, el estímulo; la mayor parte de los grandes escritores han empezado por producir obras débiles; quizás si se los hubiera inhibido, y se los hubiera interrumpido en su carrera, tal vez...». Por aquí puedo seguir indefinidamente. Ahora, puedo hacer el razonamiento opuesto, también con igual facilidad:

«Se debe criticar con la mayor severidad posible a los escritores que se inician; de esta manera impedimos que, en esa época de la juventud irreflexiva, se extravíen muchos por sendas erradas, o se figure cualquiera tener una vocación que realmente no tiene, o se adquiera una facilidad excesiva y viciosa, o tendencia a no observarse, a no concentrarse; es conveniente que sean corregidos en la edad en que la corrección puede todavía producir efectos...». Puedo seguir razonando todo el tiempo que quiera.

En realidad, ¿cómo hay que pensar? Hay que tener en cuenta *todos* esos efectos posibles, buenos y malos, de la crítica benevolente y de la severa, para apreciar, en los casos y los momentos, según el juego libre de estas dos ideas, los efectos del elogio [...]

En seguida, pues, surge la *cuestión de grados*; y la cuestión de grados no se puede resolver de un modo geométrico. Lo único formulable es esto: «En pro, hay tales razones; en contra, hay tales otras; hay que tenerlas en cuenta, a unas y a otras; pensar y proceder sensatamente según los casos». [...]

Habría que resumir todo esto, y el resumen es muy simple. Lo que yo procuro enseñarles, esto es, pensar con todas las ideas que se pueda, teniéndolas en cuenta a todas, tomándolas como tendencias, en cada caso, equilibrándolas, adaptándolas, es muy fácil de comprender. Si es difícil de aplicar, es, sobre todo, porque cuesta al espíritu humano libertarse de la impresión de abandono en que le parece encontrarse una vez que lo dejan libre. [...]

APÉNDICE
AMPLIACIÓN Y CORRECCIÓN AL CAPÍTULO «PENSAR POR SISTEMAS Y PENSAR POR IDEAS PARA TENER EN CUENTA»

[...] Hay casos en los que pensar por sistemas es legítimo y conveniente. Y, sin refinar demasiado, los casos más comunes, por ejemplo, de la matemática o de la mecánica: para multiplicar enteros, para extraer raíces [...] se aplica una regla encontrada y establecida de antemano, y ésta es precisamente la característica de pensar por sistemas, o sea, aplicar a los casos particulares que se van presentando una regla de conducta general, ya de antemano establecida [...] Pero esta manera de pensar por sistemas, o sea, por razonamientos hechos de antemano, se va haciendo cada vez más difícil y peligrosa a medida que se trata de cosas más complejas; y, en los órdenes de la moral, y de la psicología, y en la literatura, en la filosofía de lo social, y en muy amplio grado en lo práctico, entonces... *lo del texto*; esto es: los peligros de pensar por sistemas y la conveniencia de pensar por ideas para tener en cuenta, y con ellas examinar cada cuestión y del modo más amplio. [...]

OTROS APÉNDICES
SOBRE «JUSTO MEDIO», «ECLECTICISMO», ETC. (MUY IMPORTANTE)

De la reacción contra la unilateralidad, contra el simplismo en el pensamiento, etc., debe salir un modo mejor de pensar, más comprensivo, completo y amplio, que he procurado caracterice la tendencia de este libro.

Ahora, cuestión: Qué relación tendrá esa manera de pensar que juzgamos mejor, más amplia, completa y comprensiva, con dos cosas: con la tendencia a buscar, como suele decirse, el «justo medio» entre las opiniones; segundo, con la tendencia o escuela denominada «eclecticismo», que consiste, como es sabido, en tomar de las escuelas hechas o de las opiniones sostenidas, por distintos autores, «lo mejor», y procurar combinarlo. [...]

Entre tanto, esas dos tendencias, tanto la que consiste en buscar el justo medio entre opiniones, como el eclecticismo, son malas; son, en general, pésimas. Conviene, entonces, entendernos, y hacer la distinción.

La primera, decíamos, es una tendencia o actitud mental que lleva a buscar intermedios *entre teorías, opiniones, etc., dadas*; la otra, afín, es la tendencia de tomar *de cada escuela o autor*, lo que parezca bueno.

Una y otra, pues, tienen un mal común, esencial; y es el *determinarse por posiciones hechas*, o sea, buscar la *verdad indirectamente*.

La verdad debe buscarse *directamente*. Sin perjuicio de auxiliarse, o en la busca o en la exposición, por opiniones, teorías y escuelas. Y sin perjuicio, todavía, de que éstas hayan facilitado nuestra investigación. Pero, lo repito: la verdad debe buscarse directamente, y no es lo mismo auxiliarse, en su caso, de opiniones para buscar la verdad, que fijarse de antemano, como regla, como actitud mental, hasta como finalidad a conseguir, el determinar nuestra posición por otras posiciones. [...]

Pero, además, todavía tienen otro mal: y es que esas actitudes, si realmente se las mantiene, nos condenan *a quedar dentro de lo ya pensado; a no encontrar nada nuevo*; y, aun en el grado, a no superar a los que han pensado antes que nosotros (Vaz Ferreira 1962: 15, 21, 36-37, 63-64, 76-77, 79-80, 101, 114-115, 128, 144-145, 150, 151-152, 223-224).

1) ¿Podría decirse que, a propósito de las falacias (y de las falacias jurídicas), habría que proceder no mediante un «pensar por sistemas», sino mediante un «pensar por ideas a tener en cuenta»; téngase en cuenta que, para Vaz Ferreira, eso no significa en absoluto suscribir una concepción ecléctica, del «justo medio», etc. (que para él —como se acaba de ver— son paralogismos)? ¿Qué consecuencias tendría?

2) ¿Son los juristas propensos a cometer errores de falsa oposición? ¿Algún ejemplo?

3) Las cuestiones *de palabras* a las que se refiere Vaz Ferreira ¿son las mismas que las cuestiones *de definición* o *de calificación* de los juristas (*vid.* VI,5.3)?

4) De lo que dice Vaz Ferreira a propósito de las cuestiones explicativas y normativas, ¿podría deducirse que Dworkin (y quienes piensan como él) comete(n) un error al suponer que hay *una sola* respuesta para una cuestión normativa (*vid.* VII,3)?

5) ¿Es la «fórmula del peso» de Alexy (*vid.* III,6) un ejemplo del paralogismo de la falsa exactitud? ¿Cabría pensar en alguna tendencia en la teoría del Derecho y en la dogmática jurídica a la que pudiera aplicarse lo mismo que Vaz Ferreira dice de la psicología de Herbart (aunque la «precisión» no se busque exactamente por medios matemáticos)? ¿Quizás direcciones completas de la iusfilosofía analítica?

6,C) DECÁLOGO DEL COMBATIENTE

¿Por qué —cabría preguntarse— esa propensión a cometer falacias que, a lo que se ve, caracteriza a los políticos, periodistas, eclesiásticos y demás hombres públicos? Jeremy Bentham, autor de un celebrado libro sobre el tema, *Falacias*

políticas, lo atribuyó, sobre todo, a lo que él llamaba «intereses siniestros», esto es, los intereses particulares de los poderosos que pugnan con el interés público (la felicidad y el bienestar de la comunidad en su conjunto) al que tendrían que servir. El mismo Bentham —a comienzos del XIX— señalaba que la defensa de —y la oposición a— los abusos del poder se habían hecho, en el pasado, «por el fuego y por la espada», mientras que en su época se habría extendido universalmente «el arma de las falacias», a la que debía oponerse «el uso de la razón».

Pues bien, como en toda guerra [el extracto pertenece al libro *La guerra de las falacias*], se hace indispensable disponer de algunas instrucciones sobre cómo combatir en ella. Ofrezco aquí al lector [...] un decálogo de reglas, consejos y reflexiones breves que quizás puedan serle de utilidad si se hace —o ya es— combatiente de esta causa. Helo aquí:

1. Los argumentos falaces no son los que van en contra de nuestros intereses o los que, sencillamente, no nos gustan. Puesto que no es difícil cometer falacias, hay que ser muy cauto a la hora de identificarlas.

2. Hay, naturalmente, ciertos indicios de que un argumento es falaz. El más importante es que «choque» contra nuestro sentido común, mucho más fiable a la hora de detectar el error que de conducirnos a la verdad.

3. Existen ocasiones en que todos, o casi todos, están equivocados y sólo uno, o muy pocos, están en lo cierto. Pero ésta no es una situación muy frecuente, especialmente en los asuntos públicos. La guerra contra las falacias no ha de librarse, pues, con el propósito de ser original, sino de formular con precisión lo que muchos han pensado —o podrían haber pensado— sobre un asunto.

4. Las falacias, los malos argumentos que parecen buenos, envuelven en ocasiones errores lógicos en sentido estricto. Pero siempre —al menos, siempre que son peligrosas— presuponen alguna concepción inaceptable en materia moral o política.

5. Para combatirlas con éxito (una consecuencia de lo anterior), no basta con revisar si los pasos de una argumentación (las inferencias) son o no aceptables. Hay que preguntarse también por las premisas de las que se parte.

6. Los teóricos de la guerra justa solían distinguir entre el *ius ad bellum* (el derecho a hacer la guerra —cuando existe una causa justa—) y el *ius in bello* (las reglas que rigen el desarrollo de una guerra: por ejemplo, cómo tratar a los prisioneros). Quien comete una falacia infringe alguna de las reglas que rigen el juego de la argumentación racional, y ello legitima (si la infracción es de suficiente gravedad) que se la combata. Pero no de cualquier forma: las reglas del juego limpio protegen también a los infractores.

7. Como siempre ocurre en materia de argumentación, la victoria es para quien resulta más persuasivo. Pero el problema es: ¿frente a quién? Persuadir al oponente está, normalmente, más allá de lo humanamente alcanzable. Pero siempre habrá gente en posición de imparcialidad —los lectores de un periódico, por ejemplo— a quien dirigir los argumentos con esperanza de éxito.

8. Quien combate contra las falacias ha de hacerlo sin ninguna esperanza en una victoria final, pues lo que las genera —los «intereses siniestros»— no pueden hacerse desaparecer, simplemente, a golpe de argumento.

9. Sin embargo, también en esta guerra, el combatiente necesita tener «moral de victoria»: ha de pensar que, en condiciones normales, los buenos argumentos derrotan a los malos (y a los que parecen buenos sin serlo).

10. Refutar un argumento no suele equivaler a resolver el problema que lo generó. Pero no pocas veces es el primer paso en el camino de la solución (Atienza 2010: 157-161).

III

LA CONCEPCIÓN FORMAL: LAS INFERENCIAS Y SUS CLASES

1. LA FORMA DE LOS ARGUMENTOS

Todos los argumentos tienen una determinada forma, una estructura, y de ello es de lo que se ocupa la lógica en sentido estricto, que por eso se llama «lógica formal». Conviene aclarar que aquí no se trata de la forma de una actividad (la estructura de un diálogo, por ejemplo), sino de la forma del producto o resultado de la misma, del argumento, que, como antes se ha visto, consta de tres elementos: las premisas, la conclusión y la relación que se establece entre esos dos elementos, la inferencia.

El concepto de «forma» es complejo y oscuro. A los efectos que nos interesan, se puede considerar como la forma de un argumento aquello que queda del mismo cuando se hace abstracción del significado concreto de las proposiciones que lo componen y del contexto en el que se argumenta. Tomemos el siguiente ejemplo de argumento: «el juez que cometa un acto de prevaricación debe ser condenado con una pena mínima de un año; el juez *J* ha cometido un acto de prevaricación; por lo tanto, el juez *J* debe ser condenado a una pena mínima de un año». Su análisis formal podría hacerse así: la primera premisa es una proposición condicional que consta a su vez de dos proposiciones: un antecedente y un consecuente (si *p*, entonces *q*); la segunda premisa es la afirmación del antecedente del condicional (*p*); y la conclusión, la afirmación del consecuente del mismo condicional (*q*). La validez de la inferencia viene dada por una regla de inferencia (formal) llamada *modus ponens* y que justifica el paso de las premisas a la conclusión; se formula precisamente así: a partir de un enunciado condicional y de la afirmación de su antecedente se puede derivar la afirmación del consecuente. Es más o menos obvio que hay un número infinito de argumentos (que pueden ser incompatibles entre sí desde el punto de vista material o contener premisas

manifiestamente falsas) que satisfacen la forma que fija esa regla y que, por lo tanto, serían válidos desde un punto de vista formal. Siguiendo a Strawson (1952), se podría decir que la lógica estudia las inferencias desde un punto de vista formal (desentendiéndose de la materia y del contexto), general (se ocupa de clases de inferencias, no de una concreta) y sistemático (de manera, por ejemplo, que todas las reglas de inferencia válidas pueden obtenerse a partir de unas pocas reglas básicas).

Ahora bien, para cumplir esa tarea, la lógica utiliza un lenguaje formalizado. Por ejemplo, el anterior argumento, en la notación de la llamada lógica proposicional, podría escribirse así:

$$\begin{array}{l} p \rightarrow q \\ p \\ \hline q \end{array}$$

p y q representan variables de proposiciones, es decir, están en lugar de cualquier proposición, cualquier enunciado que pueda calificarse como verdadero o falso; $\rightarrow$ es un functor, un símbolo de valor constante, que une dos proposiciones (p y q), de manera que el condicional resultante ($p \rightarrow q$) es una proposición que sólo es falsa cuando el antecedente (p) es verdadero y el consecuente (q) falso; en todas las otras combinaciones de los valores de verdad/falsedad de las proposiciones que la integran, el condicional es verdadero.

La formalización es un recurso sumamente útil, pues con él se logran evitar los problemas de imprecisión (de ambigüedad y de vaguedad) característicos del lenguaje natural. Además, nos permite traducir los argumentos que efectuamos en un lenguaje natural (como el castellano) a ese lenguaje artificial y manejarlos con mayor comodidad, ya que resulta más simple entender y analizar su estructura. Pero tiene también sus inconvenientes que consisten, fundamentalmente, en que la lógica, la lógica estándar, puede no ser capaz de captar toda la riqueza de los lenguajes naturales y, en ese sentido, puede resultar un modelo inadecuado. Para mostrarlo, bastará un ejemplo muy simple. La conjunción «y» tiene en el lenguaje natural un sentido de sucesión temporal que no recoge el símbolo lógico correspondiente; así, «la mató y la violó» tiene un significado diferente a «la violó y la mató», mientras que en la lógica estándar no es así: $p \wedge q$ significa lo mismo que $q \wedge p$. Y algo semejante ocurre con los condicionales y con otros tipos de enunciados. No son problemas insuperables, pero es importante apercibirse de ellos: no siempre es fácil traducir un argumento del lenguaje natural al lenguaje de la lógica. Y como, además, hay (enseguida se verá) diversos tipos de lógica, la pregunta ¿cuál es la forma lógica de tal argumento? puede tener respuestas distintas, según cuál sea la lógica —el lenguaje formal— que se elija.

El *modus ponens* es una regla de inferencia (de transformación) de carácter formal. En sentido estricto, no prescribe, ordena o permite una conducta, sino que nos ofrece la garantía de que el paso de unos enunciados a otro es válido, formalmente válido; pero como se hace abstracción de los elementos materiales y pragmáticos, la validez o corrección formal de un argumento no dice nada (o dice muy poco) sobre su posible solidez y carácter persuasivo. A veces se habla de inferencia (y de regla de inferencia) en un sentido distinto. Así, en el esquema de Toulmin, las garantías son enunciados generales de tipo condicional (reglas) que ofrecen apoyo para pasar de unos enunciados (las razones) a otro (la pretensión). Por ejemplo (como veíamos en el capítulo anterior), a partir de las razones: «*A* ha muerto sin dejar testamento» y «*B* es el único descendiente de *A*», se puede pasar a la pretensión «*B* tiene derecho a recibir la herencia», con el apoyo de una garantía: «si alguien muere sin dejar testamento, sus descendientes tienen derecho a recibir la herencia». La garantía es, si se quiere, una regla de inferencia, pero que no tiene carácter formal, sino material: el apoyo que ofrece para pasar de unos enunciados a otro depende de cuestiones sustantivas, de contenido.

2. INFERENCIA E INFERENCIA DEDUCTIVA

Inferir, como se acaba de ver, consiste en pasar de unos enunciados a otros; es una acción o una actividad. Una inferencia es el resultado de esa actividad. Y la relación de inferencia es la que se establece entre unos enunciados (las premisas —o la premisa—) y otro (la conclusión). La lógica (la lógica formal estándar) no se ocupa en sentido estricto de la acción de inferir, sino de las inferencias (o, quizás mejor, de la relación —abstracta— de inferencia).

Hay diversos tipos de inferencias. Unas de ellas tienen carácter deductivo, y otras no. Así, en el Derecho, el ejemplo que antes se ponía es de una deducción: «El juez que cometa un acto de prevaricación debe ser condenado a la pena mínima de un año; el juez *J* ha cometido un acto de prevaricación; por lo tanto, el juez *J* debe ser condenado a una pena mínima de un año». Pero, sin embargo, no es deductiva (sino inductiva) la siguiente inferencia: «El testigo *T* manifestó que vio cómo *A* amenazaba con una pistola a *B* en el lugar *L* y en el tiempo *T*; la autopsia mostró que *B* falleció en el lugar *L* y el tiempo *T* por los disparos de una pistola; cuando la policía fue a detener a *A*, encontró que tenía en su poder la pistola que luego se probó que era la misma con la que se había disparado contra *B*; por lo tanto, *A* causó la muerte de *B*». La diferencia, expresada de manera tosca, es que el paso de las premisas a la conclusión tiene, en el primer caso (en las deducciones), un tipo de «necesidad» que no existe

en el segundo. En una deducción, es imposible que las premisas sean verdaderas[1] y la conclusión falsa; pero en el segundo ejemplo de argumento (que no es deductivo, sino inductivo), sí que podría darse que las premisas fueran verdaderas, pero no la conclusión (que *A* no hubiera causado la muerte de *B*).

Siguiendo a Alchourrón (1995), cabe decir que una relación de inferencia deductiva se caracteriza por las propiedades de reflexividad, monotonía y transitividad. Dicho de manera intuitiva, la propiedad de reflexividad supone que la conclusión no contiene nada que no estuviera ya en las premisas; la monotonía, que si un enunciado se infiere de un conjunto de premisas, entonces seguirá infiriéndose, aunque se añadan nuevas premisas a las iniciales; y la transitividad, que las conclusiones se deducen exclusivamente de las premisas, de manera que las consecuencias de las consecuencias de un conjunto de enunciados siguen siendo consecuencias del conjunto de partida.

Esa caracterización de la lógica deductiva supone reconocer que la misma es, en cierto modo, improductiva, puesto que al inferir así no estamos obteniendo un nuevo conocimiento (salvo en sentido formal); digamos, es la contrapartida de la seguridad que ofrece (del nexo de necesidad existente entre las premisas y la conclusión). Pero, además, no refleja tampoco la manera como de hecho argumentamos en el Derecho o en la vida cotidiana. El razonamiento jurídico parece no ser monótono, en el sentido de que el añadir nuevas premisas puede hacer que retiremos la conclusión a la que previamente habíamos llegado. Si volvemos a uno de los ejemplos del apartado anterior. Las premisas «*A* ha muerto sin dejar testamento», «*B* es el único descendiente de *A*» y «si alguien muere sin dejar testamento, sus descendientes tienen derecho a recibir la herencia» justifican la conclusión «*B* tiene derecho a recibir la herencia». Pero si a las anteriores premisas añadiéramos una nueva: «*B* fue el asesino de *A*», entonces probablemente tuviéramos que revisar la conclusión. Y podemos hacerlo de dos maneras. Una de ellas consiste en modificar una de las premisas, la última, que ahora podría quedar así: «Si alguien muere sin dejar testamento, sus descendientes tienen derecho a recibir la herencia, a no ser que hayan sido los asesinos del causante»; la conclusión entonces será que «*B* no tiene derecho a recibir la herencia». La otra manera es construir una lógica alternativa o divergente de la lógica deductiva estándar, en la que no funcione la monotonía y donde, por consiguiente, pueda derivarse la conclusión de que «*B* no tiene derecho a recibir la herencia», sin necesidad de sustituir una de las premisas iniciales; el procedimiento técnico que se usa para ello

1. Más adelante se planteará el problema que surge con el término «verdadero», cuando se trata de argumentar con normas.

es reducir el alcance de algunas de las reglas de inferencia de la lógica deductiva estándar.

3. LÓGICA Y LÓGICAS

Los «problemas» que plantea la lógica (la lógica deductiva estándar) para dar cuenta de los argumentos jurídicos (y, en general, de los argumentos que efectuamos en el lenguaje natural) no significa que sea inútil, que debamos prescindir de ella en la argumentación jurídica. Significa más bien que no es un instrumento suficiente para el estudio y el manejo de los argumentos.

Por lo demás, y en contra de lo que a veces se supone, la lógica no es una disciplina en la que reine un gran acuerdo. En realidad, cabría decir que no hay una única lógica, sino muchas, de las cuales unas vienen a ser una *extensión* de la lógica deductiva estándar a campos no considerados tradicionalmente por esta disciplina, y otras suelen llamarse lógicas *divergentes*, en cuanto suponen una alternativa a esa lógica estándar.

La lógica de las normas o lógica deóntica surgió en los años cincuenta del siglo XX con el propósito de extender el método lógico a los enunciados normativos. Tradicionalmente, la lógica se había ocupado de los enunciados descriptivos o apofánticos y, como antes hemos visto, la definición que suele darse (que sigue dándose hoy) de una inferencia válida hace referencia a ello: «si las premisas son *verdaderas*, entonces lo es también necesariamente la conclusión». Ahora bien, una norma (un enunciado con función prescriptiva o directiva) no parece que pueda calificarse de verdadera o falsa: será válida o inválida, eficaz o ineficaz, etc.; y, si esto es así, entonces surge el problema de si se puede (o de cómo se puede) aplicar la lógica a las normas. Es un problema complejo y no resuelto aún de manera plenamente satisfactoria. Una opción consiste en construir la lógica de las normas como una lógica que, en realidad, se ocupa de *proposiciones* normativas (las cuales —a diferencia de las normas— sí que pueden ser calificadas de verdaderas o falsas). Así, en el caso de nuestro ejemplo, la premisa normativa diría: «de acuerdo con el Derecho *D*, el juez que comete un acto de prevaricación debe ser castigado con una pena mínima de un año»; y la conclusión: «de acuerdo con el Derecho *D*, el juez *J* debe ser castigado a la pena mínima de un año». Pero ocurre que no es así como los jueces justifican sus decisiones; lo que aparece en la premisa mayor y en la conclusión de un silogismo judicial son *normas*, no enunciados que hablan de normas. Otra opción (defendida por Alchourrón) consiste en definir la inferencia deductiva en términos abstractos, de manera que a partir de esa noción (que preserva las tres características antes señaladas: reflexividad, monotonía y transitividad), cabría hacer

diversas interpretaciones: una sería en términos de verdad/falsedad y otra, por ejemplo, en términos de corrección/incorrección. En definitiva, en el razonamiento con normas, una inferencia deductivamente válida significaría que si la premisa normativa es correcta (y la premisa fáctica, verdadera), entonces la conclusión (normativa) es también correcta. Por lo demás, los resultados que ha arrojado hasta ahora la lógica deóntica, en relación con el estudio de los razonamientos normativos, jurídicos, son bastante modestos, entre otras cosas porque esa lógica (o esas lógicas: hay muchísimos sistemas de lógica deóntica) se ha limitado, por regla general, a un único tipo de enunciado normativo (las reglas de acción) y ha dejado fuera los principios, las reglas constitutivas, los enunciados de valor, etcétera.

En los últimos tiempos se han construido muchas lógicas divergentes que han tratado de aplicarse también al campo del Derecho, de los argumentos jurídicos. Un ejemplo de ello son las lógicas no monótonas a las que se hizo referencia en el anterior apartado, para dar cuenta del carácter «derrotable» de esos razonamientos. Ése, por cierto, es un rasgo que estaba ya contenido en el esquema de Toulmin de análisis de los argumentos. Recordémoslo: dado que *A* ha muerto sin dejar testamento y que *B* es su único descendiente (razones) y la regla de que si alguien muere sin dejar testamento, entonces sus descendientes tienen derecho a recibir la herencia (garantía), *B* tiene derecho a recibir la herencia (pretensión), a no ser que *B* haya sido el asesino de *A* (condición de refutación).

Otro ejemplo es el de las lógicas borrosas o difusas, que tratan de hacer frente a los problemas que surgen con los conceptos vagos, que tanto abundan en el Derecho. Supongamos que una norma hace depender cierta consecuencia jurídica de la propiedad de ser un «animal molesto». Ahora bien, esa propiedad es gradual, de manera que no parece tener sentido, en relación con cada tipo de animal, incluirlo o no incluirlo, del todo, en la clase en cuestión; parecería más adecuado decir que algunos animales pertenecen completamente, o en un alto grado, que otros en una regular, pequeña o minúscula medida, etc. Pues bien, las lógicas borrosas (que, por tanto, no son lógicas bivalentes, sino polivalentes: operan con una pluralidad de valores) se construyen con el propósito de poder manejar adecuadamente informaciones borrosas.

Las lógicas paraconsistentes tratan de hacer posible efectuar deducciones con enunciados contradictorios (aunque no con cualquier tipo de contradicción) evitando que ocurra (como pasa con los sistemas de lógica deductiva estándar) que a partir de una contradicción se siga cualquier cosa. También es ésta una situación con la que nos podemos encontrar a menudo en contextos jurídicos. Imaginemos un juez que tiene que decidir en una situación en que los hechos considerados probados por cada parte son incompatibles entre sí y en la que

quizás tenga que considerar como probado un relato de los hechos que incluye alguna contradicción; o que algo parecido ocurre en relación con las normas que tiene que aplicar.

O, en fin, las lógicas de la relevancia tratan de evitar que puedan considerarse como válidas inferencias que nos resultan intuitivamente inaceptables (aunque la lógica formal estándar las admita), porque la conclusión es irrelevante en relación con las premisas. Por ejemplo, de las premisas «si *x* hace *A*, *x* debe ser castigado con la sanción *S*» y «*x* hace *A*» se sigue (según la lógica estándar) «*x* debe ser castigado con la sanción *S*», pero también «*x* debe ser castigado con la sanción *S* o premiado con el premio *P*».

Estos tipos de lógica son, sin duda, interesantes para reconstruir o sugerir *procesos* de argumentación jurídica; por ejemplo, sistemas informáticos que simulan cómo un jurista argumenta o podría argumentar a partir de ciertas informaciones (normativas y/o fácticas). Pero no parecen ser necesarios para reconstruir el razonamiento justificativo de un juez, esto es, la justificación plasmada en una sentencia, en la medida en que lo que nos interesa sea sólo el resultado producido: la argumentación como resultado, y no como actividad. Para este último propósito, por cierto, al jurista le es suficiente con conocer las partes más elementales de la lógica estándar: la lógica de proposiciones y la lógica de predicados de primer orden.

4. DEDUCCIÓN, INDUCCIÓN Y ABDUCCIÓN

Ya hemos visto antes que la diferencia entre un argumento deductivo y otro inductivo es que sólo en relación con los primeros puede decirse que es imposible que las premisas sean verdaderas (o posean algún otro valor: como la corrección o validez normativa) y la conclusión no lo sea (no se transmita ese valor). En el caso de las inducciones, lo que queremos decir es que es probable (en un grado mayor o menor) que si los enunciados fácticos son verdaderos (o las normas, válidas o correctas), entonces lo sea también la conclusión. Así entendida, una inducción no es necesariamente un argumento que va de lo particular a lo general; en el ejemplo que se había puesto (que concluía con la afirmación de que *A* había sido el autor de la muerte de *B*), el paso se produce de lo particular a lo particular.

Las inducciones podemos analizarlas también, naturalmente, desde un punto de vista formal. Así, la forma de ese argumento inductivo sería: «*p*; *q*; *r*; por lo tanto, *s*»; aunque cabría considerar también que en el mismo hay una premisa implícita que diría algo así como «si *p* y *q* y *r*, entonces es probable *s*». Otro ejemplo de forma inductiva (de inducción amplificante, que va de lo particular a lo general) es éste: «*a* es un miembro de la clase *A* y tiene la propiedad *P*; *b* es

un miembro de la clase *A* y tiene también la propiedad *P*...; *n* es un miembro de la clase *A* y tiene la propiedad *P*; por lo tanto, todos los miembros de *A* tienen la propiedad *P*». Y también podemos considerar como una inducción el argumento por analogía: «en el caso *C*, la solución debe ser *S*; *C'* es un caso semejante a *C*; por lo tanto, en el caso *C'*, la solución debe ser también *S*».

Ahora bien, así como la validez deductiva de un argumento depende exclusivamente de consideraciones formales, en la inducción no ocurre lo mismo. El esquema formal de una inducción nos dice muy poco a la hora de evaluar los argumentos inductivos; lo que aquí importa son, sobre todo, cuestiones materiales y contextuales. Por ejemplo, en relación con la analogía, la clave está en si las propiedades que tienen en común el caso *C* y el caso *C'* son realmente las propiedades esenciales.

También son inducciones los argumentos de probabilidad, en el sentido cuantitativo de la expresión: como frecuencia relativa de un fenómeno dadas ciertas circunstancias; en su sentido cualitativo, todas las inducciones son argumentos de probabilidad (el paso de las premisas a la conclusión es probable y no necesario). Juegan un papel más o menos importante en el Derecho (depende del contexto que uno considere), pero debe tenerse en cuenta que, además de la limitación que supone el que pocas veces se dispone de los datos pertinentes para efectuar el cálculo probabilístico, el argumento probatorio (la justificación externa de la premisa fáctica) no termina con una afirmación del tipo de «con una probabilidad *x*, el acontecimiento *A* ha tenido lugar», sino de la forma «*A* ha tenido lugar»; o sea, se necesita una premisa adicional que establezca cuál es el grado de probabilidad (el estándar de prueba) para considerar como probado un hecho.

A veces se ha cuestionado que la clasificación de los argumentos en deductivos e inductivos tenga carácter exhaustivo. Peirce habló de una tercera categoría de argumentos a los que llamó *abductivos* y que se diferenciarían de los otros dos porque con la abducción surge una nueva idea. Los mejores (o, por lo menos, los más llamativos) ejemplos que cabe poner de abducciones son seguramente los que se extraen de las novelas policiacas. Uno, que se ha usado con cierta frecuencia en libros de argumentación, está tomado de un relato de Sherlock Holmes (que, por cierto, no haría deducciones, sino abducciones), titulado *Silver Blaze*: «El robo del caballo se produjo durante la noche; nadie oyó ladrar a los perros durante la noche; los perros suelen ladrar a los forasteros; por lo tanto, el ladrón del caballo no fue un forastero, sino alguien de la casa». Pues bien, parece obvio que, al igual que los detectives y la policía, también los fiscales o los jueces y el resto de los mortales razonan de esta manera en las condiciones apropiadas. Sin embargo, la posición institucional que ocupa un juez puede hacer que un argumento como el anterior no sea aceptable en el contexto de la motivación de una

sentencia, puesto que al juez se le exige que respete el principio de presunción de inocencia y un estándar de prueba que, en materia penal, es particularmente exigente, pues requiere que los hechos hayan de considerarse verdaderos «más allá de toda duda razonable». Ahora bien, el argumento abductivo es, en realidad, una inducción, que se caracteriza porque cumple una función heurística (se utiliza para conjeturar algo) y porque tiene carácter derrotable, revisable, pues a lo que se hace referencia cuando se habla de abducción es más a la actividad de argumentar que al argumento visto como un resultado: Sherlock Holmes modificaría, por ejemplo, su conclusión si obtuviera una nueva información que, en el ejemplo utilizado, le llevara a pensar que a los perros se les había suministrado un narcótico.

5. CLASES DE ARGUMENTOS JURÍDICOS

En el Derecho, los argumentos no nos interesan únicamente por su forma, por su estructura. Por eso, una clasificación de los argumentos desde un punto de vista puramente «lógico» tiene un valor limitado. Es útil ser capaz de reconocer ciertas formas de argumentos que aparecen repetidamente. Pero, como se ha dicho varias veces, el valor de un argumento no depende sólo (ni fundamentalmente) de ello. Por eso, las clasificaciones más interesantes de los argumentos jurídicos consideran otros elementos, aparte de los de naturaleza formal. Por otro lado, las clasificaciones por hacer son distintas según que uno se fije en el plano de la producción del Derecho, de la aplicación judicial del mismo, etc., y según se refieran a cuestiones normativas o de carácter fáctico.

El argumento general que se usa en la aplicación del Derecho es el silogismo subsuntivo que, como se ha indicado, tiene la forma de un *modus ponens*: si se dan las circunstancias *X*, entonces debe ser la consecuencia jurídica *S*; (en este caso) se dan las circunstancias *X* (o sea, el caso se subsume dentro del supuesto de hecho de la norma); por lo tanto, debe ser la consecuencia jurídica *S*.

Pero en la motivación de un juez aparecen también, como es obvio, muchos otros tipos de argumentos dirigidos a la justificación externa de la decisión, bien a propósito de la premisa normativa, bien de la fáctica.

En relación con problemas normativos, los argumentos más característicos parecen ser los siguientes: el argumento *a contrario sensu*, el argumento *a pari* o por analogía, el argumento *a fortiori* (en el cual suelen distinguirse dos subformas: de mayor a menor —*a maiori ad minus*— y de menor a mayor —*a minori ad maius*—) y el argumento por reducción al absurdo.

El argumento *a contrario sensu* se utiliza (o *puede* utilizarse, puesto que cumple también otras funciones) para evitar extender una de-

terminada consecuencia jurídica a un caso no previsto explícitamente por una norma. Veámoslo con un ejemplo que trae a colación Recaséns Siches (*vid.* III,7,A): una norma prohíbe que se pueda subir a un ferrocarril con un perro, pero no dice nada con respecto a los osos; por lo tanto (se concluye), esta última acción está permitida. Su estructura lógica parecería ser: «si *p*, entonces *q*; no *p*; por lo tanto, no *q*». En cuyo caso, no se trataría de una forma deductiva válida (sería una falacia: la de la negación del antecedente). Sí sería un argumento lógicamente válido, sin embargo, si se interpretara que la primera premisa (la norma) establece que *p* es condición necesaria para *q*, o sea, que *sólo* está prohibido subir a un ferrocarril con perros: «sólo si *p*, entonces *q*». Lo que quiere decir, en definitiva, que lo que aquí importa no es tanto la forma lógica cuanto la interpretación de una de las premisas del argumento.

El mismo ejemplo sirve para dar cuenta del argumento *a pari* o por analogía. La ley no dice nada en relación con los osos, pero los osos y los perros son semejantes en cuanto ambos pueden ocasionar molestias a los pasajeros. La forma del argumento sería: «si *p*, entonces *q*; *p'* es semejante a *p*; *p'*; por lo tanto, *q*». Tampoco es una forma deductivamente válida, pero sí que lo sería si la reconstruyéramos de manera que la primera premisa fuera ésta: «si *p* o *p'* [si algo es *p* o semejante a *p*], entonces *q*»; es decir, que los perros o los animales similares a los perros tienen prohibido viajar en los ferrocarriles.

Hay dos situaciones en las que puede decirse que se argumenta *a fortiori* o a mayor abundamiento. Una es para reforzar un argumento previo; por ejemplo: la circunstancia *p* ya es suficiente para poder derivar *q*; pero se refuerza con otra circunstancia *r*, que hace al argumento aún más fuerte: «si *p*, entonces *q*; si *r*, entonces *q*; *p* y *r*; por lo tanto *q*»[2]. La otra situación tiene lugar cuando un caso no ha sido explícitamente previsto por una norma, pero las razones por las cuales se ha dictado la norma se aplican incluso con mayor intensidad al nuevo caso. Si se trata de una prohibición, el esquema puede ser éste: «si *p*, entonces está prohibido *q*; si está prohibido *q*, entonces están prohibidas todas las acciones más graves que *q*; *r* es más grave que *q*; por lo tanto, está prohibido *r*». Así, supongamos que una norma prohíbe fumar en determinados espacios de un edificio; por ejemplo, en los despachos de los profesores, en la sala de juntas y en las aulas de tal universidad; no se dice nada en relación con los ascensores. Argumentando *a fortiori*, se diría: «si el espacio del edificio es un despacho de profesores, la sala de juntas o un aula de clase, entonces está prohibido fumar; si está prohibido fumar en esos espacios del edificio, entonces también lo estará en aquellos otros en los que el fumar pueda causar

2. Se trata, pues, en realidad, de dos argumentos: aunque el primero sea ya suficiente para justificar una determinada tesis, se aduce otro más en refuerzo del primero.

aún mayores molestias (si está prohibido lo menos, está prohibido lo más); fumar en los ascensores es más grave (ocasiona mayores molestias) que hacerlo en un despacho de profesores, etc.; por lo tanto, está prohibido fumar en los ascensores»[3].

Finalmente, el argumento por reducción al absurdo se usa, por ejemplo, para descartar una determinada interpretación de una norma, pues la misma llevaría a tener que aceptar algo que se considera absurdo. Ese argumento puede ir ligado a los otros que hemos visto. Por ejemplo: supongamos que interpretamos la anterior norma en el sentido de que en los ascensores sí está permitido fumar. Pero entonces se produciría una consecuencia que parece absurda: un profesor no puede fumar cuando está solo en su despacho (y no causa molestias —o no de manera directa— a los demás), pero, sin embargo, podría hacerlo en un ascensor, donde las molestias podrían ser mucho más graves. Su estructura lógica sería: «supongamos *p*; pero a partir de *p* se puede concluir tanto *q* (un profesor puede fumar en el ascensor) como no *q* (no puede fumar, puesto que en un ascensor causaría más molestias que en los otros lugares en los que no puede fumar); por lo tanto, no *p*». Repárese en que la reducción al absurdo es una forma indirecta de argumentar: se parte suponiendo aquello que se va a negar en la conclusión. Y en que la noción de absurdo que usamos en los argumentos de la vida cotidiana o en el Derecho se interpreta en términos lógicos como si se tratara de una contradicción, pero, en realidad, muchas veces lo que quiere decirse simplemente es que no resulta aceptable.

Naturalmente, éstas no son las únicas formas o esquemas de argumentos que pueden identificarse en relación con problemas normativos. Otros esquemas más o menos usuales son los siguientes. El *modus tollens* (que permitiría representar ciertos usos del argumento *a contrario*): «si *p*, entonces, *q*; no *q*; por lo tanto, no *p*». El silogismo transitivo: «si *p*, entonces *q*; si *q*, entonces *r*; por lo tanto, si *p*, entonces *r*». El silogismo disyuntivo: «*p* o *q*; no *q*; por lo tanto *p*» (o —lo que es equivalente—: «*p* o *q*; no *p*; por lo tanto, *q*»). O el dilema: «*p* o *q*; si *p*, entonces *r*; si *q*, entonces *r*; por lo tanto, *r*».

Todas las anteriores formas se usan también a propósito de las argumentaciones en relación con cuestiones de hecho, si bien lo que podríamos llamar el esquema general de la justificación externa de la premisa fáctica es una inducción, en la cual figuran una serie de premisas que representan acontecimientos individuales (los diversos elementos de prueba: testimonios, informes periciales, etc.) y una regla general que se basa en una ley científica, en la experiencia, etc.

3. La otra subforma del argumento *a fortiori* sería: «si *p*, entonces está permitido *q*; si está permitido *q*, entonces está permitido todo lo que sea menos grave que *q*; *r* es menos grave que *q*; por lo tanto, está permitido *r*».

O sea: «*p*; *q*; *r*; si *p* y *q* y *r*, entonces (probablemente) *s*; por lo tanto (probablemente), *s*».

Es importante, de todas formas, entender bien cuál es la diferencia entre un argumento deductivo y uno inductivo. Cuando se dice que en los primeros (pero no en los segundos, en los inductivos), el paso de las premisas a la conclusión es necesario, se está considerando únicamente el aspecto formal del argumento; no el argumento en cuanto tal, sino su esquema lógico. De manera que de ahí no puede pasarse a pensar algo así como que si argumentamos mediante deducciones, nuestra argumentación es irrefutable, mientras que la argumentación de tipo inductivo es más débil. No es así, puesto que la definición de argumento deductivo dice que ese paso es necesario *si las premisas son verdaderas o correctas*. O sea, que podemos tener inducciones que nos permitan llegar a conclusiones sumamente fiables, sólidas; y deducciones cuyas conclusiones carezcan de fuerza, si se basan en premisas falsas o implausibles. Por lo demás, la distinción entre argumento deductivo e inductivo es relativa, en el sentido de que cualquier argumento inductivo lo podemos convertir en deductivo si le añadimos o modificamos una de las premisas. En el ejemplo anterior, bastaría con que la premisa general la enunciáramos en forma no probabilística: «si *p* y *q* y *r*, entonces *s*».

Hay, como antes se indicaba, muchas clasificaciones de los argumentos (de los argumentos en general y de los argumentos jurídicos en particular) efectuadas desde perspectivas que no son exactamente las de la lógica. Una de ellas, relativa a los argumentos prácticos en general, es la que realizan Perelman y Olbrechts-Tyteca en su famoso tratado sobre la argumentación, *La nueva retórica*. Distinguen ahí (Perelman y Olbrechts-Tyteca 1980) entre argumentos (o técnicas argumentativas) de asociación (sirven para conectar elementos en principio separados) y de disociación (se usan para separar elementos que en principio estaban unidos). A su vez, dentro de los primeros distinguen los argumentos cuasi-lógicos, los argumentos basados en la estructura de lo real (en enlaces de sucesión: como los argumentos de causalidad; o en enlaces de coexistencia: como el argumento de autoridad) y los argumentos que fundan la estructura de lo real (la analogía —no en el sentido del argumento *a pari*—, el ejemplo y la ilustración). En el apartado de argumentos cuasi-lógicos se incluyen prácticamente todos los esquemas deductivos que hemos visto, pero estos autores subrayan que, en la argumentación que tiene lugar en la práctica, las estructuras lógicas juegan un papel orientativo, son como un modelo al que hay que aproximarse; por ejemplo —como antes se indicaba—, en el argumento por reducción al absurdo, con lo que se opera no es exactamente con la noción lógica de contradicción, sino con la de incompatibilidad.

Otra clasificación de particular interés es la de Giovanni Tarello. Se refiere únicamente a los argumentos jurídicos interpretativos y no pre-

tende tener un carácter sistemático, sino que Tarello ofrece un elenco de los que considera como argumentos más usuales en la vida jurídica. Serían los quince siguientes (Tarello 1980): *a contrario*; *a simili*; *a fortiori*; de la plenitud de la regulación jurídica; de la coherencia de la regulación jurídica; psicológico; histórico; apagógico; teleológico; económico; de autoridad; sistemático; basado en la naturaleza de las cosas; de la equidad; a partir de principios. El análisis que efectúa de cada uno de ellos no se centra en sus elementos formales (considera que sólo algunos de ellos tienen una forma lógica reconocible), sino que lo que toma en consideración son, sobre todo, elementos de carácter material y pragmático; así, analiza su origen y su evolución histórica y va mostrando cómo cada uno de ellos tiene una mayor o menor fuerza persuasiva según cuál sea la cultura jurídica o la rama del Derecho en la que se utilicen. Digamos que es un ejemplo de lo que luego (Tarello traza su clasificación a mediados de los años setenta del siglo XX) se llamaría «lógica informal» o «argumentación crítica».

6. SUBSUNCIÓN, ADECUACIÓN —ARGUMENTACIÓN FINALISTA— Y PONDERACIÓN

Suele decirse que el silogismo subsuntivo, la subsunción, es el esquema general de argumentación en la justificación judicial. O, dicho en otra terminología, constituye la justificación interna del razonamiento judicial. Esto es aproximadamente cierto, en cuanto la premisa normativa (final) del razonamiento judicial es, en general, una regla de acción que tiene la forma: «si se dan las circunstancias o condiciones de aplicación *X* (un caso genérico), entonces alguien puede, debe o tiene prohibido realizar una determinada acción *Y*». A partir de aquí, todo lo que se necesita es clasificar o subsumir cierta realidad fáctica en el supuesto de hecho de esa norma. Puede haber problemas interpretativos o problemas de tipo fáctico, pero una vez que se resuelven (realizada la justificación externa), lo que queda es ese esquema clasificatorio.

Pero no siempre es así. En ocasiones, la premisa normativa del argumento judicial no es una regla de acción, sino una regla de fin que, bajo ciertas circunstancias, ordena prohíbe o permite que alguien procure alcanzar un cierto fin. Por ejemplo, en la mayoría de los sistemas jurídicos existe una regla según la cual, en caso de separación o divorcio, el juez debe conceder la custodia de los hijos menores de manera que se obtenga el mayor beneficio para estos últimos. Para aplicar esta norma, el juez no puede limitarse simplemente a clasificar, sino que tiene que efectuar un razonamiento finalista: si decide, por ejemplo, que los hijos deben quedarse con la madre es porque entiende que de esa manera es como se satisface mejor la finalidad

establecida en la norma. El esquema, entonces, podría ser este: «si se dan las circunstancias *X*, el juez debe procurar alcanzar el fin *F*; se dan las circunstancias *X*; la acción *M* es un medio adecuado para obtener *F* (o, quizás mejor: sólo si *M*, entonces se producirá *F*); por lo tanto, el juez debe realizar *M*».

Es importante darse cuenta de las diferencias existentes entre ambos esquemas. El esquema finalista es más abierto, deja más discrecionalidad al juez: como las reglas de acción se orientan al pasado, en la premisa fáctica del razonamiento subsuntivo o clasificatorio se trata de establecer simplemente que ha tenido lugar un hecho; pero las reglas de fin miran al futuro, de manera que en el correspondiente esquema argumentativo hay una premisa que enuncia un juicio predictivo sobre lo que ocurrirá o no ocurrirá en el futuro; y el futuro es más abierto y (en general) más complejo que el pasado. Por eso, el esquema finalista juega un papel más bien excepcional en el razonamiento judicial, mientras que es central en el razonamiento que efectúan los legisladores, los órganos de la administración o los abogados cuando aconsejan un curso de acción a sus clientes.

Hay, además, ocasiones en que los jueces no disponen de una regla (ni de acción ni de fin) que puedan aplicar para resolver un caso. Esto puede ocurrir porque se trata de una laguna normativa (un caso para el cual el sistema de las reglas jurídicas no provee una solución), de una laguna axiológica (el caso está regulado por las reglas, pero de manera insatisfactoria) o porque hay duda con respecto a si el caso está o no resuelto por las reglas. En esas situaciones, los jueces tienen que recurrir a principios y el esquema argumentativo que han de utilizar es el de la ponderación. Si, a su vez, se piensa que existen dos tipos de principios: unos que son normas de acción (principios en sentido estricto) y otros que consisten en normas de fin (directrices), entonces habrá, a su vez, dos tipos de ponderación. La ponderación entre directrices es un proceso de concreción de objetivos que llevan a cabo, fundamentalmente, los legisladores y los órganos administrativos; el papel de los jueces suele ser aquí el de controlar que ese proceso ha tenido lugar de manera adecuada. La ponderación entre principios en sentido estricto (y, en algún caso, entre principios en sentido estricto y directrices) tiene también (o debería tener) un carácter excepcional en relación con los jueces de jerarquía más baja, pero adquiere notable importancia en las argumentaciones que efectúan los tribunales supremos y, sobre todo, los constitucionales. Precisemos un poco más en qué consiste esta segunda forma de ponderación.

Aunque a veces se contrapone de manera radical la ponderación a la subsunción, eso puede resultar engañoso. La ponderación es, en realidad, un tipo de argumentación en dos pasos: el primero consiste en pasar de los principios a las reglas; y el segundo es precisamente una subsunción. Un ejemplo servirá para aclararlo. Un antiguo miem-

bro de las SS hace unas declaraciones en una revista negando el Holocausto, lo que lleva a que una mujer judía cuyos familiares habían sido exterminados en Auschwitz entable un proceso por entender que las declaraciones atentan contra su honor. No existe una regla específica que controle el caso, sino dos principios: el que protege la libertad de expresión y el que tutela el derecho al honor. El Tribunal Constitucional español (en su sentencia 101/1990) entendió que dado el contenido xenófobo y racista de las declaraciones, las mismas rebasaban el ámbito de la libertad de expresión; la acción en cuestión era una acción ilícita, prohibida. El esquema del argumento podría ser éste. Primer paso: en relación con el caso, son de aplicación, *prima facie*, dos principios de significado contrapuesto: uno permite realizar una acción *A*, y otro la prohíbe; en las circunstancias concretas del caso (*X*), y dado que concurre además la razón *R* (se trataba de declaraciones de contenido xenófobo y racista), el segundo principio prima sobre el primero; por lo tanto, si se dan las circunstancias *X* y concurre la razón *R*, entonces está prohibida la acción *A*. El segundo paso es ya una subsunción: si se dan las circunstancias *X* y concurre la razón *R*, entonces está prohibida la acción *A*; aquí se dan las circunstancias *X* y la razón *R*; por lo tanto, la acción *A* está prohibida.

Es más o menos obvio que la dificultad de este tipo de razonamiento se encuentra en la segunda premisa, la que establece que, dadas determinadas circunstancias, un principio prevalece sobre otro. Alexy ha construido un esquema formal, al que llama la «fórmula del peso», que puede considerarse como una especie de «justificación externa» de esa premisa. Lo que viene a decir, esencialmente, es que para determinar que un principio «pesa» más que el otro, deben considerarse una serie de factores: el grado de afectación de cada uno de los principios en el caso concreto; el peso abstracto de los principios; la mayor o menor certeza que se tenga en relación con las apreciaciones empíricas; y (si el resultado de considerar esos factores es un empate) ciertas reglas sobre la carga de la argumentación como, por ejemplo, la que establece el deber de ser deferente hacia el legislador o de otorgar una prioridad a la libertad.

7. LOS LÍMITES DE LA LÓGICA

La principal —y obvia— limitación de la lógica, en relación con la argumentación jurídica, es su carácter formal. La lógica no se ocupa propiamente de los argumentos, sino de los esquemas de los argumentos. Por ello, por sí misma, la lógica no permite justificar (o explicar, averiguar o predecir) nada. Pero eso no quiere decir, naturalmente, que su estudio sea inútil. La consideración de los elementos formales de los argumentos tiene un gran valor analítico y estra-

tégico: nos permite saber qué premisa habría que presuponer para que el argumento sea sólido, hacia dónde debemos dirigir nuestros objetivos cuando se trata de refutar o de debilitar un argumento, etcétera. La lógica, digámoslo una vez más, no es un instrumento suficiente, pero sí necesario para la argumentación jurídica. Por eso, contra lo que hay que estar no es contra la lógica —cosa absurda—, sino contra el *imperialismo* de la lógica, contra la pretensión de que donde se acaba la deducción empieza la arbitrariedad.

MATERIALES

1,A) LÓGICA FORMAL Y LÓGICA INFORMAL

Desde hace algunas décadas ha surgido una nueva disciplina, o un nuevo enfoque de la argumentación (el precursor del mismo habría sido Toulmin), al que se acostumbra denominar «lógica informal». Se trata, como su nombre sugiere, de estudiar los argumentos desde un punto de vista que no es el de la lógica formal, pero eso no quiere decir que los «informalistas» nieguen que existan (o que tenga sentido ocuparse de) algo así como formas o esquemas de los argumentos. Simplemente, ven esas «formas» de manera distinta. Luis Vega aclara muy bien ese punto en su voz «Lógica informal» (Vega Reñón y Olmos [2]2012a), de donde están extraídos los siguientes fragmentos:

> Dados estos supuestos y algunos precedentes ampliamente reconocidos, como la contribución de Stephen E. Toulmin [...] o la de Charles L. Hamblin [...], la lógica informal presenta hoy unos rasgos relativamente definidos que [...] cabe resumir en la descripción: rama de la lógica cuyo cometido consiste en proponer y desarrollar modelos, criterios y procedimientos no formales de análisis, interpretación, evaluación, crítica y construcción de argumentos en el discurso usual, sea común, o sea especializado en diversos géneros (p.e., actas parlamentarias, informes o transcripciones jurídicas, editoriales periodísticos, ensayos, etc.). [...]
>
> Conviene empezar reconociendo que el calificativo *informal*, aparte de la ambigüedad heredada de su contrapunto *formal*, se presta a equívocos en este contexto. Por un lado, se opone genéricamente a *formal* cuando lo que propone es una alternativa a la formalización estándar del análisis de la argumentación y a lo que Alberto Cotta llamaba «chovinismo deductivo». [...] Sean o no justas y certeras estas críticas [el análisis estándar tendría un sesgo deductivista y formalista, y reduciría los buenos argumentos a pruebas terminantes: no podría haber buenos argumentos a favor y en contra de una misma proposición y, por lo tanto, no daría cuenta adecuadamente de cómo se argumenta en el discurso usual], lo indudable es que, por otro lado, no implican que la alternativa *informal* venga a proponer una lógica informe, una desestructuración sistemática del análisis de la argumentación. Más bien se trata de avanzar una propuesta no formal en el sentido de que sus objetos y criterios de análisis o bien no están formalizados, pues la traducción a un lenguaje lógico-formal es irrelevante para la identificación y evaluación de los argumentos ordinarios, o bien no son siquiera formalizables en la medida en que esa traducción comportaría la deformación del argumento original o su suplantación en otro marco del discurso. En todo caso, la alternativa «informal» implica el uso de formas argumentativas, desde la básica y general del argumento en los consabidos términos (premisas, conclusión, nexo), hasta ciertos modelos estructurados, como el llamado modelo de Toulmin [...], o hasta los esquemas argumentativos, que incluyen directrices específicas de identificación y evaluación (Vega Reñón y Olmos [2]2012a: 309-311).

Como ilustración de lo anterior puede servir el argumento de autoridad que subyace al interrogatorio de un perito. Tratar de dar cuenta del mismo a base de *modus ponens* es posible, pero no muy interesante. A

diferencia de lo que ocurre si se aplica el esquema sugerido por Walton (2008) (una de los máximas autoridades en lógica informal) o el de Toulmin, al que ya se ha hecho referencia varias veces.

2,A) ¿QUÉ SIGNIFICA «DEDUCIR»?

Como se ha visto en el texto, en una argumentación jurídica hay tanto argumentos deductivos como no deductivos (inductivos). Es importante reparar en ello, pues el *control* que cabe hacer de cada uno de esos dos tipos de inferencia es distinto.

Los tres fundamentos de Derecho que se reproducen a continuación pertenecen a una sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español (STS 5576/1992) que resolvía un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante que había condenado a dos personas (Carlos José y Gonzalo) por un delito contra la salud pública, basándose en los siguientes hechos que la Audiencia consideró probados:

> El procesado Carlos José [...] sobre las dieciséis horas del día 16 de octubre de 1984 [...], conduciendo su vehículo [...] tras haber quedado citado al borde de la carretera [...] con el también procesado Gonzalo [...] fueron sorprendidos por fuerzas de la Guardia Civil, que seguían a éste, cuando el primero entregaba un paquete conteniendo 6,54 gramos de hachís y 1,411 gramos de heroína, que el propio Gonzalo señaló que adquirió en ese momento para su venta a terceras personas mediante precio, si bien al apercibirse ambos de que se acercaban las fuerzas de la mencionada Guardia Civil, se dieron a la fuga, siendo detenido Gonzalo, tras arrojar al suelo la mercancía adquirida, no así Carlos José, que huyó en el vehículo que en aquella fecha no constaba según sus propias y reiteradas manifestaciones, tanto en el atestado como en el acto de juicio oral, ni sustraído ni prestado a nadie, siendo también este último procesado detenido en días posteriores, ocupándosele en su persona 153.000 pts. procedentes de venta de este tipo de sustancias, al carecer de medio de vida lícito más de dos meses con anterioridad a estos hechos.

Carlos José interpuso recurso de casación aduciendo, como uno de los motivos, «error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos con infracción del principio de presunción de inocencia». El Tribunal Supremo consideró que había lugar al mismo y anuló la sentencia, justificando así su decisión:

> CUARTO. En el motivo 2.º, en base al n.º 2.º del artículo 849 de la LECr, se aduce infracción del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE. Se alega que fue condenado simplemente por la circunstancia de ser propietario del vehículo que los guardias civiles identificaron como el que ocupaba la persona que entregó el hachís y la heroína a Gonzalo, pues en realidad —se dice— sólo este dato existió para poder afirmar que fue Carlos José quien vendió la droga, porque Gonzalo siempre aseveró que no fue este último, sino otro llamado Jesús Carlos de quien no conocía los apellidos ni ninguna otra circunstancia personal, y el propio Carlos José siempre lo negó.

La Audiencia, en el fundamento de derecho 1.º de la sentencia recurrida, nos dice cuáles fueron los datos en que se fundó para afirmar que Carlos José fue quien vendió a Gonzalo el hachís y la heroína que la Guardia Civil ocupó a éste:

1.º La circunstancia de que el coche que vio la Guardia Civil y que pudo identificar por su color, marca, modelo y matrícula, como el ocupado por la persona que entregó la droga a Gonzalo, era propiedad del acusado Carlos José. Tal titularidad la ha reconocido este último y sobre la identificación referida han declarado en tales términos en el juicio oral los dos guardias civiles que actuaron en el atestado inicial.

2.º Carlos José declaró siempre, incluso en el juicio oral, que no había dejado el vehículo referido a nadie ni le había sido sustraído en la fecha de autos.

3.º Quien entregó la droga era un varón, extremo que no aparece acreditado, pues al respecto no hay prueba alguna y, desde luego, carece de valor por su generalidad como dato del que poder deducir la identidad del vendedor de la droga de autos.

4.º Por último, habérsele ocupado a Carlos José, en días posteriores (concretamente 17 días después de los hechos de autos —folios 12 ss.—), 153.000 pts. que llevaba consigo cuando fue detenido, dato que no puede servir como hecho básico para deducir la discutida identidad de la persona vendedora de la droga en la ocasión ahora examinada, conforme luego se razonará.

Como se ve, la Audiencia hizo uso de la prueba de indicios para estimar probado el hecho de la venta de la droga por parte de Carlos José, prueba en principio apta para destruir la presunción de inocencia y que ha sido objeto de estudio y de reiterada aplicación por la doctrina del TC (a partir de sus dos sentencias núms. 174 y 175 de 1985, ambas de 17 de diciembre) y también por parte de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, lo que obliga a recordar los principios aplicables en esta materia.

QUINTO. El mecanismo de esta clase de prueba, también conocida como indirecta o de inferencias, coincide con el de la llamada prueba de presunciones que aparece regulada en el Código Civil (arts. 1.215, 1.249 y 1.253), con amplia aplicación desde antiguo en los procesos de esta última clase, particularmente en los caso de negocios simulados o fraudulentos, la cual ha adquirido una importancia particularmente relevante en el proceso penal en los últimos años ante la necesidad de razonar expresamente en el propio texto de la sentencia la forma en que se contrarresta la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en cumplimiento del mandato de motivación impuesto por el artículo 120.3 del mismo Texto Fundamental.

En tal clase de prueba hemos de distinguir dos elementos:

a) Los hechos básicos o indicios, que han de ser múltiples, porque uno solo podría fácilmente inducir a error (sentencia del TC 111/1.990, de 18 de junio, que reproduce el texto de la sentencia de esta Sala del TS de 5-2-1988, que era la impugnada en el recurso de amparo que resolvió dicha resolución del TC), cuya fijación han de hacer los Tribunales de instancia con la libertad de criterio que el artículo 741 de la LECr les reconoce como respuesta a las exigencias del principio de inmediación.

Han de estar plenamente acreditados, esto es, probados y afirmados como tales por el Juzgador «a quo», con la vinculación para el Tribunal de casación que ello supone, de modo que sólo pueden impugnarse ante esta Sala en tal clase de recurso por la vía del n.º 2.º del artículo 849 de la LECr o a través de una denuncia por violación de la presunción de inocencia conforme al artículo 5.4 de la LOPJ.

Por supuesto que esos hechos básicos o indicios plurales han de tener una misma línea de convergencia de todos ellos hacia el hecho necesitado de prueba,

el hecho consecuencia, lo que nos conduce al examen del segundo elemento que ha de concurrir en el mecanismo de la prueba indiciaria.

b) La deducción lógica, que ha de expresar el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, conforme lo exige el artículo 1.253 CC, elemento que excede de lo puramente fáctico y que, como tal, puede ser sometido a revisión del Tribunal Supremo en casación, bien por la vía del n.º 1.º del artículo 849 de la LECr, conforme a la doctrina tradicional de esta Sala relativa al llamado «juicio de valor» (Ss. de 4-10-88, 28-4-87 y 4-2-86, entre otras muchas), porque la violación de las reglas del raciocinio en esta materia en definitiva implica la aplicación indebida de la correspondiente norma sustantiva, bien por la vía introducida por el artículo 5.4 de la LOPJ mediante alegación de infracción del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

Se puede decir que esta conexión lógica existe, con la seguridad exigible para las pruebas de cargo en materia penal («in dubio pro reo»), cuando, dados los hechos indiciarios plenamente probados, ha de entenderse que realmente se ha producido el hecho necesitado de justificación, porque no hay ninguna otra posibilidad alternativa, que pudiera reputarse razonable, compatible con esos indicios.

Es frecuente que el acusado dé explicaciones para contrarrestar los indicios contra él existentes (por ejemplo, una coartada). La indeterminación de tales explicaciones (dijo haber comprado las joyas, pero sin poder identificar al vendedor), su falta de verosimilitud o, incluso, la prueba de su falsedad, no constituye propiamente un indicio, porque no converge al hecho necesitado de prueba, por más que sea un elemento que el Juzgador de instancia puede utilizar para reforzar su convicción a la que ha llegado por otros medios de prueba.

Las dificultades prácticas en esta materia son importantes, pues, por un lado, es evidente que esa deducción lógica ha de tener forzosamente una importante carga de subjetividad (a veces no más que otras pruebas directas), que ha de compensarse por medio de un examen riguroso del verdadero significado de cada hecho básico, evitando que las simples conjeturas o sospechas puedan indebidamente elevarse a la categoría de verdaderos indicios y excluyendo hechos básicos que no conduzcan verdaderamente al hecho consecuencia.

SEXTO. En el caso presente, entiende esta Sala que no concurren todos los requisitos antes referidos.

Algunos de los datos que la sentencia de la Audiencia nos ofrece como indicios no son en realidad tales.

En efecto, ya se dijo (fundamento de derecho 4.º), cómo, de los cuatro hechos indiciarios que la Audiencia recogió al respecto, el 3.º, tratarse de un sujeto varón, no puede tener al respecto valor alguno.

El último de ellos, habérsele ocupado a Carlos José 153.000 pts., 17 días después de los hechos de autos, habiendo manifestado en el acta del juicio que el dinero procedía de la venta de fruta de dos meses atrás y que lo llevaba encima para evitar que en su casa se lo robaran, no reúne las condiciones necesarias para poder constituir un hecho básico en la prueba de indicios o presunciones ahora examinada.

La Audiencia, del hecho de carecer de medio de vida lícito durante más de dos meses con anterioridad a su detención, infiere que tal dinero procedía de la venta de hachís o heroína (así lo dice al final de su relato de hechos probados). Luego, al final del primer fundamento de derecho, utiliza esta circunstancia como un dato más para deducir, junto con otros, la identidad de Carlos José como suministrador de los estupefacientes intervenidos al otro acusado.

Es decir, la sentencia recurrida parte de unos hechos, la ocupación de 153.000 pts. y la carencia de medio lícito de vida en esas fechas, para afirmar la dedica-

ción al tráfico de drogas, lo que constituye un juicio no razonable, porque esas 153.000 pts. podía haberlas adquirido de múltiples formas, incluso ilícitas (robo, hurto, etc.), distintas de la venta de estupefacientes.

La ocupación de las 153.000 pts., 17 días después, no nos puede conducir a la autoría de la entrega de la droga que ahora nos interesa, y no es procesalmente correcta la utilización de un razonamiento que sirve de elemento de unión para relacionar entre sí como convergentes hechos que por sí mismos no lo son.

Si de un hecho indiciario se deduce otro (incorrectamente, como antes se ha dicho), que es el que puede ser revelador del que está necesitado de prueba, se establece un vínculo artificial entre dos hechos que por sí mismos no están lógicamente unidos, y ello no es correcto en esta clase de prueba.

Así pues, han de excluirse esos dos hechos que la Audiencia nos mostró como indiciarios, el 3.º y el 4.º.

Queda por examinar el 1.º y el 2.º.

El 1.º, la titularidad de Carlos José respecto del coche desde el cual se entregó la droga, converge a la autoría de Carlos José y se halla acreditado de modo indubitado para la Sala de instancia que así lo estimó, pero es evidente su insuficiencia. Por sí solo no puede acreditar la autoría que se le imputó.

Y estima esta Sala que tampoco puede tener tal eficacia acompañado de la 2.ª circunstancia antes mencionada, porque parece claro que, aunque dijera el propio Carlos José que el coche no le había sido sustraído ni tampoco se lo había dejado a nadie, ello podía obedecer a su deseo de ocultar la identidad de la persona que realmente fuera el verdadero vendedor de la droga. A nadie se le oculta la posibilidad de que ciertamente dejara Carlos José su coche a otro y que éste, incluso sin conocimiento de aquél, lo utilizara para llevar la heroína y el hachís a Gonzalo en la ocasión de autos, sin que haya querido revelarlo.

En realidad, como bien dice el recurrente, la Audiencia condenó a Carlos José por el solo hecho de ser propietario del coche que la Guardia Civil identificó como el que ocupaba quien entregó la droga, y ello nunca puede ser reputado como indicio suficiente para acreditar la autoría del delito por el que fue condenado. No hubo prueba alguna al respecto y, consiguientemente, fue violado su derecho a la presunción de inocencia.

Así pues, ha de estimarse este motivo 2.º, lo que excusa del examen del 1.º.

1) ¿En qué sentido utiliza el Tribunal Supremo la expresión «deducción lógica» (en el fundamento quinto)? ¿Se refiere a una deducción o a una inducción?

2) ¿Cómo se podría esquematizar el razonamiento llevado a cabo por la Audiencia y el efectuado por el Tribunal Supremo? ¿Tiene alguno de los dos carácter deductivo?

3) El Tribunal Supremo hace referencia a una serie de principios aplicables a la prueba de indicios que habría infringido la Audiencia en su argumentación: ¿Cuál es la naturaleza de esos principios? ¿Sirven para controlar la validez de un argumento deductivo? ¿Tiene sentido afirmar que los criterios de validez de un argumento deductivo son siempre los mismos (con independencia de cuál sea el campo de uso), mientras que, en relación con las inducciones, los criterios que aplicar pueden ser más o menos exigentes (e incluso distintos) según el campo de que se trate, la circunstancia, etc.? ¿Tiene eso algo que ver con la existencia de diversos estándares de prueba?

2,B) TEORÍA DEL DELITO Y CARÁCTER NO MONÓTONO DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

El comentario que sigue se refiere a una sentencia de un juez de lo Penal de Madrid que condenó, por «revelación de secretos», a un año y nueve meses, más otra serie de penas accesorias, a dos periodistas de la cadena SER que habían publicado en la página web de la emisora una lista de militantes del Partido Popular que se habían afiliado irregularmente (o sea, sin seguir los procedimientos estatutarios) a ese partido[4]. El razonamiento del juez tiene lugar, por así decirlo, en dos pasos. El primero consiste en calificar el hecho de que los periodistas cedieran a la sociedad Ser.com ciertos datos sin contar con la autorización de los afectados como un supuesto de descubrimiento y desvelamiento de secretos, agravado por la circunstancia de que lo revelado eran datos «referentes a la ideología», o sea, a la afiliación a un partido político (art. 197.2 y 5 del CP). Luego, en un segundo paso, el juez se plantea si el haber obrado los periodistas en el ejercicio legítimo de un derecho puede considerarse como una eximente, y entiende que sólo sería una eximente incompleta. Todo lo cual le permite llegar a la conclusión final consistente en condenar a los periodistas a la pena mencionada:

Nos encontramos aquí [...] con una cuestión de gran interés desde el punto de vista teórico y que consiste en lo siguiente. En los últimos tiempos, los teóricos del Derecho y de la argumentación han prestado gran atención a la cuestión de la «derrotabilidad». Lo que quiere decirse con ello es lo siguiente. El concepto clásico de deducción o inferencia lógica implica la nota de *monotonía*, es decir, si a partir de una determinada premisa se infiere una conclusión, entonces esa conclusión puede seguir infiriéndose, aunque sigamos añadiendo cualquier otra premisa. Por ejemplo, de las premisas «si alguien muere sin dejar testamento y tiene como único familiar un nieto, entonces este último es el heredero universal del primero» y «*A* ha fallecido sin dejar testamento y tiene como único familiar a su nieto *B*», se infiere la conclusión: «*B* es el heredero universal de *A*». Y a esa misma conclusión sigue llegándose deductivamente si a las anteriores premisas se les agregase esta otra: *B* es notario de Madrid» (lo que aceptaríamos cómodamente); o bien (y esto ya sí que lo consideraríamos problemático, antiintuitivo): «*B* es el asesino de *A*»; o sea, no pensaríamos que, si aceptáramos esta última premisa, podríamos seguir aceptando también la conclusión. Dicho de otra manera, el razonamiento jurídico (como, en general, el razonamiento de la vida ordinaria) parece ser no monótono, esto es, nuestras conclusiones se van (o pueden irse) modificando a medida que agregamos información (premisas). Pues bien, una manera de evitar ese resultado indeseable (o, si se quiere, de dar cuenta de ese rasgo de no monotonía), consiste en tratar las premisas (lo que aquí nos interesa: la premisa normativa) como si fueran ellas mismas derrotables, esto es, revisables. La idea es que una norma jurídica (o, por lo menos, algunas de ellas) llevarían siempre consigo una especie de cláu-

4. Se trata de una sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 16 de Madrid, de diciembre de 2009. La Audiencia Provincial anuló la sentencia meses después (en junio de 2010).

sula de «a no ser que...». Por ejemplo, la norma penal que castiga la desvelación de secretos no habría que formularla exactamente como aparece en el artículo 197.2 y 5 del CP: «El que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal que revelen la ideología de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, en su mitad superior»[5]. Su enunciado exacto sería: «El que... en su mitad superior, a no ser que (por ejemplo, y entre otras cosas) concurra la eximente de ejercicio legítimo de un derecho».

Pues bien, el interés teórico al que antes me refería consiste en comprobar que la teoría clásica del delito, o sea, el concepto de delito como acción típica, antijurídica, culpable y punible es, en cierto modo, una manera de dar cuenta, de institucionalizar, ese rasgo de no monotonía del razonamiento jurídico (penal). Precisamente por eso, el esquema resulta de gran utilidad para quien tiene que argumentar (como abogado defensor, como fiscal, como juez) en ese contexto. Pero es muy importante ser consciente de que una cosa es la formulación que uno puede encontrarse en el Código Penal (el mencionado art. 197.2 y 5) y otra la premisa acabada de un razonamiento (por ejemplo, del silogismo judicial) que, al menos en los casos de alguna complejidad, exige una operación (que puede ser muy ardua) de manejo —interpretativo— de los textos. Podríamos decir, como conclusión de todo lo anterior, que, en contra de lo que parece pensar el juez de nuestro caso, la norma, la premisa mayor, de su razonamiento no se encuentra sin más en el artículo 197 que él esgrime (Atienza 2001a).

3,A) KELSEN: DERECHO Y LÓGICA

En 1965, Hans Kelsen publicó un artículo, *Recht und Logik* (*Derecho y lógica*)[6], en el que defendió la tesis de que la lógica no se aplica a las normas y, por tanto, de que no hay, propiamente hablando, un silogismo normativo; o sea, el llamado «silogismo judicial» no sería un tipo de inferencia deductiva, de inferencia lógica en el sentido estricto de la expresión. Ese artículo es, en cierto modo, el final de una discusión con Ulrich Klug (el primer autor que aplicó las técnicas de la lógica moderna al Derecho) en la que este último defendía precisamente la tesis contraria: la de que hay relaciones lógicas entre normas. Como se verá, la razón fundamental de Kelsen para pensar que la lógica no se aplica a las normas es que las normas son imperativos (el sentido de actos de voluntad), que no son ni verdaderos ni falsos; la relación lógica —por ejemplo, la de inferencia lógica o la de contradicción— es una «operación del pensamiento» (no de la voluntad) que se da entre enunciados asertivos o descriptivos, los cuales son el sentido de actos de pensamiento y pueden ser verdaderos o

5. El enunciado es, en realidad, el resultado de combinar el artículo 197, apartados 1, 2 y 5, pero sin someterlo a ningún proceso de interpretación.

6. Apareció en la revista *Forum*, editada en Viena. Hay una traducción castellana en Kelsen y Klug 1988.

falsos; dicho de otra manera, puede haber una lógica de las proposiciones normativas, pero no de las normas; sí que hay silogismos teóricos, pero no silogismos prácticos:

Una opinión ampliamente difundida, tanto entre juristas como no juristas, dice que entre Derecho y Lógica —esto es, la lógica tradicional con los dos valores verdad y falsedad— existe una relación especialmente estrecha, que una propiedad específica del Derecho es la de ser «lógico»; es decir, que las normas del Derecho se relacionan entre sí conforme a los principios de la Lógica. Esto supone que esos principios, es decir, ante todo el de no contradicción y la regla de inferencia, son aplicables a normas en general y a normas jurídicas en particular.

[...] Siempre se emplearía la regla lógica de la *inferencia* cuando se decide por un tribunal un caso concreto sobre la base de una norma general válida. Esta decisión, que significa la validez de una norma individual, por ejemplo, la que dice «el ladrón Schulze debe ser encarcelado», se seguiría de una manera tan completamente lógica de la validez de la norma general «todos los ladrones deben ser encarcelados», como la verdad del enunciado individual «el ser humano Sócrates es mortal» se sigue lógicamente de la verdad del enunciado general «todos los seres humanos son mortales». La aplicación de principios lógicos, especialmente el de no contradicción y la regla de inferencia, a normas en general y normas jurídicas en particular no es, sin embargo, de ninguna manera tan obvia como lo suponen los juristas. Porque, por su naturaleza, los dos principios lógicos son sólo aplicables —o, por lo menos, solamente en forma directa— a enunciados, en cuanto éstos son el sentido de actos de pensamiento, y pueden ser verdaderos o falsos. Esos dos principios lógicos sólo establecen bajo qué condiciones un enunciado —como sentido de un acto de pensamiento— puede ser verdadero y bajo qué condiciones tiene que ser falso. Las normas, empero, son el sentido de actos de voluntad, y como tales ni verdaderas ni falsas. De una norma como «amad a vuestros enemigos» o «el asesinato debe ser castigado con la muerte del asesino» no puede decirse que ella sea «verdadera» o «falsa». Porque, por su sentido, ella no tiene la pretensión de ser verdadera como un enunciado, por ejemplo, «todos los hombres son mortales». Por su sentido, ella pretende valer. [...]

Por lo que hace ahora a la aplicabilidad de la regla lógica de inferencia a normas jurídicas, lo que está en cuestión es si de la validez de una norma general como, por ejemplo, «todos los ladrones deben ser castigados», la validez de una norma individual como, verbigracia, «el ladrón Schulze debe ser castigado», se sigue tan lógicamente como de la verdad del enunciado general «todos los hombres son mortales» se sigue lógicamente la verdad del enunciado individual «el ser humano Sócrates es mortal». Y a dicha cuestión, en la medida en que se trata ahí de normas positivas, hay que responder negativamente. [...]

La norma individual cuya validez está en cuestión, y que dice «el ladrón Schulze debe ser castigado, es decir, puesto en prisión», puede valer como norma positiva sólo si ha sido puesta por un acto de voluntad del juez competente. No hay norma alguna sin una autoridad que la establece, esto es: no hay norma sin un acto de voluntad cuyo sentido es esa norma. Ahora bien: es sin duda posible que la norma general «todos los ladrones deben ser castigados, es decir, puestos en prisión», puesto que ha sido creada mediante legislación, valga, y puede ser que el enunciado «Schulze es un ladrón» sea verdadero, incluso que haya sido formulado por el tribunal competente, y, sin embargo, es posible que la norma individual «Schulze debe ser puesto en prisión» no valga porque el tribunal competente, por algún motivo, no haya establecido esa norma individual; sea esto

porque él, sobre el caso de un robo cometido por Schulze, e incluso comprobado por el tribunal, no ha decidido en absoluto, sea porque él —por el motivo que fuere— ha absuelto al ladrón Schulze, es decir, decidido, o sea, establecido la norma individual de que Schulze, aunque haya robado, no debe ser penado, es decir, puesto en prisión, y esta decisión haya terminado teniendo fuerza de ley. La norma individual «el ladrón Schulze debe ser puesto en prisión» puede ser sólo el sentido de un acto de voluntad, y un *acto de voluntad* de esa índole no puede ser logrado mediante una inferencia lógica, es decir, mediante una *operación del pensamiento*. Si es verdad que todos los ladrones son mortales, sólo puede ser verdad que el ser humano Sócrates es mortal, y no que él no es mortal. Pero si vale la norma general «todos los ladrones deben ser puestos en la cárcel», puede ser, sin embargo —como se ha señalado—, que valga la norma individual «el ladrón Schulze no debe ser puesto en prisión».

La verdad del enunciado que funciona como conclusión: «Sócrates es mortal», está implicada en la verdad de los dos enunciados: «todos los hombres son mortales» y «Sócrates es un hombre», que funcionan como premisas. Pero la validez de la norma individual: «Schulze debe ser puesto en prisión», no está implicada en la validez de la norma general: «todos los ladrones deben ser puestos en prisión», ni en la verdad del enunciado: «Schulze es un ladrón». Porque la norma individual sólo vale si ella ha sido establecida por el acto de voluntad del tribunal competente. [...]

De lo expuesto hasta aquí resulta que los dos principios lógicos más importantes —el de no contradicción y la regla de inferencia— no son aplicables a las relaciones entre normas de un derecho positivo, ni directa ni indirectamente. Con lo cual, sin embargo, no se ha dicho que no se den en absoluto relaciones lógicas entre normas. Mencionemos, por ejemplo, la relación entre dos normas generales que se diferencian sólo por el grado de su generalidad, una relación que hay que distinguir de la que se da entre una norma general y la individual que a ella corresponde. Pero también en la relación entre una norma general y la norma individual a ella correspondiente, establecida por el órgano de aplicación del derecho, se da una conexión lógica, en cuanto que el hecho comprobado *in concreto* por el tribunal puede ser subsumido bajo el hecho determinado *in abstracto* en la norma general. Esta subsunción, desde el punto de vista lógico, es del mismo tipo que la subsunción de una representación concreta bajo un concepto abstracto. El juez subsume el hecho comprobado por él, en un caso concreto, de que Meier provocó intencionalmente a tiros la muerte de Schulze, bajo el concepto de homicidio contenido en la norma general. Si la norma general prevé como pena para el homicidio la muerte en la horca, y si el juez condena a Meier a morir en la horca, la norma individual concuerda con la general. Esta relación de concordancia es una relación de subsunción, y en la medida en que la subsunción aquí existente es una conexión lógica, entre la norma general y la norma individual que la aplica a un hecho concreto se da una conexión lógica. Pero esto no significa que la validez de la norma individual se infiera lógicamente de la validez de la norma general. Y esto es lo decisivo cuando se trata de la aplicación de la regla de inferencia en el procedimiento jurídico. Tampoco la comprobación judicial de que *in concreto* se ha dado un hecho que está determinado *in abstracto* (como concepto de un hecho) en la norma general que aplicar por el juez es solamente una subsunción desde el punto de vista lógico, sino que tiene jurídicamente carácter constitutivo. Ella crea el supuesto para que el juez establezca la norma individual. Es, pues, un elemento esencial del proceso de producción del derecho; no es, en consecuencia, una mera función cognoscitiva, sino, como elemento del proceso de producción del derecho, es también una función de la voluntad (Kelsen y Klug 1988: 92-93; 108-109; 114-115).

1) En el prólogo al libro que recoge el debate entre Kelsen y Klug (2008), Eugenio Bulygin señala que Kelsen estaba «poco familiarizado con la lógica moderna» (p. 25), le parece «intuitivamente cierto que las normas se presentan [como sostuvo Klug] como premisas o conclusiones en razonamientos lógicos» (p. 26), pero es sumamente cauto a la hora de decantarse a favor de una de las dos posturas; como argumento en cierto modo de autoridad aduce el caso de von Wright, quien durante mucho tiempo defendió la tesis de que entre las normas existen relaciones lógicas, para cambiar de postura en un trabajo de 1980. Bulygin sugiere que la explicación a esa polémica podría encontrarse en el hecho de que cada uno de esos autores parte de una concepción distinta de las normas y dado que «no hay un test decisivo para preferir una concepción frente a la otra» (p. 26) la cuestión queda en cierto modo sin solución. Kelsen (el Kelsen de esa época) sostendría una «concepción expresiva» de las normas: «lo específicamente normativo se encuentra en un plano pragmático, no, por tanto, en el sentido del enunciado, sino en su uso [...] La norma viene constituida, así, por un acto lingüístico y, más precisamente, por un acto de ordenar o de permitir. Por esta razón no existe norma sin el correspondiente acto lingüístico de promulgación (¡no hay imperativo sin imperante!) y no se dan relaciones lógicas entre normas. Se entiende de suyo que esta concepción conduce a un cierto irracionalismo normativo» (pp. 20-21). La concepción de la norma de Klug, por el contrario, sería una «concepción hilética»: «las normas son oraciones con un sentido específico, normativo o prescriptivo; existe, pues, una diferencia semántica entre normas y proposiciones. Así, una norma es un ente ideal independientemente de todo acto lingüístico, al igual que las proposiciones. Pero se diferencia de ellas, precisamente, en su sentido, que no es descriptivo, sino prescriptivo. Y, naturalmente, entre enunciados con sentido pueden establecerse relaciones lógicas. Para ello no hace falta aceptar que las normas tengan valores de verdad. [...] Se puede admitir que a las normas no les corresponde ningún valor de verdad y todavía sostener que entre normas se dan relaciones lógicas» (p. 22). Aunque Bulygin añade que para ello es imprescindible una lógica específica de las normas, que es algo que Klug no acepta.

¿Le parece convincente la explicación de Bulygin? ¿Pero no hay buenas razones para optar por alguna de esas dos concepciones de las normas? ¿Podría ser una «buena razón» la de evitar el irracionalismo normativo al que —como señala Bulygin— lleva la concepción expresiva de las normas?

2) ¿No podría decirse (a partir, precisamente, de la aclaración de Bulygin) que Kelsen incurre en un error al plantear un razonamiento lógico (el silogismo práctico) como una operación en la que se pasa de un hecho (la validez de una norma general) a otro hecho (la validez de una norma individual), y no de unos enunciados a otros? ¿No parecería más natural decir que en el silogismo práctico lo que se produce es el paso de

un enunciado normativo (interpretado como una norma, no como una proposición normativa), tal que «los ladrones deben ser castigados» y un enunciado fáctico, «Schulze ha cometido un robo», a un nuevo enunciado normativo: «Schulze debe ser castigado» (y no al hecho de que el juez haya establecido o no esa norma individual)? ¿Quizás sea esa confusión de Kelsen (no darse cuenta de que una cosa es el acto normativo que produce —como resultado— una norma, y otra cosa, la norma propiamente dicha; o, dicho de otra manera, situar la lógica en el nivel del mundo, y no en el del lenguaje) lo que explica la aparente contradicción en la que incurre en los últimos párrafos del anterior texto (cuando —a pesar de lo que antes había dicho— afirma que hay una conexión lógica entre la norma general y la norma individual)?

3) ¿Qué consecuencias prácticas tiene una postura como la de Kelsen? Si no hay inferencias prácticas, ¿cómo se puede justificar una decisión jurídica? ¿Qué significaría según Kelsen (o el Kelsen de este escrito: de la última época) motivar una decisión judicial? ¿Qué diferencia hay, en cuanto al papel de la lógica en el Derecho, entre la posición de Kelsen y la de Holmes (*vid.* I,2,A) o la de Frank (*vid.* I,3.3,A)?

3,B) LA LÓGICA TRANSITIVA

Lorenzo Peña desarrolló durante los años ochenta y noventa del siglo XX un tipo de lógica que llama «transitiva» o «dialéctica» y que se caracteriza por «reconocer la contradictoriedad y la gradualidad de lo real», o sea, es una lógica paraconsistente y difusa. En su sistema de lógica es posible afirmar «*p*» y «no *p*» sin que ello implique que de ahí se pueda derivar cualquier conclusión (de acuerdo con la llamada «regla de Scoto» que Peña considera debería llamarse más bien «regla de Cornubia», pues fue el lógico medieval Juan de Cornubia el primero en formularla), ya que, como se verá, él distingue dos tipos de negaciones: negación débil o natural y negación fuerte. Y también cabe aceptar la existencia de enunciados que son al mismo tiempo verdaderos y falsos (lo verdadero y lo falso no se excluyen totalmente: hay grados de verdad y de falsedad), frente al principio de bivalencia de la lógica clásica (aristotélica) en la que cualquier enunciado tiene que ser verdadero o falso; la bivalencia, a su vez, da lugar a las llamadas «paradojas sorites»: ¿cuántos granos de arena hay que quitar a un montón para que deje de ser un montón? Para Peña, como se verá en los extractos que siguen, tomados de su libro *Rudimentos de lógica matemática* (Peña 1991), no tiene sentido hablar de *la lógica*, sino de *las lógicas* y es equivocado incluso considerar que la lógica clásica (bivalente y que rechaza cualquier contradicción) debe estar en una situación de prevalencia frente a todas las otras lógicas. Más bien al contrario.

Como una ilustración del valor práctico de esa concepción de la lógica puede servir el artículo escrito conjuntamente con Francisco José Ausín (Ausín y Peña 1998), en el que los autores defienden, a propósito

de la discusión en torno a la licitud o ilicitud moral de la eutanasia, las ventajas de un enfoque gradualista:

Al igual que sucede en cualquier otra disciplina filosófica, en la lógica nos encontramos con la existencia de numerosos sistemas alternativos, a favor de cada uno de los cuales cabe esgrimir argumentos más o menos convincentes, no sucediendo ni que alguno de tales sistemas sea, obvia e irrefragablemente, el verdadero, ni tampoco que alguno de ellos esté indiscutiblemente errado y se pueda rechazar de entrada, sin examen atento de los argumentos que militen en su favor. [...]

Las relaciones que se dan entre diversos sistemas de lógica son muy complejas. Es equivocado concebir a una lógica particular como «la» lógica por excelencia o como el sistema básico, y ver a sistemas alternativos como desarrollos suyos o desvíos a partir de ella. [...]

Si la lógica clásica no es teóricamente más fundamental ni más importante que otras lógicas, si no goza, con respecto a ellas, de ningún privilegio epistemológicamente legítimo, tampoco es cierto, por otra parte, que la lógica clásica sea más clara o más fácil de adquirir y que, por tal razón, deba ser enseñada antes de una toma de contacto con otros sistemas de lógica. [...]

Así pues, enseñar cálculo sentencial no es enseñar sólo un único sistema de cálculo sentencial (sea el clásico u otro cualquiera); y enseñar cálculo cuantificacional no es lo mismo que enseñar un único y particular sistema de cálculo cuantificacional. Enseñar una sola lógica no es enseñar lógica (no es un modo satisfactorio de enseñar lógica).

[...] Los instrumentos lógicos son plurales, se agrupan en sistemas diversos y alternativos, debiendo la opción entre ellos ser razonada, y adoptada en función del propio horizonte de intelección, de la manera básica que se tenga de ver el mundo. [...]

Por otro lado, y puestos a ceñirnos a la exposición de un único sistema de lógica, ¿por qué va a ser la lógica clásica? Tanto derecho, o, mejor dicho, mucho más derecho que ella a presentarse de modo exclusivo (como «la» lógica) tienen otros sistemas. [...]

[N]o hay sistema mínimo de lógica, no hay ningún sistema de lógica cuyos teoremas y cuyas reglas de inferencia sean comunes a todos los sistemas de lógica (ni siquiera a los que se quiera considerar como «razonables» en algún sentido un poco plausible de esa palabra). [...]

Por otro lado, y desde la dirección opuesta [al minimalismo], puede formularse, a favor de un sistema como el aquí presentado, que ese sistema, o un sistema así, es mejor que la lógica clásica, a la cual contiene, sin, empero, reducirse a ella; en un sistema como el nuestro son verdades todos los teoremas clásicos —bajo determinada lectura—, pero hay otros teoremas más, muchos, muchísimos más, y es que la lógica clásica no contempla más que situaciones extremas: **lo totalmente sí** y **lo totalmente no**, mientras que la realidad está hecha, en su mayor parte, de situaciones intermedias, de un **sí** hasta cierto punto, acompañado de un **no** también hasta cierto punto. La gradualidad es lo que resulta incomprensible e inadmisible si todo lo que hay que decir, en la lógica de oraciones o cálculo sentencial, es lo que dice la lógica clásica. Porque, de atenernos únicamente a la lógica clásica, no habría razonamientos lógicamente válidos en que aparecieran, por ejemplo, expresiones como 'no' (a menos que, perpetrando un abuso, violentemos el 'no', forzándolo a ostentar las características de la negación de la lógica clásica); 'un tanto'; 'bastante'; 'un sí es no', etc. Así, la lógica sentencial no contemplaría situaciones en las que están involucrados los **matices de verdad**, con lo cual resultaría

inaplicable para la casi totalidad de los razonamientos usuales, tanto del habla cotidiana como de los saberes particulares. [...]

En la enseñanza de la lógica, el monopolio sigue estando ocupado por una lógica a la que cabe también llamar '**aristotélica**' [...] una lógica es aristotélica si prohíbe tajantemente la contradicción so pena de incoherencia total. [...]

Conviene exponer, sumariamente, algunas de las motivaciones subyacentes en la elección del sistema lógico aquí propuesto. Este sistema viene denominado aquí y en otros lugares '**lógica transitiva**', por ser, ante todo, una **lógica de las transiciones**, un tratamiento formalizado de las situaciones de paso o tránsito; en la misma línea de Leibniz, este enfoque considera a los casos (raros y extremos) de **todo o nada** como casos límite únicamente.

Así pues, el sistema aquí brindado [...] es una lógica **dialéctica**, entendiendo por tal una teoría que reconoce la contradictorialidad y la gradualidad de lo real, o sea: que existen grados de verdad o realidad y también, por consiguiente, de falsedad o irrealidad, y que cuanto es verdadero o real sólo hasta cierto punto —sólo en un grado de verdad no máximo— es también, en uno u otro grado, irreal o falso. Con otras palabras: verdad y falsedad se excluyen, pero no totalmente, sino que, por haber grados inferiores de verdad —que son también grados de falsedad no total—, hay hechos o situaciones que poseen, a la vez, ambas propiedades, en uno u otro grado. Eso sí: ninguna situación contradictoria es totalmente real o verdadera, puesto que contradicción sólo la hay en la medida en que hay gradualidad, de donde se infiere que lo contradictorio, por ser una conyunción de dos verdades, una de las cuales es una negación (débil o simple) de la otra, sólo puede darse en un grado no máximo. [...]

Lo contradictorio está, pues, ligado a lo difuso, siendo **difusa** una propiedad tal que hay algún ente cuyo poseer la propiedad en cuestión es un hecho real o verdadero en alguna medida y, a la vez, también falso e irreal en uno u otro grado. La existencia de una propiedad difusa acarrea la de hechos difusos, verdaderos y falsos a la vez; y, por ende, la de contradicciones. Y no hay contradicción verdadera más que en la medida en que resulta de la existencia de alguna propiedad difusa. [...]

Lo que sí hace falta para articular de manera rigurosa esa concepción dialéctica (esa ontología **gradualista contradictorial**) es distinguir la negación débil, simple o natural, el liso y llano 'no' (= 'es falso que') de la **super**negación o fuerte, del 'no es verdad **en absoluto** que' o 'es **de todo punto** falso que'. Se queda uno boquiabierto al percatarse del desconocimiento de tan elemental y obvio distingo por varias generaciones de adeptos de la lógica clásica, y por muchos filósofos de diversa laya (Peña 1991: 10-17).

A nuestro entender, existe en todas las discusiones éticas sobre la vida y la muerte un error de base: Se considera que ambos fenómenos son discretos, perfectamente separables, claramente diferenciados. [...]

Estas definiciones comunes [las definiciones corrientes de vida y de muerte] nos muestran ese aspecto que habitualmente es obviado: Que ambos fenómenos son un proceso; que no hay una línea clara de demarcación entre los dos; que vida y muerte no son casos de todo o nada; que hay una gradualidad entre ambos procesos. [...]

Y a pesar de todas estas evidencias, hay un empeño en tratar la vida y la muerte como algo discreto y no continuo —con todas las implicaciones éticas que ello conlleva—. Para nosotros, es una consecuencia clara de lo que puede denominarse 'principio de bivalencia' y que se reduce a la conocida ley lógica del tercio excluso: O *A* o no *A*. O eso o aquello. O blanco o negro. Nada puede ser

a la vez *A* y no *A*. Puede decirse, entonces, que la reflexión ética tradicional está determinada y condicionada por la lógica (y la ontología) bivalentes, de raíz aristotélica. [...]

Frente al principio de bivalencia, proponemos el «principio de gradación»: todas las diferencias son de grado. [...]

Volviendo a la cuestión de la eutanasia, nos parece más exacto considerar la vida y la muerte como procesos graduables, como propiedades difusas, y no como fenómenos discretos, que se dan en un instante y dejan de darse al instante siguiente. [...]

A nuestro entender, un enfoque gradualista contribuirá notablemente al análisis de las cuestiones éticas sobre los confines de la vida y, en general, al examen y clarificación de los principales temas de la bioética —la eutanasia, el aborto, la experimentación con seres vivos, la manipulación genética, el diagnóstico prenatal, etcétera.

En lo que se refiere al caso que nos ocupa, el de la eutanasia, el enfoque gradualista nos va a permitir, por un lado, superar las artificiosas dicotomías que se han construido en torno a él: Acciones y omisiones, medios ordinarios y extraordinarios, proporción y desproporción en las intervenciones médicas, se entienden mejor como cuestiones de grado y no como absolutos. Por otro lado, el reconocimiento de la gradualidad de los procesos de vida y muerte nos permite reinterpretar la eutanasia no tanto como un acortamiento de *la* vida, sino más bien como un acortamiento de un proceso de muerte —que muchas veces puede llegar a ser largo, penoso, doloroso y sin ninguna esperanza de recuperación—. La eutanasia es entonces entendida como una abreviación de la agonía, y no una prolongación de esa vida que ya prácticamente no lo es. Claro está que la eutanasia sí cercena de algún modo cierta forma de vida; pero no la vida con mayúsculas, plena, digna, sino una vida muy mermada, casi, casi irreconocible, en un grado pequeño, porque el proceso de muerte ha ganado terreno y está más presente. La eutanasia se convierte así en una abreviación de la muerte, que ya ha ganado terreno a la vida en la existencia de un individuo (Ausín y Peña 1998: 23-28).

1) Dado que el Derecho opera de manera bivalente, esto es, simplifica la realidad de modo que un juez (y, en consecuencia, un abogado, etc.) deberá resolver si el acusado es culpable o inocente, si tal norma es válida o inválida, etc., ¿es ello una razón para dar al menos una prevalencia a la lógica clásica (bivalente) en el razonamiento jurídico? ¿Hay alguna buena razón para defender el uso, en el razonamiento jurídico, de una lógica de tipo clásico? ¿Podría serlo el hecho de que del razonamiento justificativo de los jueces (y de otros operadores jurídicos) puede darse cuenta utilizando los instrumentos de la lógica deductiva clásica?

2) ¿Hay realmente una ventaja en asumir, en el tratamiento de los problemas éticos (o bioéticos), una perspectiva gradualista? ¿No puede también obtenerse la conclusión que los autores desean alcanzar pensando de manera bivalente o dicotómica, esto es, distinguiendo entre la vida biológica y la vida en sentido moral? ¿No invita a ello el que la «lógica» de la moral (como la del Derecho) parezca ser de carácter bivalente, en cuanto, a propósito, por ejemplo, de la eutanasia (o de una determinada acción eutanásica), de lo que se trata es de calificarla como lícita o ilícita?

3) ¿Qué tipo de argumento es el contenido en el párrafo: «Y a pesar de todas estas evidencias... de raíz aristotélica»? Trate de esquematizarlo.

3,C) LA UTILIDAD DE LA LÓGICA DEÓNTICA PARA LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La lógica deóntica (que usualmente se considera surge en 1951 con un artículo de Georg H. von Wright) ha conocido desde entonces un enorme desarrollo (existen innumerables sistemas de lógica deóntica), pero sigue padeciendo un problema de fundamentación que se conoce con el nombre de «dilema de Jørgensen». Eugenio Bulygin, uno de los mayores cultivadores de esa disciplina, expone, en el primero de los textos que siguen, en qué consiste el dilema y muestra que no hay una solución plenamente satisfactoria para salir del mismo, lo que significa que la lógica deóntica —mientras no se resuelva ese problema— no puede dar cuenta satisfactoriamente de las inferencias prácticas. Esa conclusión escéptica sobre el valor de la lógica deóntica para la teoría de la argumentación es más explícita en el caso de von Wright, como resulta de la contestación a una de las preguntas que, en una entrevista efectuada en 1992, le formula precisamente Eugenio Bulygin. Y, en fin, Stephen Toulmin —en el transcurso también de una entrevista llevada a cabo en 1993— llega a considerar el proyecto de desarrollo de la lógica deóntica como «una empresa inherentemente ridícula». He aquí los tres textos:

A) El tema de la interpretación de la lógica deóntica está en buena medida influenciado por el problema que en los años treinta fue formulado por el filósofo danés J. Jørgensen y que desde entonces es conocido en la literatura como el *dilema de Jørgensen*. El dilema se apoya en las cuatro tesis siguientes:

1) En el lenguaje corriente se usan en contextos normativos los términos lógicos típicos tales como «no», «y», «o», «si... entonces», etc., de la misma manera o al menos de una manera muy similar como en el lenguaje descriptivo, lo que sugiere la idea de considerarlos como conectivas proposicionales. Además, se hacen inferencias en las que las normas figuran como premisas y como conclusiones, y tales inferencias tienen todo el aspecto de ser lógicamente válidas. Por lo tanto, hay una lógica de normas que subyace al lenguaje corriente.

2) En la tradición lógica desde Aristóteles hasta nuestros días, las relaciones lógicas de implicación (consecuencia lógica) y contradicción se definen en términos de verdad. (Lo mismo ocurre con las conectivas proposicionales). En consecuencia, sólo expresiones verdaderas o falsas pueden ser objeto del estudio de la lógica.

3) Las normas carecen de valores de verdad.

4) No hay relaciones lógicas entre normas y, por consiguiente, no hay una lógica de normas.

La tesis 4), que se infiere de 2) y 3), contradice la tesis 1), que puede ser considerada como expresión de un hecho preanalítico. Si se quiere evitar la tesis 4), hay que abandonar la tesis 2), o bien la tesis 3). Si, en cambio, se acepta la tesis 4), hay que desarrollar una teoría sustitutiva capaz de reemplazar la lógica de normas para dar cuenta del hecho expresado en 1). Buena parte del desarrollo de la lógica deóntica desde la publicación del primer artículo de von Wright

hasta nuestros días puede ser considerado como una discusión del dilema de Jørgensen.

Bulygin es sumamente escéptico respecto a la posibilidad de abandonar la tesis 3) (aceptar que las normas tienen valores de verdad o algún otro tipo de valor análogo al de verdad), de manera que quedarían dos opciones para escapar del dilema. Una es la de pensar que para dar cuenta de 1), bastaría con construir una lógica de las proposiciones normativas que funcionara como sustituto de la lógica de normas: o sea, los enunciados deónticos (enunciados en los que aparecen términos como «prohibido», «permitido», etc.) serían interpretados en tanto enunciados que describen normas y que, por tanto, pueden ser considerados como verdaderos o falsos. Pero esto le parece insatisfactorio, precisamente porque no puede dar cuenta del razonamiento jurídico (judicial): «la justificación de una sentencia judicial —que tiene carácter normativo— requiere premisas normativas. Esto significa que el juez ha de derivar su decisión de las normas mismas y no de meras proposiciones acerca de las normas. Por eso una lógica de normas es imprescindible». Y piensa más bien que la salida está en aceptar una «lógica sin verdad», aunque Bulygin considera que se trata de una propuesta, cuya viabilidad no habría sido aún demostrada:

> Si se acepta que las normas carecen de valores de verdad, no cabe duda de que una lógica de normas genuina sólo es posible si se amplía el concepto de lógica, de tal manera que las conectivas proposicionales y los conceptos de implicación (consecuencia) lógica y de consistencia puedan ser definidos sin hacer referencia a la noción de verdad. Una propuesta en tal sentido fue formulada recientemente en Alchourrón-Martino [...] Estos autores proponen definir la noción de consecuencia lógica sobre la base del concepto abstracto de consecuencia (caracterizado por Tarski), que se usa como concepto primitivo y que no es ni sintáctico, ni semántico. [...]
>
> Esta propuesta consiste fundamentalmente en justificar la idea, ya expresada en von Wright 1957, de que el campo de la lógica es más amplio que el de la verdad[7]. [...] es claro que si tal propuesta resultara viable, se lograría un terreno firme para fundamentar una lógica de normas (Bulygin 1995: 130-131, 140-141).

B) [Eugenio Bulygin] *¿Cuál es en tu opinión la importancia de la lógica deóntica para la filosofía del Derecho?*

[Henrik von Wright] Sobre esta cuestión no tengo una opinión definida. La razón es que soy demasiado ignorante de la teoría jurídica, a pesar de la lectura de Kelsen y Hart y más tarde también de Aarnio, Dworkin, Perelman y otros. Entiendo que la cuestión es problemática. Implícitamente, sin embargo, estoy convencido de que la lógica deóntica es importante para todo intento de comprender la estructura conceptual de los órdenes normativos. Pero estoy dispuesto a conceder

7. Una líneas antes, Bulygin escribe que «en los últimos años justamente von Wright, uno de los fundadores de la lógica deóntica, se ha vuelto escéptico respecto de su posibilidad [de encontrar una fundamentación satisfactoria para la lógica de las normas]» (sobre esto, *vid.* el texto que sigue de von Wright).

que puede haber distintos enfoques para la comprensión del derecho para los cuales la lógica deóntica es menos útil. Por ejemplo, la hermenéutica de los textos jurídicos y el estudio de la argumentación jurídica. [...]

[E. B.] *Has cambiado varias veces en el transcurso de los años tu posición respecto de la interpretación de la lógica deóntica [...]¿Cuál es tu posición ahora? ¿Piensas que a pesar del hecho de que las normas carecen de valores de verdad, una genuina lógica de normas es, después de todo, posible?*

[H. vs. W.] [...] Como indicas en tu pregunta, mis opiniones han sufrido muchos cambios. En *Norma y acción* acepté el punto de vista de que la lógica deóntica se ocupa primariamente de las proposiciones que dicen que tales y cuales normas existen, pero también refleja las peculiaridades conceptuales de las normas mismas. Esta posición es insatisfactoria, pues convierte la lógica deóntica en un «matrimonio» entre algo lógico y algo alógico.

Más tarde, en los años setenta y al comienzo de los ochenta, mis puntos de vista cambiaron en forma más radical, acercándose a un «nihilismo lógico» parecido a la posición de Kelsen en su vejez. Puesto que las normas carecen de valores de verdad, no puede haber entre ellas relaciones lógicas genuinas. Esta concepción, sin embargo, ¡tenía que reconciliarse con el hecho de que la lógica deóntica efectivamente existía! Pensé que esto era posible invocando la noción de racionalidad (actividad racional creadora de normas) para explicar la apariencia de las relaciones lógicas entre normas. De esta manera se podía «rescatar» la lógica deóntica de la destrucción y justificar los esfuerzos de los lógicos para seguir desarrollándola.

Todavía mantengo fundamentalmente este punto de vista sobre el estatus lógico de las normas —pero con una modificación importante—. Pienso ahora que las relaciones que gobiernan la legislación racional son genuinamente lógicas. Esta concepción tiene afinidades con los esfuerzos de Alchourrón y Martino para desarrollar una lógica sin verdad [...]. Lo que hace que la lógica deóntica sea filosóficamente importante es —diría yo— que la lógica tiene, efectivamente, «un alcance mayor que la verdad» [...]

Al mismo tiempo, sin embargo, ha ocurrido una nueva radicalización de mis pensamientos. Me he vuelto escéptico respecto del uso de las conectivas proposicionales (palabras tales como «no», «y», «o», etc.), tanto para unir formulaciones normativas genuinas como para enunciar los contenidos de las normas. Si mi crítica está justificada, requerirá un cambio de las concepciones corrientes de cómo ha de ser construido un sistema formal (cálculo) de la lógica deóntica. Queda por ver si los lógicos aceptarán esta idea (Bulygin 1992: 386).

C) [Manuel Atienza] *[E]n el libro del que hemos hablado*, The Uses of Argument, *usted opuso una concepción aristotélica de la lógica a una lógica operativa. La cuestión es que después de la publicación de este libro se han producido muchos cambios en la lógica. Tenemos desarrollos de la lógica modal, lógica deóntica, lógicas no clásicas, lógicas no bivalentes en general, lógicas no monotónicas, etc. [...]: ¿piensa usted que el contraste que establecía estaba justificado en aquel momento, pero no hoy, o sigue pensando que el paradigma de la lógica es, en cierto modo, el mismo?*

—[Stephen Toulmin] [...] Lo que yo pretendía era establecer una contraposición entre una concepción del razonamiento que considera al razonamiento como una actividad que tiene lugar dentro de una situación humana y en el contexto de unos determinados intereses, etc., y una concepción del razonamiento humano que considera éste como una relación interna entre proposiciones. Ahora bien, si nos remontamos 35 años atrás [el libro mencionado se publicó en 1958], la filosofía del siglo XX tenía que experimentar todavía muchos cambios, y lo que ha suce-

dido mientras tanto dentro de la filosofía ha dado lugar a una situación en la que la mayoría de la gente piensa ahora acerca de la filosofía del lenguaje en términos de emisiones, de juegos de lenguaje, de formas de vida, de locuciones, de realizaciones lingüísticas [...] De modo que la actitud hacia la lógica que compartieron filósofos como Russell, Quine y Church, a saber, que el tema de la lógica son las relaciones internas entre proposiciones, es una actitud que hoy está realmente en declive, o por lo menos no es ya la posición dominante, o al menos no lo es en la filosofía angloamericana. [...] Pero ahora, hablando 35 años después, yo diría que fue un error por mi parte sugerir que Aristóteles tuviese la misma concepción de la lógica que Russell. [...] Así, yo entiendo todo el *Organon* de Aristóteles como un análisis exhaustivo de los diferentes aspectos del razonamiento, de la racionalidad y, así, decir que algo es *logikós* es decir que es razonable o racional, no es decir que es lógico en el sentido estrecho de la concepción que Russell-Church tienen de la lógica. [...] Yo encuentro todas esas cosas [...] todos esos sistemas formales de lógica modal y lógica deóntica [...] como algo esencialmente aburrido. Pienso que quienes se dedican a todas esas cosas deliberadamente construyen sistemas formales que no tienen ningún interés práctico para nosotros a la hora de enfrentarnos con las cuestiones realmente vivas acerca de la verdad o del valor o de cualquier otro tema de esta especie. [...] [E]n el libro que acabo de mencionar, *The Abuse of Casuistry* [Jonsen y Toulmin 1988], no se me habría ocurrido ni mencionar la lógica deóntica, porque cuando tratamos de ver cómo el razonamiento moral opera en la práctica, se parece mucho más a lo que yo digo en *The Uses of Argument* que a nada que tenga que ver con la lógica deóntica. Es decir, la lógica deóntica es una tentativa de presentar de una manera formal los aspectos de la vida que son esencialmente no formales y en ese aspecto se sale del tema, es decir, lo eluden... [...]

[M. A.] *Quizás podría pensarse que en relación con la lógica no monotónica la cuestión es distinta, porque los autores que construyen esa lógica tratan de aproximarse a la argumentación de la vida cotidiana.*

[S. T.] Tratan de hacerlo, pero esto es para mí como insistir en andar por la calle con grilletes en los tobillos. Esto es, siempre podemos decir: «mira, podemos caminar, aun cuando llevamos grilletes formales en los tobillos». [...] Por ejemplo, ha habido gente que ha tratado de emplear el cálculo de la lógica polivalente para resolver problemas de mecánica cuántica. El resultado no ha sido muy alentador: pero al mismo tiempo pienso que merecía la pena intentarlo. No creo que se tratase de una empresa inherentemente ridícula en la forma en que creo que la lógica deóntica es una empresa inherentemente ridícula [...]. Todos estos sistemas formales abstractos, como los de la lógica deóntica e incluso los de la lógica no monotónica, etc.; todos ellos están escritos dentro de una tradición de abstracción y construcción teorética que para mí está comprometida hasta la médula con el programa platónico de desarrollar una *episteme*. Pues bien, en los libros I y II de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles explica de forma muy clara por qué, cuando estamos tratando de asuntos concernientes a la política y a la ética, el objetivo de alcanzar *episteme*, «ciencia», o de hacer *episteme*, «ciencia», es un objetivo intrínsecamente equivocado, no es el objetivo que uno puede esperar alcanzar en tales campos. Tengo que añadir que yo realmente sólo llegué a entender en profundidad, de verdad, aquello a que Aristóteles está apuntando en tales argumentos, tras haber pasado diez años trabajando con médicos que se dedicaban a la medicina clínica. [...] Creo que lo que los abogados y jueces tienen que hacer se parece mucho más a lo que el médico clínico tiene que hacer por un paciente particular en una situación particular que a ninguna clase de tarea teorética, sea ésta la de un lógico formal, un ético formal, o incluso la de alguien que trabaja en medicina teórica. Y la razón tiene que ver con lo que Aristóteles dice: en cualquier campo que esté organizado como

una *episteme*, uno empieza siempre practicando desde el principio una abstracción, trazando una línea alrededor de las cuestiones de que uno se ocupa, y considerando sólo los ejemplos que se conforman con tal abstracción. Mientras que el médico y el juez no tienen la oportunidad de practicar una abstracción de esa especie, y de decir «no voy a considerar este caso porque es muy confuso, y no puedo decir nada claro sobre él». Tienen que tomar decisiones porque ése es su oficio, y no pueden practicar esa inicial abstracción por mor de la claridad teorética, que es el primer paso que siempre nos sentimos legitimados a dar dentro de una ciencia cuando buscamos clarificar nuestras teorías e ideas (Atienza y Jiménez 1993).

1) A la vista de todo lo anterior: ¿Tiene o no sentido el estudio de la lógica deóntica para entender el razonamiento jurídico?

3,D) LAS INSUFICIENCIAS DE LA LÓGICA DEÓNTICA

En lengua castellana, uno de los mayores cultivadores de la lógica jurídica en las últimas décadas ha sido Rafael Hernández Marín. Pero este autor (por paradójico que pueda parecer) es un escéptico en relación con la lógica deóntica o lógica de normas. Su escepticismo se basa fundamentalmente en razones de tipo conceptual: en su opinión, para dar cuenta del razonamiento judicial de carácter justificativo, basta con la lógica ordinaria; pero también (al menos marginalmente) tiene que ver con una serie de insuficiencias que, a su juicio, pueden destacarse en el desarrollo de la lógica deóntica desde sus inicios en los años cincuenta del siglo XX:

Al margen de ello, la denominada «lógica de normas» desarrollada hasta ahora adolece de muchas insuficiencias que la incapacitan para proporcionar el sólido motor de inferencia (como dicen los informáticos) que sería necesario para concebir, o para reconstruir, el Derecho como un sistema lógico. Yo observo cinco insuficiencias en la actual lógica de normas:

1) En lógica de normas, salvo algunas pocas tesis, casi todo es discutido: no sólo las reglas lógicas, sino incluso las reglas sintácticas, que definen los formalismos. El contraste a este respecto con la lógica clásica, de enunciados asertivos, es tremendo. El cuerpo central de la lógica de enunciados asertivos es aceptado unánimemente en el mundo entero (con las salvedades y precisiones que se quieran).

2) En las discusiones acerca de las reglas lógicas de la lógica de normas, acerca de las paradojas (reales o aparentes) detectadas en esta lógica, etc., no se sabe cuáles son los criterios de control. Uno no sabe cómo decidir cuál de las opiniones enfrentadas acerca de un problema concreto es la correcta.

Ello es consecuencia del problema planteado por el dilema de Jørgensen: tratándose de enunciados prescriptivos, no está claro qué significa decir que un enunciado se deduce de otro (una vez que el término «deducir» no se entiende en el sentido tradicional).

3) Los estudiosos de la lógica de normas, salvo contadas excepciones, son poco escrupulosos a la hora de distinguir entre niveles de lenguaje, concretamente, a la hora de distinguir entre el lenguaje-objeto de los enunciados prescriptivos y el metalenguaje de los enunciados asertivos acerca de los enunciados prescriptivos.

4) La lógica de normas desarrollada hasta ahora no tiene en cuenta la existencia en el Derecho de enunciados no prescriptivos, de esos enunciados que yo

llamo «enunciados cualificatorios» («reglas conceptuales» en la terminología de E. Bulygin, o «reglas constitutivas», en otras terminologías).

5) La quinta y última insuficiencia que observo en la lógica de normas consiste en que, salvo alguna excepción aislada, la lógica de normas desarrollada hasta ahora, por ejemplo, el denominado «sistema estándar», se ha detenido en la lógica de conectivas (también denominada «lógica de enunciados» o «lógica proposicional»), que es la parte más elemental de lo que técnicamente se denomina «lógica elemental». La lógica de normas no ha llegado a la lógica de cuantificadores o predicados (Hernández Marín 2003: 87-88).

1) ¿Cree que tiene razón Hernández Marín al considerar que la lógica deóntica es innecesaria para dar cuenta del razonamiento judicial justificativo? ¿Es cierto que las premisas del razonamiento judicial que llevan a la conclusión de «debo condenar...» tienen carácter puramente asertivo? Téngase en cuenta que este autor distingue, en la actividad judicial de aplicación del Derecho, dos aspectos: la formulación de la decisión o fallo («condeno...»), y la justificación de la decisión («debo condenar...»). Y que su tesis se refiere a lo segundo: «el razonamiento *justificatorio* del juez pretende alcanzar la conclusión, *asertiva*, de que él, el juez, está obligado por el Derecho, o por una determinada norma jurídica, a hacer algo, concretamente, a formular una decisión de cierto tipo [...] [la] parte dispositiva suele comenzar de la siguiente manera: 'Por consiguiente, debo condenar a Fulano a tal pena', que es una elipsis de 'Por consiguiente, según el Derecho, estoy obligado a condenar a Fulano a tal pena' [...]. Para alcanzar esta conclusión asertiva el juez utiliza como premisas las aserciones contenidas en la parte no dispositiva de la sentencia. De estas aserciones, unas son acerca de enunciados jurídicos [...]; otras son acerca de hechos contemplados por dichos enunciados jurídicos» (p. 93).

2) ¿Qué le parecen las razones aducidas para explicar el insuficiente desarrollo de la lógica deóntica? ¿Es tan aceptable su afirmación de que en la lógica ordinaria existe un consenso prácticamente unánime en lo que puede considerarse como su «cuerpo central» (*vid.* III,3,B)?

4,A) QUÉ ES EL RAZONAMIENTO ABDUCTIVO

Se ha escrito mucho a propósito del tipo de argumento que el filósofo Charles S. Peirce (1839-1914), fundador del pragmatismo, denominó «abducción» o también «razonamiento hipotético» o «retroducción». Como se ha indicado en el texto, si la noción de argumento se ve desde una perspectiva puramente formal, entonces las abducciones serían inducciones, esto es, argumentos en los que (a diferencia de lo que ocurre con las deducciones) el paso de las premisas a la conclusión no puede calificarse como «necesario». Pero Peirce tenía un concepto muy amplio de lógica, no coincidente con el de lógica formal, y veía en la abducción un procedimiento —un tipo de razonamiento— necesario para poder explicar los descubrimientos científicos: la abducción formaría parte, enton-

ces, del contexto de descubrimiento, mientras que la inducción operaría en el contexto de la prueba o de la justificación del descubrimiento.

La noción de argumento abductivo en Peirce dista de estar clara, en parte, porque él no la expuso de manera sistemática, sino en forma fragmentaria, a través de diversos textos que se publicaron después de su muerte. Pero se trata de un concepto sumamente fértil y que ha interesado no sólo a los lógicos y a los filósofos de la ciencia, sino también a los semiólogos, a quienes trabajan en inteligencia artificial o a los juristas. La razón de ello es que ese tipo de razonamiento parece servir para dar cuenta de las inferencias que llevan a cabo los detectives, los médicos, los jueces y los fiscales, los historiadores o la gente común y corriente que, en su vida cotidiana, se encuentra con la necesidad de formular hipótesis para explicarse algún hecho sorprendente. Veamos algunos textos al respecto.

A) El propio Peirce parece haberse visto implicado en una situación en la que tuvo que actuar —digamos— como un detective y utilizar ese método de razonamiento. En una ocasión se le sustrajeron un abrigo y un reloj de pulsera que había olvidado en un barco. Sospechó que el autor había sido un determinado camarero del barco, pero este último no lo reconoció. Al cabo de unos días, recuperado ya el reloj (que había ido a parar —como Peirce había «adivinado»— a manos de un prestamista), el filósofo fue, acompañado por un detective, a la casa del camarero, donde suponía que estarían la cadena del reloj y el abrigo. He aquí el relato que él mismo hace:

> [...] En aquella habitación [en la que había dos mujeres] no vi ningún sitio donde pudiera estar la cadena, y entré en otra. Había pocos muebles aparte de una cama de matrimonio y un baúl de madera en el rincón más apartado de la cama. Dije: «Bien, mi cadena está en el fondo de aquel baúl, bajo la ropa; voy a cogerla...». Me arrodillé y, afortunadamente, el baúl estaba abierto. Al ir sacando la ropa, iba acercándome a mi cadena. La até inmediatamente a mi reloj y mientras lo hacía, me di cuenta de que la segunda mujer [...] había desaparecido, a pesar del enorme interés que había puesto al principio en mi manera de proceder. «Ahora —dije— tan sólo me falta encontrar mi abrigo» [...] La mujer meneó los brazos de izquierda a derecha y dijo: «Le invito a registrar toda la casa». Yo le contesté: «Estoy en deuda con usted, señora, por este tan extraordinario cambio de tono que ha experimentado desde que empecé a hurgar en el baúl y con ello me convence de que el abrigo no está aquí...». Así pues, salí del piso y entonces me di cuenta de que había otra vivienda en el mismo rellano.
>
> [...] Miré por encima de sus hombros [ahora Peirce está en el piso de enfrente] y vi un reservado, bastante respetable, con un hermoso piano. Y encima del piano había un paquete bien hecho, con la medida exacta y forma justa para contener mi abrigo. Le dije: «He llamado a la puerta porque aquí hay un paquete que me pertenece; oh, sí, ya lo veo; sólo pretendo cogerlo». De esta manera, cortésmente, las aparté para poder entrar, cogí el paquete, lo abrí, encontré mi abrigo y me lo puse (Sebeok y Umiker-Sebeok 1987: 28-29).

Obviamente, el razonamiento del filósofo (la anécdota habría ocurrido en 1879) recuerda mucho a los de Sherlock Holmes, y de ahí el título de la obra de la que está sacado el anterior relato: *El método de la investigación*. En la misma, se recogen otros fragmentos de escritos de Peirce con ejemplos de inducción abductiva o hipótesis (como antes se ha dicho, la terminología es cambiante), referidos a la vida cotidiana:

Pero supongamos esto, mientras estoy viajando en tren, alguien me llama la atención sobre un hombre que está cerca de nosotros y me pregunta si no tendrá nada que ver con un sacerdote católico. Empiezo a dar vueltas a mi cabeza sobre las características observables de los sacerdotes católicos normales para ver cuántas comparte este hombre. Las características no se pueden contar o medir. Su significado relativo, referente a la pregunta formulada, sólo puede estimarse imprecisamente. Además, la pregunta en sí misma no admite respuesta exacta. Sin embargo, si el estilo en el vestir —botas, pantalones, abrigo y sombrero— es el de la mayor parte de los sacerdotes católicos americanos, si sus movimientos les son característicos, delatando un similar estado de nerviosismo, y si la expresión del rostro, resultado de una determinada y larga disciplina, puede serlo; aunque hay una característica muy poco propia de un sacerdote romano: lleva un emblema masónico. Puedo afirmar que no es un sacerdote, pero lo ha sido o ha estado a punto de serlo. Este tipo de inducción vaga, la llamo una inducción abductiva (*ibid.*: 72-73).

En cierta ocasión desembarqué en un puerto de una provincia de Turquía y subí, paseando, a una casa que iba a visitar. Encontré a un hombre encima de un caballo, rodeado de cuatro jinetes que sostenían un dosel sobre su cabeza. El gobernador de la provincia era el único personaje que puede tener tan gran honor, por tanto, inferí que aquel hombre era él. Esto era una hipótesis (*ibid.*: 73).

B) Conan Doyle, el autor de los relatos de Sherlock Holmes, era médico, y parece que creó a su personaje basándose en la figura de uno de sus profesores en la Facultad de Medicina (Joseph Bell), que poseía una excepcional habilidad para hacer diagnósticos. No es de extrañar, por ello, que los métodos del detective hayan servido a su vez de modelo para crear el personaje central, el médico, que da nombre a la famosa serie de televisión, *House.* Con ello, podríamos decir, el círculo se cierra. *Blitris* (que es el nombre de un colectivo formado por cuatro filósofos italianos: M. C. Amoretti, D. Porello, S. Regazzoni y Ch. Testino) ha utilizado también la idea de abducción de Peirce para dar cuenta de la «lógica» de *House*:

Cuando nos encontramos frente a un hecho inexplicado *B* y nos damos cuenta de que, si valiera una correlación entre *B* y una cierta hipótesis *A* que formulamos, entonces *B* sería explicado por nuestra hipótesis, podemos concluir que hay buenas razones para considerar que la hipótesis *A* es verdadera. Ésta, dicho brevemente, es la estructura de la abducción definida por Peirce, o sea, un razonamiento que «va de los efectos a las causas» [...] introduciendo una hipótesis explicativa. Si se quiere representar un razonamiento abductivo mediante la escritura que hemos usado para las inferencias, podemos escribir:

B
Si valiera A, entonces B

A

La leemos de esta manera: dado un cierto hecho inexplicado *B*, si valiera la correlación entre *A* y *B*, entonces *B* sería explicado por *A*; podemos, por tanto, concluir que hay razones para sospechar que *A* es verdadero. [...]

La conclusión *A* del procedimiento abductivo, que no se sigue deductivamente de las premisas, representa la nueva información puesta en juego, que deberá después ser verificada mediante procedimientos inductivos [...] o bien, en la práctica médica, mediante test o terapias que podrán revelarse o no eficaces.

Peirce ve en la estructura de la abducción el procedimiento a través del cual se obtiene nueva información: «es el único tipo de argumento que genera una nueva idea» [...] y es «el primer paso del razonamiento científico» [...]. Además, la abducción describe bien la estructura del razonamiento peculiar que lleva a detectives como Sherlock Holmes a resolver sus casos. La abducción permite, por lo tanto, generar una nueva idea como explicación del hecho inexplicado al que hay que enfrentarse. El precio que pagar es que nuestra explicación puede ser equivocada.

Peirce, después de haber definido la abducción, desarrolla los criterios mediante los cuales una cierta hipótesis introducida en la abducción constituye una *buena* hipótesis. Los criterios, por ejemplo, son que la hipótesis sea explicativa (que explique el mayor número de hechos posible), que sea verificable (es decir, que se pueda establecer su confiabilidad), y que sea económica, es decir, que sea simple de verificar o de falsificar. Para citar un ejemplo de *House*, al inicio de [uno de los episodios de la serie] *Padres e hijos* [...], sólo porque la madre de un paciente ha tenido un accidente mortal en automóvil, House establece la hipótesis de que el problema del paciente puede ser genético. Efectivamente, aunque no haya muchas razones que validen una hipótesis de este tipo, sin embargo, Peirce la justificaría porque basta un test de ADN para que la hipótesis resulte verificada y falsada. También una hipótesis equivocada puede ser una buena hipótesis, si podemos descartarla rápidamente sin tener que seguir tomándola en consideración. [...]

Pero en aquella particular situación [se trataba de justificar la presencia de un tumor a partir del efecto que éste tendría sobre el paciente], ¿qué estaban haciendo House y su equipo? Estaban frente a un caso por resolver, esto es, estaban tratando de encontrar una *hipótesis* que explicase los síntomas del paciente.

Podemos, por tanto, describir el razonamiento tomando en préstamo los términos que Peirce usa para describir la abducción. House y su equipo se encuentran frente a un caso no explicado: los síntomas del paciente. Si valiera la hipótesis del tumor, entonces los síntomas se explicarían. Por tanto, se puede introducir la hipótesis del tumor y verificarla. Utilizando el esquema de la abducción, tenemos:

Un paciente presenta los síntomas *S*
Si el paciente tuviera un tumor, *entonces* presentaría los síntomas *S*

El paciente tiene un tumor

Sin embargo, en este caso, ¿cómo se prueba la hipótesis del tumor si no ha sido detectado por los test? Se necesita otra abducción, la que explica «cómo haces para probar la existencia de algo que no ves» [...]. Se asume que el tumor en cuestión produce cierto efecto. Aquí, el hecho inexplicado es la existencia del tumor, porque no hay elementos para validar la hipótesis. Si se produce un cierto

efecto, entonces existe el tumor. Se concluye, por tanto, que es razonable considerar la hipótesis de que ese determinado efecto tiene lugar:

El paciente tiene un tumor
Si se produce un determinado efecto, *entonces* el paciente tendría el tumor

---

Se produce ese efecto

Ésta puede considerarse como una reconstrucción formal del proceso que lleva a House del problema a su solución: una doble abducción, la primera que sirve para poner en juego la hipótesis del tumor; la segunda que sirve para poner en juego una hipótesis para verificar la hipótesis del tumor.

Las hipótesis aquí introducidas se refieren a leyes conocidas, la correlación entre la presencia de un tumor y la producción de un cierto efecto. House ha ido, pues, a buscar, entre las diversas leyes preexistentes que el diagnóstico pone a su disposición, la que servía para el caso en cuestión (Amoretti *et al.* 2007: 159-165).

C) La idea de aplicar ese esquema de la abducción al Derecho surge también de forma más o menos natural. Al tratar el tema de la reconstrucción judicial de los hechos, Perfecto Andrés Ibáñez da cuenta de cómo ese trabajo se ha asimilado al del historiador y al del detective (cita al respecto obras de diversos autores italianos). Pero considera que el valor del modelo es limitado y que el estudio del operar judicial obedecería a un modelo inductivo:

La búsqueda de puntos de referencia metodológicos que puedan ser analógicamente explicativos de la naturaleza del trabajo del juez en materia de hechos, no se ha detenido en su asimilación al historiador.

Como es bien sabido, la investigación judicial parte de la constatación empírica de que se ha producido un determinado resultado. Un resultado anómalo, es decir, que rompe la normalidad. Desde esa evidencia primaria, llevada al juez habitualmente con un conjunto de otros datos, éste tratará de reconstruir *el caso* en la totalidad de sus elementos integrantes.

Este modo de proceder a partir de *indicios* guarda relación con el modelo de la semiótica médica (donde el «indicio» es el «síntoma»), pero presenta también una cierta homología con el «razonar hacia atrás» de Sherlock Holmes.

Por eso, no tiene nada de extraño que filósofos y semiólogos se hayan ocupado del método de investigación criminal del personaje de Doyle con profundo interés; creyendo haber encontrado en él una expresión del pensamiento de Ch. S. Peirce acerca de la hipótesis o abducción.

Más recientemente, Fassone, siguiendo las observaciones de Eco sobre el particular, ha llevado directamente el punto de vista de Peirce al terreno de la reflexión sobre la prueba judicial.

En este planteamiento, el juez opera en su averiguación a partir del conocimiento del resultado y de una *regla* que actúan como premisas. [...]

De este modo, cabe concluir con Besso Marchais que «el razonamiento abductivo puede proponerse como un modelo útil de descripción de momentos diversos y anteriores respecto al de la valoración de las pruebas y resulta, así, de utilidad bastante limitada a los fines de nuestro discurso». Por eso, y como en seguida se expone, siguiendo a Ferrajoli, parece que se puede dar cuenta de la estructura del operar judicial acudiendo al modelo inductivo (Andrés 1992: 274-275 y 277).

Por su parte, Pablo Bonorino arranca de un conocido fragmento de la primera historia protagonizada por Sherlock Holmes, *Estudio en escarlata*, como ejemplo de procedimiento de resolución de problemas que podría ser útil trasladar al campo del contexto de descubrimiento de las teorías científicas (aunque le parece que el modelo —analiza varias obras de Schuster, Peirce y Hanson— no está suficientemente elaborado) y también al razonamiento judicial en materia de prueba. He aquí el texto de Conan Doyle:

Yo descubrí que usted [se refiere a Watson] había venido del Afganistán. Por la fuerza de un largo hábito, el curso de mis pensamientos es tan rígido en mi cerebro, que llegué a esa conclusión sin tener siquiera conciencia de las etapas intermedias. Sin embargo, pasé por esas etapas. El curso de mi razonamiento fue el siguiente: «He aquí a un caballero que responde al tipo de hombre de Medicina, pero que tiene un aire marcial. Es, por consiguiente, un médico militar con toda evidencia. Acaba de llegar de países tropicales, porque su cara es de un fuerte color oscuro, color que no es natural de su cutis, porque sus muñecas son blancas. Ha pasado por sufrimientos y enfermedad, como lo pregona su cara macilenta. Ha sufrido una herida en el brazo izquierdo. Lo mantiene rígido y de una manera forzada... ¿En qué país tropical ha podido un médico del Ejército inglés pasar por duros sufrimientos y resultar herido en un brazo? Evidentemente, en el Afganistán». Toda esa trabazón de pensamiento no me llevó un segundo. Y entonces hice la observación de que usted había venido del Afganistán, lo cual lo dejó asombrado.

Y éste es el comentario de Bonorino:

Holmes sostiene que su método debe «tanto a la observación como a la deducción» [...] Sin embargo, pareciera que en este tipo de procedimientos, la deducción y la observación solas no bastan, se intuye la presencia de otros elementos relevantes para explicar el proceso que lleva a la solución de un problema como el presentado.

Así lo entienden la mayoría de los autores que tratan el tema, el que, por otra parte, ha llamado la atención desde distintas áreas y que se ha intentado explicar de diversas maneras.

Lo que motiva estos trabajos es la creencia de que elucidando el procedimiento utilizado paradigmáticamente en las novelas policiales, podría lograrse un aporte importante a la metodología de la investigación científica. Dicho procedimiento parece ser el mismo que se emplea en cualquier investigación tendiente a resolver un problema. El aspecto más relevante consiste en que con el mismo se puede abarcar la actividad generadora de nuevos conocimientos, comúnmente ubicada en el denominado «contexto de descubrimiento». Si se logra dar cuenta de estos procedimientos, entonces también podría hablarse de «métodos de descubrimiento», los que si bien distarían de ser de aplicación mecánica, permitirían ampliar el marco de racionalidad, acotado generalmente al «contexto de justificación» y restringido al uso de la lógica deductiva.

Comencé a interesarme en la cuestión, pues entreví la posibilidad de utilizarla con provecho en el estudio de ciertos aspectos del fenómeno jurídico. Principalmente, la imaginé como la herramienta teórica capaz de dar cuenta de una de las tareas más importantes que se llevan a cabo en un proceso judicial: la prueba de los hechos (Bonorino 1993: 207-208).

Bonorino no ofrece (en el anterior trabajo) ningún ejemplo de razonamiento jurídico que obedezca a ese modelo, quizás porque lo que allí le interesa es la elaboración del modelo general de abducción. Valga entonces el siguiente:

Veamos el siguiente ejemplo [de razonamiento abductivo] extraído de una sentencia reciente de la Audiencia Provincial de Alicante (477/89). *A* y *B* son acusados de delito de tráfico de drogas tipificado en el artículo 344 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante del artículo 344 bis a) 3.º, pues la cantidad de heroína que se les aprehendió (más de 122 gramos de heroína pura) debe considerarse —de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo— como de «notoria importancia». La droga había sido encontrada por la policía en la almohada de una cama de matrimonio situada en la habitación de un piso en el que —cuando la policía entró para efectuar el registro— se encontraban *A* y *B* (un hombre y una mujer, respectivamente). En la vista oral, el abogado defensor y los acusados, *A* y *B*, sostienen que aunque los dos últimos vivieran juntos en el mismo piso, sin embargo, no tenían entre sí más que una relación de amistad, utilizaban habitaciones distintas y, concretamente, *B* no tenía conocimiento alguno de la existencia de la droga. Como consecuencia de ello, el abogado defensor, en sus conclusiones definitivas, solicitó la libre absolución para *B*. La sentencia, sin embargo, en uno de sus «antecedentes de hecho», consideró como «hecho probado» que *A* y *B* compartían la habitación referida y que, en consecuencia, *B* tenía conocimiento y había participado en la actividad de tráfico de drogas que se les imputaba a ambos. La justificación que aparece es ésta: «Los acusados (*A* y *B*) compartían la habitación referida, como lo prueba, a pesar de las declaraciones en contra de los acusados en el juicio oral, que manifestaron no ser más que simples amigos, el testimonio de los dos policías que efectuaron el registro y que manifestaron que ésa era la única cama que estaba deshecha (el registro se efectuó a las 6 de la mañana) y en cuya habitación estaban todos los efectos personales de los acusados, y el hecho de que en escrito al juez de instrucción (dirigido mientras *A* estaba cumpliendo prisión provisional) [...] el acusado (*A*) se refiere a *B* como a 'mi mujer'». Esquemáticamente:

Sólo había una cama deshecha en la casa.

Eran las 6 de la mañana cuando ocurrió el registro.

Toda la ropa y efectos personales de *A* y *B* estaban en la misma habitación en que se encontraba la cama.

Meses después *A* se refiere a *B* como «mi mujer».

Por tanto, en la época en que se efectuó el registro, *A* y *B* mantenían relaciones íntimas (y, en consecuencia, *B* conocía la existencia de la droga) (Atienza 1991: 37-38).

1) Si aceptamos que la abducción tiene la forma lógica antes señalada y que Peirce representaba así: «El sorprendente hecho *C* es observado. Pero si *A* fuera verdadera, *C* sería corriente. De aquí resulta que hay razones para suponer que *A* es verdadera» (Bonorino 1993: 210)[8]: ¿se podrían poner en esa forma todos los ejemplos de abducciones señalados? Así, en relación con el último, ¿podría aceptarse que su forma lógica es la siguiente?:

8. Esa forma lógica se encuentra en Charles S. Peirce, *Collected Papers* (1931 ss.), pasaje 5.189.

— Se observan (se dan como probados) los siguientes hechos: sólo había una cama deshecha en la casa; el registro se hizo a las 6 de la mañana; toda la ropa y efectos personales de *A* y *B* estaban en la misma habitación en que se encontraba la cama; meses después (del registro) *A* se refiere a *B* como «mi mujer».

— Pero si fuera verdadero que *A* y *B* mantenían (en la época del registro) relaciones íntimas y que, por tanto, *B* conocía la existencia de la droga, entonces los hechos de la anterior premisa serían corrientes.

— De aquí resulta que hay razones para suponer que es cierto que (en la época en que se efectuó el registro) *A* y *B* mantenían relaciones íntimas y que, por tanto, *B* conocía la existencia de la droga.

¿Pero qué diferencia hay entre verlo así, o bien como una inducción (en el esquema del texto, podría entenderse que falta una premisa —estaría implícita— que diría aproximadamente que «si se dan los hechos... entonces es probable que en la época en que se efectuó el registro....»); o como una deducción (para lo cual, lo único que necesitaríamos es suprimir el «es probable» de la anterior premisa)? ¿Importa realmente cuál sea la forma lógica que elijamos para representar el argumento? ¿Por qué?

2) La forma de la abducción que hemos visto, ¿no es la de una conocida falacia lógica, la de la afirmación del consecuente? ¿O habría que decir que no se incurre en la falacia porque la conclusión no se acepta más que como una hipótesis? ¿Pero no cabe cometer falacias cuando se argumenta de manera abductiva? Si fuera posible cometerlas, ¿cuándo ocurriría esto?

3) ¿Resulta, en definitiva, aceptable la idea expuesta en el texto de que la abducción es una inducción que se caracteriza porque cumple una función heurística y porque tiene un carácter derrotable o revisable, ya que trata de captar el proceso y no el resultado del razonamiento? ¿Sería ésta la misma idea que está presente ya en Peirce cuando sostuvo que los tres tipos de razonamiento serían etapas de un mismo método o procedimiento? En la voz «Abducción» del *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Atocha Aliseda escribe lo siguiente: «El desarrollo de una lógica de la indagación ocupó el pensamiento de Peirce desde el inicio de su trabajo intelectual. En un principio, esta lógica está compuesta por tres modos de razonamiento: deducción, inducción e hipótesis, cada uno de los cuales es un proceso independiente de prueba y corresponde a una forma silogística. Posteriormente, Peirce considera estos tres tipos de razonamiento como tres etapas en un método para la indagación lógica, en donde la hipótesis, ahora denominada abducción, es la primera de ellas: 'de su sugerencia (abductiva), la deducción puede inferir una predicción que puede ser puesta a prueba por la inducción' [...]. La noción de abducción se hace más compleja y se convierte en 'el proceso de construir una hipótesis explicativa' y la forma silogística se sustituye por la siguiente forma lógica [la que antes veíamos]» (Aliseda ^{2}2012: 18-19).

5,A) LOS ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS SEGÚN TARELLO

En varios de sus escritos, Giovanni Tarello presentó una tipología de argumentos jurídicos que ha tenido una considerable influencia: por ejemplo, en el análisis de los argumentos jurídicos llevados a cabo por Perelman, por Guastini, por Ezquiaga, por Casanovas y Moreso, etc. Tarello se ocupa de los argumentos *interpretativos* (utilizados para atribuir un significado a las palabras usadas en enunciados jurídicos), pero es plenamente consciente de que esos mismos argumentos (esos mismos esquemas) pueden utilizarse (se han utilizado o se utilizan) también para la producción de normas, a través de la creación o explicitación de nuevos enunciados normativos. En todo caso, lo que a él le interesa —como se ha dicho— es describir cuáles son esos argumentos, cómo se usan, en qué contextos tienen o no fuerza; y no proponer cómo deben usarse. Sus pretensiones son estrictamente descriptivas y explicativas; no prescriptivas o normativas. Llega a distinguir (Tarello 1980)[9] quince tipos de argumentos, pero del último, del argumento a partir de principios generales, no da una definición: muestra cuál ha sido su uso en los sistemas jurídicos de tipo continental europeo, y llega a la conclusión de que «se trata de un esquema vacío, que sirve para cubrir de cuando en cuando operaciones diferentes» (p. 385); y luego se refiere a la discusión surgida a propósito de la obra de Dworkin, pero considera que en el uso que este último hace de los principios no cabría hablar «en realidad de 'un argumento interpretativo', esto es, de un esquema particular de atribución de significado, sino de una doctrina jurídica de la constitución y de las relaciones jerárquicas entre normas de orden distinto (algunas de ellas llamadas, por razones doctrinales, 'principios')» (p. 187). Veamos cuáles son las definiciones que Tarello ofrece de las otras catorce formas (en algún caso, con algunas subformas) de argumentos jurídicos *interpretativos*:

(I) [...] [A]hora y en nuestra cultura [el argumento *a contrario*] funciona como regla (y el correspondiente argumento) de interpretación, y precisamente como regla, según la cual: dado un enunciado normativo que predica una cualificación normativa de un término del enunciado que se refiere a un sujeto o a una clase de sujetos, se debe evitar extender el significado de ese término hasta comprender sujetos o clases de sujetos no estrictamente o literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo. [...]

(II) [...] El argumento *a simili*, llamado también analógico es en cierto sentido opuesto, en el procedimiento intelectual y en el modo de funcionar, al argumento *a contrario* [...]. En nuestra cultura funciona como regla (y el correspondiente argumento) de interpretación, y precisamente como la regla según la cual: dado un enunciado normativo que predica una calificación normativa de un término del enunciado que se refiere a un sujeto o a una clase de sujetos, se debe extender el significado de ese término para comprender a sujetos o a clases de sujetos, aunque no estén estrictamente o literalmente incluidos que, sin embar-

9. En el capítulo VIII de su libro *L'interpretazione della legge* (Tarello 1980). El título del capítulo es: «La argumentación de la interpretación y los esquemas de motivación de la atribución de significado a documentos normativos».

go, presenten con los sujetos literalmente incluidos una semejanza o «analogía» asumida como relevante en orden a la identidad de regulación jurídica (al menos por lo que concierne a la calificación en cuestión); y se debe excluir, en este mismo caso, la aplicación del argumento interpretativo *a contrario*. [...]

(III) [...] En cuanto argumento interpretativo, el argumento *a fortiori* permite motivar o fundar la propuesta de una interpretación extensiva de un enunciado normativo, de modo de hacer incluir en uno de sus términos que aparentemente se refiere a un sujeto individual o a una clase de sujetos, también a otros sujetos o clases de sujetos; o hacer incluir en uno de sus términos que se refiere a un comportamiento individual o a una clase de comportamientos también otros comportamientos u otras clases.

No se trata, a pesar de las apariencias, de una subclase del argumento analógico, o de un argumento analógico particularmente fuerte y persuasivo: de hecho, el argumento *a fortiori* no se basa en la semejanza, sino sólo en la *razón* o *ratio* de la norma o del enunciado normativo (según el punto de vista que se asuma). No es necesario que la conducta a la que se extiende el significado del enunciado sea «semejante» o «análoga» [...]

Se puede decir, por el contrario, que el argumento *a fortiori* da lugar a dos esquemas distintos según se aplique a la interpretación de enunciados formulados en términos de calificaciones ventajosas o en términos de calificaciones desventajosas, esquemas distintos que la tradición retórica identifica como:

a) el argumento *a minori ad maius*;

b) el argumento *a maiori ad minus.*

El argumento *a minori* no es otra cosa que el argumento *a fortiori* aplicable a la calificación desventajosa, como, por ejemplo, las prohibiciones. El argumento *a maiori* no es otra cosa que el argumento *a fortiori* aplicable a las calificaciones ventajosas, como, por ejemplo, los derechos, las autorizaciones. [...]

(IV) [...] En cuanto argumento interpretativo, el argumento de la plenitud [del ordenamiento jurídico] sirve para cortar el paso a atribuciones de significado a los enunciados normativos, que lleven al intérprete a configurar disposiciones que conducirían al resultado de hacer considerar como «no regulado por el Derecho», esto es, como no calificado, un comportamiento cualquiera.

El carácter auxiliar y subsidiario de este argumento está ligado a su carácter incompleto. Una vez que se ha decidido no atribuir, a los enunciados normativos a disposición del intérprete, un significado tal que configure un comportamiento cualquiera como no calificado, el intérprete se encuentra frente a la necesidad de atribuir en concreto significados a los enunciados normativos a su disposición, y puede hacerlo de modos variados. [...]

(V) [...] En cuanto interpretativo, el argumento de la coherencia sirve para cerrar el paso a las atribuciones de significado a los enunciados normativos tales que configuren disposiciones que llevarían al resultado de hacer emerger un conflicto de normas; esto es, impone la búsqueda de lo que Bobbio (acogiendo una vieja tradición lexical de la retórica jurídica) ha llamado «interpretación correctiva».

El carácter auxiliar y subsidiario del argumento de la coherencia deriva del hecho de que, con el fin de no hacer emerger conflictos de normas de la interpretación de dos enunciados normativos, se necesita proceder a una ulterior interpretación de uno de tales enunciados o bien de ambos: ello deberá hacerse recurriendo a otros argumentos interpretativos. [...]

(VI) [...] El argumento psicológico (o recurso a la voluntad del legislador concreto) es el argumento por el cual a cada enunciado normativo se le debe atribuir el significado que corresponde a la voluntad del emisor o autor del enunciado, esto es, del legislador en concreto, del legislador histórico. [...]

(VII) [...] El argumento histórico (llamado también, a veces, «presunción de continuidad del sistema jurídico» —o también, especialmente en tiempos recientes, «hipótesis del legislador conservador») es el argumento por el cual, dado un enunciado normativo, a falta de expresas indicaciones en contrario, se le debe atribuir el mismo significado normativo que tradicionalmente venía atribuido al precedente y preexistente enunciado normativo que regulaba la misma materia en la misma organización jurídica, o bien el mismo significado normativo que tradicionalmente venía atribuido al enunciado normativo contenido en un documento fundador de otra organización (por ejemplo, atribuir a un artículo del vigente Código Civil el significado tradicionalmente atribuido al artículo correspondiente del Código Civil francés de 1804) [...]

(VIII) [...] El argumento apagógico (o *ab absurdo*, o «hipótesis del legislador razonable») es el argumento por el cual se debe excluir aquella interpretación de un enunciado normativo que dé lugar a una norma «absurda». El fundamento del carácter persuasivo de este argumento interpretativo reside en la difundida creencia de que el Derecho no contiene normas absurdas. [...]

(IX) [...] El argumento teleológico (o «hipótesis del legislador provisto de fines») es aquel por el cual a un enunciado normativo debe atribuirse el significado que corresponde al fin propio de la ley del que el enunciado es un documento. Este argumento no debe confundirse con el psicológico, que impone el recurso a la voluntad del legislador concreto: quien usa el argumento teleológico reconstruye los fines «de la ley» (o «del legislador»): pero en este caso se trata de una entidad abstracta), a partir del texto de la ley o de una clasificación de los fines o intereses que el Derecho protege, en lugar de documentos diversos (como los trabajos preparatorios) concebidos en tanto indicios de la voluntad de un individuo o de una asamblea entendida concretamente. [...]

(X) [...] El argumento económico (o «hipótesis del legislador no redundante») es aquel por el cual se excluye la atribución a un enunciado normativo de un significado que ya viene atribuido a otro enunciado normativo, preexistente al primero o jerárquicamente superior al primero o más general que el primero; y ello porque si esa atribución de significado no se excluyera, nos encontraríamos frente a un enunciado normativo superfluo. [...]

(XI) [...] El argumento autoritativo (o, tradicionalmente, *ab exemplo*) es aquel por el cual a un enunciado normativo se le atribuye aquel significado que ya le ha sido atribuido por alguien, y sólo por este hecho. Se trata del argumento que invita a atenerse a las precedentes aplicaciones-producto o interpretaciones-producto, es decir, a la praxis aplicativa consistente en el producto de la interpretación oficial o judicial, o bien a la interpretación de la doctrina. [...]

(XII) [...] El argumento sistemático (o «hipótesis del Derecho ordenadamente dispuesto» o «del Derecho ordenado por sí»), en general, es aquel por el cual a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos (asumidos entre sí como ligados precisamente a los fines de la interpretación «sistemática») se debe atribuir el significado prescrito, o bien no se debe atribuir el significado impedido, por el sistema jurídico [...] [P]uesto que, normalmente, el concepto de sistema se elabora precisamente con el fin de proporcionar argumentos interpretativos, no nos encontramos —propiamente— frente a un «argumento sistemático», sino frente a una serie de argumentos que tienen en común poco más que el nombre:

a) El argumento topográfico o de la *sedes materiae* [...] en esta acepción de sistema [la disposición de los enunciados normativos previamente elegida por el legislador], el argumento sistemático no es otra cosa que el argumento según el cual a los enunciados se les debe dar aquella interpretación que es sugerida por su colocación en el «sistema del código» [...]

b) El argumento de la constancia terminológica [...] Según esta acepción de «sistema» [el conjunto de conceptos que «el legislador» —entendido en concreto o en abstracto— adopta] existe en la ley una correspondencia rígida entre conceptos normativos y términos de los enunciados, de manera que en la atribución de significado, cuando es cierto o considerado como tal el significado del término *x* (por ejemplo, «posesión», «domicilio») en un enunciado, ese significado se le atribuye a *x* en todos los enunciados en los que aparece. [...]

c) El argumento sistemático-conceptualista o dogmático [...] Según esta acepción de «sistema» [como conjunto orgánico de los conceptos del Derecho, que designan partes del Derecho, instituciones presididas por principios propios] a los enunciados normativos se les debe atribuir aquellos significados que son sugeridos por el sistema de los «conceptos» y de los «principios» del Derecho. [...]

XIII) [...] En cuanto argumento interpretativo, el argumento naturalista es aquel que sirve para motivar y proponer combinaciones de enunciados normativos y atribuciones de significado a los mismos, como para reconocer, en las normas expresas por los enunciados de los que se dispone, normas que se uniformizan —o por lo menos no están en desacuerdo— con (alguna concepción de) la «naturaleza»: naturaleza del hombre, naturaleza de las relaciones reguladas, etcétera. [...]

XIV) [...] Como argumento dirigido a motivar o proponer atribuciones de significado a enunciados normativos, la equidad [el *argumento equitativo*] sirve para acreditar, entre las diversas interpretaciones posibles y culturalmente tolerables, aquella que choca menos contra las ideas, que el juez comparte con la sociedad, sobre el «buen» resultado de la aplicación del Derecho en el caso concreto. El argumento equitativo sirve para evitar interpretaciones y aplicaciones sentidas como «inicuas» (Tarello 1980: 346, 350-351, 355-356, 358, 361, 364, 367-372, 375-377, 379, 381).

1) ¿En qué sentido es «descriptivo» el texto de Tarello? Dado que Tarello tiene el mayor interés en mostrar en qué se basa (en qué brocardo, idea jurídica, etc.) cada uno de esos argumentos, en qué condiciones resultan persuasivos, etc., ¿podría atribuírsele al menos un sentido «prescriptivo» desde un punto de vista técnico? ¿Qué diferencia hay (en cuanto al uso de los argumentos) entre «prescriptivo» en sentido técnico y en sentido moral?

2) Si fuera cierto que a Tarello no le interesa simplemente el aspecto formal (la estructura) de los argumentos, sino (sobre todo) sus aspectos funcionales, ¿es posible separar esta última dimensión (el uso táctico o estratégico de los argumentos) de su valoración moral? Dicho de otra manera, ¿por qué limitarse a establecer cómo deben usarse (o qué argumento debe usarse) si se quiere obtener tal fin (o resultado interpretativo) y no plantearse también la cuestión de qué fin (o qué resultado normativo) debe tratar de alcanzarse con la interpretación?

5,B) TÉCNICAS INTERPRETATIVAS, ARGUMENTO DE LA DISOCIACIÓN E INTERPRETACIÓN CONFORME

El análisis de las «técnicas interpretativas» (esto es, de los argumentos utilizados por los juristas para pasar de las «disposiciones» —los enunciados

que cabe encontrar en la Constitución, en la ley, etc.— a las «normas» —el significado atribuido a esos enunciados—) que lleva a cabo Riccardo Guastini (1999) es esencialmente afín al de (su maestro) Tarello. Pero Guastini presenta una ordenación de esas técnicas a partir de la distinción entre dos tipos de interpretación: la interpretación literal o declarativa, entendiendo por tal la que atribuye a una disposición el significado más inmediato, esto es, el «sugerido por el uso común de las palabras y de las conexiones sintácticas» (p. 212); y la interpretación correctora, que sería «toda interpretación que no atribuya a un texto normativo el significado literal más inmediato, sino un significado *distinto*» (p. 217), que sólo podrá ser un significado *más estricto* o *más amplio* que aquél.

A favor de la interpretación literal o declarativa se pueden aducir dos tipos de argumentos: el argumento del lenguaje común (que apela al significado ordinario de las palabras y a las reglas gramaticales comúnmente aceptadas); y el argumento *a contrario* en una de sus variantes (no cuando se usa para producir una nueva norma y colmar una laguna). Y a favor de la interpretación correctora en general, esto es, cuando lo que se desea es excluir la interpretación literal, se usan tres tipos de argumentos: el argumento lógico, psicológico o teleológico, que tiene dos variantes según que la intención del legislador se identifique con el legislador histórico, o bien con la *ratio legis* considerada de forma abstracta; el argumento *ad absurdum*; y el argumento naturalista (apelación a la «naturaleza de las cosas», al cambio de las circunstancias). La interpretación correctora extensiva es la que «extiende el significado *prima facie* de una disposición, de forma que se incluyen en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no quedarían incluidos» (p. 219). Para apoyar eso, el jurista dispone esencialmente de dos argumentos: el argumento *a simili* y el argumento *a fortiori* (con las dos variantes que ya conocemos: *a maiore ad minus* y *a minori ad maius*). Y la interpretación correctora restrictiva es la que «circunscribe el significado *prima facie* de una disposición, de forma que excluye de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, se incluirían en él» (pp. 223-224). Para justificar esa interpretación se usa principalmente el argumento «de la disociación».

La anterior clasificación de los argumentos interpretativos es matizada por Guastini en los dos siguientes sentidos. Por un lado, señala que existen también ciertas técnicas argumentativas que pueden ser empleadas indiferentemente para justificar tanto una interpretación extensiva como una restrictiva. Aquí tiene particular importancia la interpretación sistemática (la apelación al contexto en el que se ubica la disposición) que puede entenderse de diversas maneras: la interpretación consistente en combinar fragmentos pertenecientes a distintas disposiciones normativas; la interpretación según la *sedes materiae*; la apelación a la «constancia terminológica»; al contexto específico (para justificar que el significado de una misma expresión cambie al cambiar el contexto);

a construcciones dogmáticas; la interpretación llamada conforme; o la interpretación para colmar lagunas (analógica, o a partir de principios). Por otro lado, habría dos formas de interpretación que no pueden reconducirse a la oposición interpretación declarativa-interpretación correctora. Se trata de la interpretación histórica (empleada para atribuir a una disposición el significado que le fue atribuido en el momento de su emanación); y de la interpretación evolutiva (mediante la cual se atribuye a la disposición un significado nuevo y distinto de su significado histórico).

Veamos con algo más de detalle cómo entiende Guastini el argumento de la disociación y la interpretación conforme:

El argumento que, a falta de un nombre consagrado por el uso, llamo «de la disociación» es bien conocido por los estudiosos de la retórica y ampliamente empleado por los juristas. Sin embargo, no es casi nunca analizado como tal en sede de teoría de la interpretación. Para dejar claro en qué consiste, es conveniente ofrecer sin más algunos ejemplos simples.

a) El artículo 1428 CC it. dispone que «el error es causa de nulidad del contrato cuando es esencial y reconocible». La doctrina dominante, con el apoyo de la jurisprudencia, apela al principio general de la buena fe para interpretar esta disposición en el sentido de que el error es efectivamente causa de nulidad del contrato cuando es esencial y reconocible por el otro contratante, a condición de que no se trate de un error «bilateral» (se habla de error «bilateral» cuando ambos contratantes han caído en el error). Se sigue de ello que el error bilateral hace anulable el contrato, aunque no sea reconocible.

Las cosas son, pues, así: el legislador dicta una disposición que se aplica al error, sin distinguir entre error unilateral y error bilateral; el intérprete, en cambio, distingue donde el legislador no ha distinguido. La distinción introducida por el intérprete consiste en subdividir la clase de los errores en dos subclases —la clase de los errores unilaterales y la clase de los errores bilaterales— *y* en «disociar» las dos subclases a los efectos de la regulación jurídica. El resultado de la argumentación es que la disposición examinada no es entendida como referida a la totalidad de la clase de los errores, sino sólo a la subclase de los errores unilaterales. Así, la otra subclase queda fuera del campo de aplicación de la disposición. En especial, dicho campo de aplicación resulta reducido, esto es, restringido. [...]

En general, se puede, pues, decir lo siguiente: el argumento de la disociación consiste en introducir subrepticiamente en el discurso del legislador una distinción en la que el legislador no ha pensado en absoluto, de forma que se reduce el campo de aplicación de una disposición a sólo algunos de los supuestos de hecho por ella previstos (por ella previstos, se entiende, según una interpretación literal). [...]

La interpretación conforme es una especie, entre las más importantes, del género interpretación sistemática. Pueden distinguirse dos tipos ligeramente distintos.

a) En primer lugar, se hace una interpretación conforme siempre que se adapta el significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otra disposición de rango superior. La «superioridad» en cuestión puede ser, indiferentemente, una superioridad material o una superioridad estructural.

Así, por ejemplo, si una disposición legal admite dos interpretaciones en conflicto, de forma que la primera sea conforme con las normas constitucionales, mientras que la segunda está en contraste con ellas, se hace una interpretación conforme escogiendo la primera interpretación y rechazando la segunda. Esta forma de interpretar se erige sobre la (tácita) presunción de que el legislador es respetuoso con la constitución y no pretende violarla.

Constituyen otros tantos ejemplos paradigmáticos de interpretación conforme todas las sentencias llamadas «interpretativas» del Tribunal constitucional: ya sean las sentencias interpretativas estimatorias (el Tribunal evita declarar constitucionalmente ilegítima una disposición completa y se limita a declarar inconstitucional una de sus posibles interpretaciones), ya sean —aún más claramente— las sentencias interpretativas desestimatorias (el Tribunal evita declarar constitucionalmente ilegítima una disposición, interpretándola de forma que sea conforme con la constitución). Pero se encuentran también buenos ejemplos de interpretación conforme en todos aquellos autos en los que uno u otro juez ordinario rechaza una excepción de ilegitimidad constitucional, aduciendo que la cuestión está manifiestamente infundada, ya que la disposición sospechosa de inconstitucionalidad es susceptible de una interpretación conforme con la constitución. [...]

En general, puede decirse que este primer tipo de interpretación conforme surte el efecto de conservar la validez de los textos normativos: en el sentido de que, interpretando de esta forma, se evita declarar la invalidez (la ilegitimidad) de un texto normativo que resultaría inválido si se interpretara de otro modo.

b) En segundo lugar, se hace una interpretación conforme cada vez que se adapta, se adecua, el significado de una disposición a un principio general o fundamental del derecho (previamente establecido). Este caso es distinto del precedente por el hecho de que un principio no necesariamente reviste un rango superior al de la disposición particular: si no es en un sentido meramente axiológico.

Por ejemplo, se realiza una interpretación conforme cuando se entiende como no retroactiva una ley, que también podría ser entendida como retroactiva, adecuándola de este modo al principio general de irretroactividad (art. 11.1, disp. prel. CC it.). Esta forma de interpretar se erige sobre la (tácita) asunción de que el legislador es respetuoso con los principios generales del derecho y no pretende derogarlos.

Evidentemente, las diversas formas de interpretación conforme tienen la finalidad (y el efecto) de evitar la aparición de antinomias: entre normas de diverso grado jerárquico o entre normas particulares y principios generales, según los casos. Por esta razón, la interpretación conforme puede ser siempre ulteriormente argumentada —y habitualmente lo es— apelando al dogma de la coherencia del derecho.

Es necesario advertir también que la interpretación conforme puede producir, indiferentemente, resultados «restrictivos» o resultados «extensivos (Guastini 1999: 224-225, 227, 231-232).

1) Al comienzo de su trabajo, Guastini señala que los dos conceptos de interpretación en que se basa su clasificación de los argumentos «son mutuamente excluyentes (no puede haber una interpretación que sea, al mismo tiempo, literal y correctora) y conjuntamente exhaustivos (no puede haber una interpretación que no sea literal ni correctora)» (p. 211). ¿Está de acuerdo? Si lo está, ¿se puede inferir de ello que las diversas técnicas argumentativas enunciadas por Guastini son excluyentes entre sí y agotan los tipos de argumentos interpretativos?

2) ¿Estaría de acuerdo en que el argumento de la disociación no es ni más ni menos que la técnica del *distinguishing* utilizada tradicionalmente en el manejo del precedente?

3) La teoría de la interpretación de Guastini (que subyace a su análisis de los argumentos interpretativos) viene a ser, en cierto modo, la

contrafigura de la concepción de Dworkin (*vid.* VI,5.6). Para este último, la interpretación es una actividad valorativa y racional, y la teoría de la interpretación que propone es básicamente normativa (no descriptiva), puesto que descansa en una concepción sustantiva de la moral y de la política. Para Guastini, por el contrario, los elementos valorativos presentes en la actividad interpretativa caen fuera del ámbito de la razón, y de ahí que lo que él propone sea una teoría simplemente conceptual y descriptiva, sin ninguna pretensión de carácter normativo. ¿Significa eso que el jurista (el jurista práctico y el jurista teórico) está obligado a optar por una de esas dos concepciones? ¿O cabría pensar en complementarlas, esto es, en aceptar que en la interpretación hay un aspecto técnico al que Dworkin no presta mucha atención (y aquí podrían resultar de mucha utilidad los análisis de Guastini), pero también un aspecto teórico (de teoría moral y política) que exigiría la adopción de alguna teoría (necesariamente normativa) más o menos semejante a la propuesta por Dworkin?

5,C) UNA CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS ARGUMENTOS

Una clasificación general que puede hacerse de los argumentos y que resulta de particular interés para los argumentos jurídicos consiste en considerar la argumentación en términos informativos, como el paso de una información contenida en las premisas a la información de la conclusión. Así, puede ocurrir que en el punto de partida se tenga toda la información necesaria y suficiente (argumentar consiste entonces en deducir) o que la información de las premisas sea insuficiente (argumentar consiste en ese caso en agregar información para llegar a la anterior situación) o contradictoria (en cuyo caso habrá que suprimir información). Lo que resulta de todo ello son los tipos más clásicos de argumentos jurídicos: el silogismo subsuntivo; el argumento *a contrario sensu*, *a fortiori* y *a pari*; el argumento por reducción al absurdo:

> Sin embargo, no siempre (mejor dicho, casi nunca) las cosas son tan simples. Un argumento como el anterior [un argumento deductivo] presupone una situación (que quizás sólo se dé en los libros de lógica) en la cual la información que nos ofrecen las dos premisas no suscita duda alguna. Argumentar se reduce entonces a recordar (si se quiere, a ordenar) algunas cosas; pero, por supuesto, al final del proceso no puede decirse que hayamos obtenido nada nuevo. Ahora bien, los problemas para los que los hombres suelen necesitar (y a veces utilizan) la argumentación son de un género bastante más complejo. En realidad, cabría decir que la situación anterior es una situación límite. Si concebimos el proceso de argumentar como el paso de unas informaciones (las premisas) a otras (la conclusión), la situación anterior se caracterizaría porque desde el comienzo (es decir, al plantear el problema) disponemos ya de toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión. Lo único que se necesita, como he dicho, es ordenarla. Pero cabe pensar en otras dos situaciones más complejas.
>
> Cabe pensar, en primer lugar, en que en el origen tenemos una cantidad de información que es insuficiente para llegar a una determinada solución del

problema. Ello puede ocurrir porque las premisas no ofrecen apoyo bastante, o bien porque no ofrecen ningún apoyo (la información que contienen es irrelevante para la conclusión). Y, en segundo lugar, es posible que en el punto de partida tengamos un exceso de información. Ello puede deberse, a su vez, a dos causas: a que la información es simplemente redundante, esto es, con menos información podría llegarse también a la conclusión; o a que la información de que se dispone en excesiva, pero no ya por redundante, sino por contradictoria. Las situaciones en que existe una información redundante no plantean, como es obvio, mayores problemas (el problema suele ser el de determinar que efectivamente hay una redundancia); podemos sin más reconducirlas a la situación (aproblemática) en que existe una cantidad de información necesaria y suficiente. Quedan, por tanto, dos tipos de situaciones problemáticas: cuando existe una información insuficiente, o bien contradictoria. En estos supuestos, argumentar sólo puede significar añadir nuevas informaciones, o bien eliminar informaciones existentes, de manera que la solución a la que se pretende llegar pueda tener, al final del proceso de la argumentación, un mayor apoyo (y, si fuera posible, un apoyo concluyente) que al comienzo. En estos casos sí que se puede decir que al final del proceso hemos obtenido algo nuevo, es decir, algo que no existía en un comienzo.

A partir de dicho esquema [en donde se señalan los tipos de problemas jurídicos que hacen necesaria la argumentación], puede pasarse a considerar la argumentación jurídica como un proceso (el proceso para solucionar un problema jurídico) en el que cabe distinguir los siguientes estadios:

1. Identificación del tipo de problema que hay que resolver. En lo que sigue voy a considerar únicamente los problemas de relevancia [qué norma es la relevante para resolver el caso], si bien parto de la hipótesis de que los otros problemas son susceptibles de un tratamiento análogo.

2. Determinación de si se trata de una situación en que existe una insuficiencia de información (es decir, de si existe una laguna [2.1]) o bien un exceso de información (una contradicción [2.2]). Los problemas de redundancia, o bien son casos aproblemáticos (es decir, existe realmente redundancia), o bien pueden considerarse como casos de información insuficiente (que se transforma en redundante cuando se añaden premisas que se entienden implícitas).

3. Establecimiento de hipótesis, esto es, de nuevas premisas. Aquí deben introducirse las siguientes consideraciones:

3.1. Si se trata de un problema de insuficiencia de información, entonces es preciso efectuar un paso desde la información disponible (la norma dada: X'/OY) a la información que podría permitir resolver el caso (una nueva norma). Aquí cabe todavía efectuar tres hipótesis distintas, en cuanto esa nueva norma podría consistir en:

3.1.1. Una norma de la forma X' v X/OY, es decir, una norma que consista en una ampliación del supuesto de hecho respecto de la norma inicial y que contiene ya el caso x.

3.1.2. La negación de esa norma, a la que llamaré negación externa (débil), y cuya forma sería –(X' v X/OY). Dicha negación viene a expresar que no existe, no cabe construir, no tiene vigencia, etc., una norma de la forma X' v X/OY.

3.1.3. Una norma de la forma –X'/–OY, a la que llamaré negación interna (fuerte) de la norma X'/OY.

3.2. Si se trata de un problema de información contradictoria (por ejemplo, se parte de que existe una norma N1: X/OY y una norma N2: X/–OY), entonces el paso debe darse en el sentido de suprimir bien N1, bien N2 (pero no las dos). Suprimir N1 significa confirmar o justificar N2, y viceversa.

4. Justificación de las hipótesis, lo que implica justificar el paso desde las premisas iniciales a las nuevas premisas. Aquí, de nuevo, es preciso distinguir diversos supuestos y efectuar varias consideraciones al respecto:

4.1. En el supuesto de laguna, los argumentos que efectuar para la justificación del paso en cuestión podrían llamarse argumentos analógicos en sentido amplio. Pero hay que distinguir todavía tres tipos de argumentos analógicos: la analogía en sentido estricto, la no analogía y el argumento *e contrario*. Dentro del primer tipo, es decir, dentro de los argumentos analógicos en sentido estricto, cabe hacer todavía una subdistinción entre argumentos *a pari* y *a fortiori*.

4.1.1. Lo que tienen en común estos dos tipos de argumentos analógicos en sentido estricto (argumentos *a pari* y *a fortiori*) es que se usan para llegar a un mismo resultado, esto es, para justificar una norma de la forma X' v X/OY. El procedimiento de justificación difiere, sin embargo, en el siguiente sentido:

4.1.1.1. En los argumentos *a pari*, en favor del paso de X'/OY a X' v X/OY se aducen tres enunciados de la siguiente forma:

— Un enunciado que establece que los casos semejantes deben tener la misma solución jurídica. Llamaré a este enunciado principio de igualdad de trato (PI).

— Un enunciado empírico que establece que X y X' son semejantes en las propiedades A, B y C. Llamaré a este enunciado, enunciado de semejanza (ES).

— Un enunciado valorativo que establece que las propiedades en cuestión son las propiedades esenciales del caso. Llamaré a este enunciado, enunciado valorativo de relevancia (EVR).

4.1.1.2. En los argumentos *a fortiori*, cabe todavía establecer dos supuestos, según se trate de argumentos de menor a mayor o de mayor a menor:

4.1.1.2.1. En los argumentos de menor a mayor, en favor del paso de X'/OY a X' v X/OY se aducen tres enunciados de la siguiente forma:

— Un enunciado que establece que si está prohibido lo menos, está prohibido lo más. Por ejemplo: si está prohibido ir a más de 100 km/h (= es obligatorio ir a menos de 100 km/h), cuando la carretera no esté iluminada (X'), entonces está prohibido también ir a más de 100 km/h cuando se circula por la noche y hay niebla (X). Llamaré a este enunciado, principio de prohibición (PPh).

— Un enunciado empírico que establece que X tiene una propiedad que se daba en X' (dificultades de visibilidad), en un grado mayor que X'. Llamaré a este enunciado, enunciado empírico de mayor intensidad (EEM).

— Un enunciado valorativo que establece que una determinada propiedad (en el ejemplo, las dificultades de visibilidad) es una propiedad esencial del caso. Llamaré a este enunciado, enunciado valorativo de relevancia (EVR).

4.1.1.2.2. En los argumentos de mayor a menor, en favor del paso de X'/OY a X' v X/OY se aducen tres enunciados de la siguiente forma:

— Un enunciado que establece que si está permitido lo más, entonces está permitido también lo menos. Por ejemplo, si en una carretera con dos carriles por cada lado (X') está permitido circular a más de 120 km/h, entonces si se trata de una autopista (X), también está permitido ir a más de 120 km/h. Llamaré a este principio, principio de permisión (PP).

— Un enunciado empírico que establece que X tiene una propiedad que se daba en X' (el peligro que supone circular por una carretera) en un grado menor que X'. Llamaré a este enunciado, enunciado empírico de menor intensidad (EEN).

— Un enunciado valorativo que establece que la propiedad en cuestión es una propiedad esencial para el caso. Llamaré a este enunciado, enunciado valorativo de relevancia (EVR).

4.1.2. En el caso de la no analogía, hay que justificar que el paso que se pretende dar en 4.1.1 no es posible. Para ello bastará con rechazar alguno de los tres

enunciados que constituyen (conjuntamente) la justificación en los supuestos de argumento *a pari* (4.1.1.1) y de argumento *a fortiori*, bien se trate de argumentos de mayor a menor (4.1.1.2.1) o de menor a mayor (4.1.1.2.2). En la práctica, sin embargo, no parece que quepa rechazar los enunciados que enuncian principios (PI, PPh o PP), por lo que la argumentación se centrará en rechazar alguno de los enunciados empíricos (ES, EEM o EEN, en cada caso), o de los enunciados valorativos que establecen cuál es la propiedad relevante o esencial (EVR).

4.1.3. En el caso del argumento *e contrario*, en favor del paso de X'/OY a –X'/OY hay que aducir dos enunciados de la siguiente forma:

— Un enunciado que afirma que lo no establecido expresamente en el supuesto de hecho de una norma jurídica debe resolverse en sentido contrario a dicha norma (o sea, negando la solución de la norma). Llamaré a este enunciado: principio de la interpretación restrictiva (IR). Este principio, a su vez, puede ser justificado apelando a otros principios o valores, como, por ejemplo, el de seguridad jurídica.

— Un enunciado empírico que establece que x no es un caso que caiga dentro de X'. Llamaré a este enunciado, enunciado empírico excluyente (EEE).

4.2. En los supuestos de información contradictoria, los argumentos a aducir para justificar alguna de las hipótesis (que aquí se reducen a dos aunque, naturalmente, podrían ser más de dos) consta de los siguientes enunciados que deben afirmarse conjuntamente:

— Un enunciado empírico que establece que N1 (o bien N2) tiene como consecuencia* un determinado estado de cosas. Llamaré a este enunciado: enunciado empírico consecuencialista (EEC).

— Un enunciado que establece que el estado de cosas** en cuestión es indeseable. Llamaré a este enunciado, enunciado valorativo negativo (EVN).

— Un enunciado que establece la obligación de evitar situaciones que den lugar a juicios de valor negativos. Llamaré a este enunciado, principio de evitación de consecuencias negativas (PE).

5. El quinto y último estadio de la argumentación consiste en pasar de las hipótesis (de las nuevas premisas), una vez confirmadas o justificadas, a la solución. Las soluciones, en los diversos supuestos, serán:

5.1. En los supuestos de laguna.

5.1.1. En los casos de analogía en sentido estricto (argumentos *a pari* y *a fortiori*) Oy, que es la consecuencia de aplicar la norma relevante X' v X/OY al caso en cuestión, x.

5.1.2. En los supuestos de no analogía no se llega a ninguna solución del problema. Habrá que volver de nuevo a plantear la cuestión e intentar ver si cabe la analogía en alguna otra dirección, o bien el argumento *e contrario*.

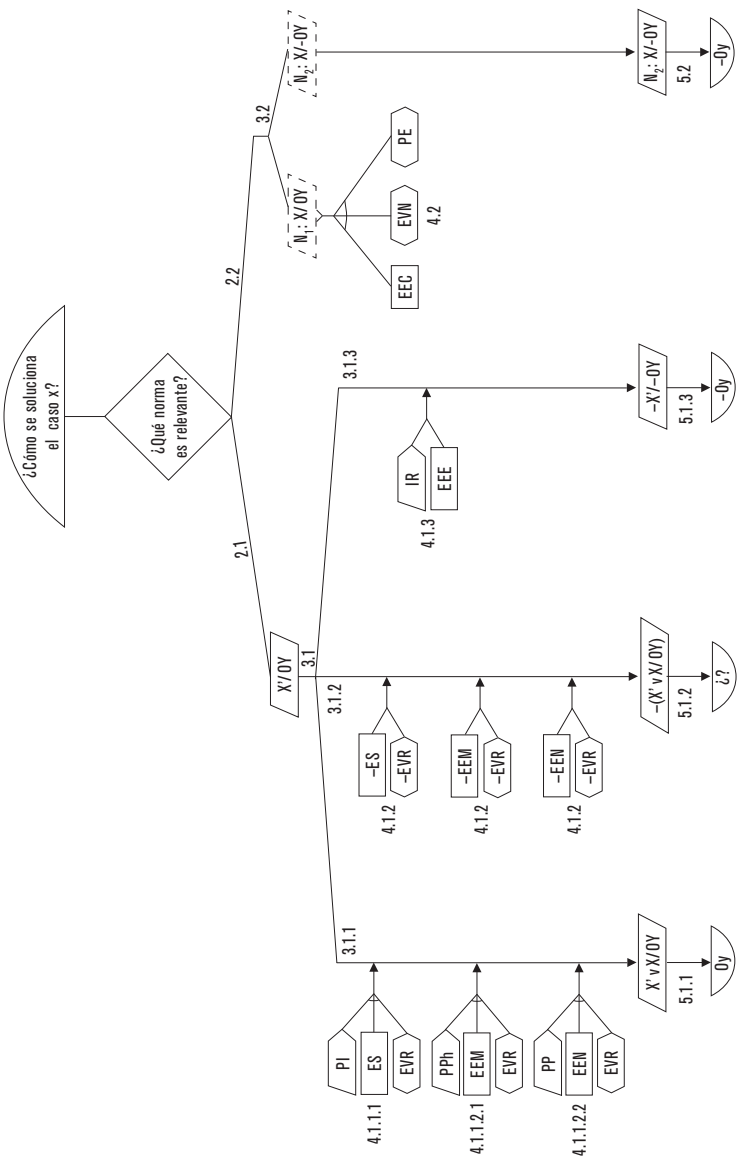
5.1.3. En el supuesto de argumento *e contrario* la solución será –Oy, que es la consecuencia de aplicar la norma relevante –X'/–OY al caso x.

5.2. En los supuestos de contradicción (y suponiendo que la norma negada sea N1, lo que quiere decir que ha quedado confirmada N2), la solución será –Oy, que es la consecuencia de aplicar la norma relevante, N2: X/–OY al caso x.

Todo lo visto en el anterior apartado puede sintetizarse en el siguiente esquema [...]

* El término «consecuencia» se emplea en su sentido más amplio incluyendo, por tanto, las consecuencias normativas. [*Nota del autor*.]

** «Estado de cosas» incluye también los estados de cosas normativos. [*Nota del autor*.]



(Atienza 1990: 55-60)

5,D) LOS REQUISITOS PARA LA ANALOGÍA SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Javier Ezquiaga escribió en 1987 un libro (Ezquiaga 1987) en el que examinaba (su enfoque pretendía ser esencialmente descriptivo) la forma de argumentar del Tribunal Constitucional español, partiendo de la tipología de argumentos interpretativos establecida por Giovanni Tarello. El primero de los argumentos a los que pasa revista es el analógico y, en relación con el mismo, empieza por plantear el problema de las lagunas, para luego entrar a analizar el concepto de argumento analógico, los requisitos que el TC establece para que opere la analogía, y algunos casos particulares de analogía en las sentencias del TC. Los fragmentos que siguen se refieren al concepto de razonamiento analógico y a la exposición y análisis de la sentencia del TC 36/1982, de 16 de junio.

El argumento analógico es seguramente de todos los argumentos interpretativos utilizados en el derecho el que posee una historia más larga que se remonta hasta el derecho romano, de donde surgen las máximas consideradas inspiradoras de este razonamiento, fundamentalmente *Ubi eadem ratio, idem ius*. En el derecho español, el artículo 4.1 CC [español] da reconocimiento legal a este tipo de razonamiento, poniendo fin a las disputas que sobre su admisibilidad se habían producido antes de la reforma del Título Preliminar del CC de 1974. Dice el artículo: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón».

Independientemente de que más adelante abordemos los requisitos que exige la analogía y la forma de entenderlos por parte del TC, podemos señalar ya que para el CC son necesarios cuatro elementos:

a) una norma N que regula el supuesto S_1 al que aplica la consecuencia jurídica C;

b) un supuesto S_2 no regulado por ninguna norma;

c) Los supuestos S_1 y S_2 son semejantes; y,

d) entre los supuestos S_1 y S_2 se aprecia identidad de razón.

En virtud de todo ello, y por medio del argumento analógico, se justifica la aplicación de la consecuencia C también al supuesto S_2.

En principio, no hay grandes diferencias entre los requisitos exigidos por el CC y los normalmente señalados por la doctrina. En concreto, la mayoría de los autores consideran necesarios los dos primeros elementos, es decir, la existencia de una norma que se toma como referencia y la existencia de una laguna legal. También todos los autores hacen mención a que debe darse alguna «relación» (por utilizar un término lo más neutro posible) entre el supuesto regulado por la norma de referencia (que hemos llamado S_1) y el supuesto al que se está buscando regulación jurídica (S_2). El CC emplea dos expresiones —«semejantes» e «identidad de razón»— que serán analizadas más adelante, pero entre la doctrina encontramos una gran variedad de formas que son intentos de expresar con palabras un tipo de relación que parece encontrarse en la mente de todos ellos. [...]

La STC 36/1982, de 16 de junio

El 16 de mayo de 1981, el Sindicato de Trabajadores de Enseñanza Media de Madrid dirigió una comunicación al Gobierno Civil de esa provincia en la que

hacía patente su intención de celebrar una manifestación por las calles de Leganés el 20 de mayo siguiente. El día 19 de ese mismo mes, el Gobierno Civil resolvió prohibir la concentración por no haberse respetado los requisitos exigidos por el artículo 5.2 de la Ley 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del derecho de reunión. Ante el escrito de los promotores de la manifestación del día 19, el Gobierno Civil ratificó la prohibición con fecha 20 de mayo y el 26 de mayo siguiente los primeros interpusieron recurso contencioso-administrativo que fue resuelto por la Sala correspondiente de la Audiencia Territorial de Madrid manteniendo la prohibición por hallarse ajustada a derecho.

En la demanda que se presentó contra la prohibición del Gobierno Civil y contra la sentencia de la Audiencia en solicitud de amparo, el recurrente negaba la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 5 de la Ley 17/1976 como hacía la sentencia de la Audiencia por dos motivos:

«[E]n primer lugar, porque la razón del precepto no es idéntica, ya que el artículo 5 se refiere a la autorización previa y no a la comunicación, y estos términos no son asimilables entre sí, no existiendo tampoco un mismo supuesto fáctico, y, además, porque el plazo de preaviso para la autorización previa no puede ser aplicable a la comunicación, porque ambas tienen razones distintas y se basan en principios diferentes, debiendo ser el plazo de comunicación inferior al de autorización, por lo que sería lógico en todo caso aplicar el plazo de setenta y dos horas que para la comunicación previa cita el artículo 4.1 de la Ley del 76, plazo que se respetó por el recurrente, quien no habría incurrido en ilegalidad alguna con su comunicación. Y porque, en segundo término, la aplicación analógica es imposible de acuerdo con el número 2 del artículo 4 del Código Civil, al disponer que las leyes excepcionales no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente contenidos en ellas; y el artículo 5 de la Ley del 76 es norma excepcional: por ser una norma limitadora del ejercicio de derechos que ha de interpretarse restrictivamente, excluyendo la analogía, y porque tal Ley es excepcional desde el punto de vista del sistema constitucional, ya que se trata de una Ley no orgánica que regula un derecho fundamental, en contra de lo dispuesto en los artículos 53.1 y 81.1. Además, la Ley del 76 no puede aplicarse, porque en su artículo 1 regula el derecho de reunión reconocido en el artículo 16 del Fuero de los Españoles, que quedó expresamente derogado por la disposición derogatoria segunda de la Constitución» (Antecedente 1). [...]

El TC en su sentencia comienza declarando que el artículo 21 CE ha derogado el derecho de reunión tal como venía regulado en la Ley 17/1976, por la vía de la disposición derogatoria tercera de la CE. Sin embargo, como el artículo 21 CE no establece los requisitos procesales para hacer efectivo el derecho, y en aras precisamente de esa efectividad, el «vacío legislativo» existente debe ser llenado aplicando a la actual regulación los requisitos formales establecidos en la Ley 17/1976, que se estiman por el TC compatibles con la CE (FJ 3), con la sola condición de que se sustituya la exigencia de «solicitud de autorización» del artículo 5.2 por la de «comunicación previa» (FJ 4).

Frente a esta argumentación (ya utilizada por la sentencia de la Audiencia de Madrid) el recurrente alegaba, como ya ha quedado dicho, la imposibilidad en este caso de utilizar la analogía, ya que falta la identidad de razón entre ambos casos (sistema de autorización y sistema de comunicación). El TC rechazó esta alegación con los siguientes argumentos:

«[E]xisten los requisitos que el artículo 4 del Código Civil exige para la aplicación analógica del artículo 5.2, ya que éste contempla un aspecto semejante al del artículo 21 de la Constitución Española, puesto que ambos regulan en definitiva las reuniones en vías públicas o manifestaciones, y el preaviso o comunicación

que sustituye a la autorización tiende a que la autoridad tenga la oportunidad para formar opinión sobre la eventualidad de la alteración de orden público, que de producirse, supone una desautorización, y que de no realizarse, implica, expresa o tácitamente, una permisibilidad por falta de prohibición. Además existen entre ambas normas identidad de razón por el objeto y finalidad perseguida, al posibilitar, en mayor o menor medida, el ejercicio del derecho de reunión en beneficio de los ciudadanos» (FJ 4).

Como segunda línea argumental —en lo que a nosotros nos interesa—, alternativa de la anterior, el recurrente alegó que, aun aceptando la aplicación al caso de los requisitos formales de la Ley 17/1976, el plazo a tener en cuenta para la comunicación no debería ser el de diez días señalado por el artículo 5.2, sino el de setenta y dos horas fijado en el artículo 4.1, ya que éste es el único que respeta la identidad de razón exigida para la analogía, puesto que se refiere a la «comunicación», mientras que el artículo 5.2 habla de la «autorización» que fue suprimida por el artículo 21 CE (FJ 7). El TC respondió a la parte recurrente haciendo suya la argumentación del Ministerio Fiscal en este punto:

«Como el Fiscal patrocina, debe aceptarse la norma más específica y homogénea, que permita una mayor congruencia y evite transposiciones arbitrarias, y en este caso, la norma que reúne tales condiciones es la del artículo 5.2, que se refiere a las 'reuniones en lugar abierto al uso público', que poseen la misma identidad de razón que las 'reuniones en lugar de tránsito público y manifestaciones' que el artículo 21 de la Constitución regula, por ser lo decisivo para la acción analógica la clase del acto —'reunión abierta' o 'reunión cerrada'— y no la forma de relación con la autoridad —'comunicación' o 'autorización'—, siendo de desechar el artículo 4.1 por estar referido a reuniones en lugar cerrado, y porque actualmente éstas no exigen comunicación previa, por lo que su derogación total es cierta» (FJ 7).

El primer comentario que nos merece esta argumentación del TC es que no está nada claro que nos encontremos en presencia de un razonamiento analógico, a pesar de que así lo califique expresamente el propio Tribunal. En efecto, en el caso presente, y siguiendo la primera parte de la motivación de la sentencia del TC, no existe ninguna laguna («vacío legislativo» según el TC) ya que para el Tribunal, la Ley 17/1976 está plenamente en vigor en su aspecto adjetivo, por lo que desde ese punto de partida sería la regulación aplicable al supuesto. En algún sentido esa Ley constituiría el desarrollo del artículo 21 CE para hacer efectivo el derecho constitucional, lo que sucede es que al ser históricamente falso ese dato, es preciso adaptar a la Constitución la Ley 17/1976. Con ese fin y en virtud del principio de la interpretación más favorable para la efectividad de los derechos y libertades y del principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento (no en virtud de una argumentación analógica), el TC consideró que era preciso adaptar el contenido en concreto del artículo 5.2 sustituyendo la mención a la «autorización» por la de «comunicación». Una vez así modificada la redacción del artículo 5.2, desde el punto de vista del TC no hubiera sido necesaria la analogía, ya que el precepto resultaba directamente aplicable al supuesto enjuiciado.

No obstante, vamos a hacer abstracción de lo dicho ahora y a considerar que efectivamente estamos en presencia de una argumentación analógica, ya que en definitiva el TC así lo declara y lo que nos interesa es analizar cómo entiende el Tribunal los requisitos exigidos para que pueda llevarse a cabo un razonamiento de ese tipo. De la exposición del TC se deduce que la analogía exige los siguientes requisitos:

a) semejanza de supuestos (*ex* art. 4 CC);

b) identidad de razón por el objeto y finalidad perseguida (*ex* art. 4 CC);

c) la norma aplicada debe ser la más específica y homogénea, [la que] permita mayor congruencia y evite transposiciones arbitrarias.

Respecto al primero de los requisitos, el TC señala que el artículo 5.2 de la Ley 17/ 1976 contempla un aspecto semejante al del artículo 21 CE, ya que ambos regulan las manifestaciones. El Tribunal está aquí comparando *dos artículos*, mientras que en la analogía se cuenta con *dos supuestos* pero, por definición, con una sola norma. La semejanza entre ambos preceptos es evidente, pero es la misma que siempre existe entre dos normas complementarias que regulan una misma institución jurídica.

El segundo requisito exige la identidad de razón por el objeto y la finalidad perseguida. De nuevo aquí el TC la aprecia entre los dos artículos, por lo que se extienden a este punto las reflexiones anteriores, pero aparte de eso, en este momento nos encontramos con el núcleo del razonamiento por analogía: la identidad de razón. Este requisito, junto con el tercero que no es más que una especificación del segundo, es el que plantea más problemas, ya que la semejanza entre dos supuestos es fácilmente constatable, pero no tanto *su relevancia* en sí o frente a otro precepto que regule otro supuesto igualmente semejante al no regulado. Ésta es la discusión que se planteó en el asunto que comentamos. En un primer momento, el TC consideró suficiente para justificar la identidad de razón entre ambos artículos el hecho de que ambos hacían posible el ejercicio del derecho de reunión. Frente a ello, el recurrente consideraba que la semejanza relevante se apreciaba entre el artículo 21 CE y el 4.1 de la Ley 17/1976, ya que ambos se refieren a la «comunicación». A raíz de esto, el TC explicó a continuación que la identidad de razón debía constatarse entre el artículo 21 CE y el 5.2 de la Ley 17/1976, ya que ambos se ocupan de las manifestaciones. En esta discusión tenemos tres artículos (art. 21 CE y arts. 5.2 y 4, ambos de la Ley 17/1976) y cuatro elementos que caracterizan los supuestos de hecho de aquéllos (reunión en lugar abierto —RA—, reunión en lugar cerrado —RC—, comunicación —C— y autorización —A—). El artículo 21.2 CE recoge los elementos RA y C; el 5.2 de la Ley 17/1976 los elementos RA y A; y el 4 de la misma Ley los elementos RC y C:

— art. 21.2 [RA, C]
— art. 5.2 [RA, A]
— art. 4 [RC, C]

Es decir, cada uno de los dos artículos aplicables analógicamente coinciden en uno de los elementos exigidos por el artículo 21.2 CE. El TC opta por el artículo 5.2 porque tiene identidad de razón con el artículo 21.2 CE y porque lo decisivo para la analogía es la clase de acto (reunión abierta o cerrada) y no la forma de relación con la autoridad (comunicación o autorización).

Creemos que este asunto constituye un excelente ejemplo de cómo la operación de apreciar la identidad de razón en el argumento analógico está sujeta en definitiva a criterios axiológicos y no lógicos. El TC podría haber considerado, en la línea del recurrente, que los plazos de diez días y de setenta y dos horas exigidos, respectivamente, por los arts. 5.2 y 4 de la Ley 17/1976 estaban en estrecha relación con el tipo de requisito formal exigido por ambos: autorización en el primer caso y comunicación en el segundo. Podría haber afirmado, como hizo algún autor al comentar el artículo 21 CE, que el amplio plazo de diez días fijado para la autorización venía impuesto por la necesidad de apreciar la legalidad del acto y de sus consecuencias, necesidad que no se presenta en el caso de la comunicación que es justificada en los ordenamientos democráticos simplemente por razones «técnicas» (Ezquiaga 1987: 46-48 y 52-56).

1) ¿Está justificada la duda de Ezquiaga sobre si en la sentencia examinada se contenía o no un argumento por analogía? ¿Cómo se podría esquematizar el argumento del Tribunal Constitucional? ¿Y el de los demandantes?

2) ¿Qué quiere decir que el uso del argumento por analogía requiere esencialmente de un juicio axiológico? ¿No es, entonces, un argumento lógico?

5,E) SOBRE LA ANALOGÍA EN EL DERECHO

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:

1. De las tres nociones fundamentales de analogía que distinguí al comienzo (la analogía como relación de semejanza, la analogía como proporción o semejanza de 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 la que al menos una de las premisas expresa bien una relación de semejanza, 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. 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, existe también 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 jurídico, *a simili* o *a pari*, y argumento por analogía; o, todavía más, con la efectuada por Aarnio, 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 que la analogía substancial —o del caso— puede siempre expresarse como una 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 sólo 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) debe 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 al-

guno 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, 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 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 la misma concluyente (MacCormick), 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», 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, 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: *i*) 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). *ii*) 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 va a librar 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, 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 estaba ya en Savigny y, por supuesto, en la noción de analogía que utiliza la Jurisprudencia 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. En su *Curso de lingüística general*, Ferdinand de Saussure indicaba que la analogía es el principal factor de evolución de la lengua, pero las innovaciones que opera 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 *orator*: *oratorem*; es decir: *oratorem* es a orador como *honorem* es a *x*.

Así también, en el Derecho, la analogía 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 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 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 sólo 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), 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 había decidido con anterioridad, 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 otras normas del sistema. La analogía no es sólo un procedimiento de autointegración, sino un procedimiento para dar coherencia al sistema.

10. Los autores que operan en un sistema de *common law* 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 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, es 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 respeto a un mismo objeto o caso jurídico. 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 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 la 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 para 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; es 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 (*analogia legis*), de un grupo de normas, por ejemplo, las que se refieren a una determinada institución (*analogia iuris imperfecta*), o de las normas del ordenamiento jurídico en su conjunto (*analogia iuris*). 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, es decir, sistemas que no sólo suministren los documentos jurídicos relevantes para resolver un caso, sino que lleven a cabo labores de asesoramiento, de aplicación del Derecho, etc. (es decir, las típicas de los distintos expertos en Derecho). La analogía es aquí relevante no sólo 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 éstos 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 ofrece, además, numerosas oportunidades para una investigación de carácter interdisciplinario, y un tema sobre el que, desde luego, quedan todavía muchas cosas por decir (Atienza 2008)[10].

5,F) SOBRE EL ARGUMENTO *A CONTRARIO*

En un estudio reciente sobre el argumento *a contrario*, Juan Antonio García Amado (2001) se propone aclarar las características de este argumento, su estructura y su función en el razonamiento jurídico. Para ello comienza por distinguir tres diversas maneras de concebir el Derecho: la concepción lingüística, la concepción intencionalista y la concepción material que, en su opinión, están en la base de muchos equívocos y confusiones en que suele incurrirse en relación con ese argumento. García

10. Se trata de un resumen de M. Atienza, *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid, 1986.

Amado se decanta a favor de la concepción lingüística del Derecho, lo cual le lleva a considerar que es un error pensar que el argumento *a contrario* opera en el caso de que exista una laguna en la aplicación del Derecho y que, en consecuencia, ese argumento entraría en competencia con la analogía. Por el contrario, las dos tesis que él defiende en relación con ese argumento son: 1) «el argumento *a contrario* sólo es válido como sustento de una solución cuando toma pie en una norma cuya estructura es la del bicondicional» y 2) «dicho argumento es tributario de la previa interpretación, pero no interpretativo en sí mismo» (p. 103).

En los fragmentos que siguen se recogen las caracterizaciones de García Amado de las tres concepciones mencionadas; el análisis de un ejemplo ficticio para mostrar que el argumento *a contrario* no compite directamente con el argumento analógico; y la exposición de las dos últimas tesis mencionadas (la primera de ellas ilustrada con dos ejemplos de la jurisprudencia constitucional española):

La concepción *lingüística* ve el derecho como normas cuya realidad originaria es la de enunciados lingüísticos contenidos en ciertos textos a los que es atribuido valor autoritativo, es decir, reconocidos como «fuentes» o receptáculos de normas que son derecho y no otra cosa (no mera moral, no mera política, no meros usos, no meras afirmaciones, etc.). El derecho, así, es primariamente lenguaje. No es algo anterior o distinto que se exprese a través del lenguaje, sino que está constituido en y por el lenguaje. Las normas jurídicas son fragmentos del lenguaje a los que se reconoce en una determinada comunidad o cultura ese especial estatus de ser derecho y no (meramente) otra cosa. [...]

Para esta concepción lingüística, la interpretación jurídica es aquella actividad que los teóricos del derecho o sus operadores prácticos llevan a cabo para aclarar y precisar el significado de los enunciados en que las normas jurídicas se contienen. [...]

La concepción *intencionalista* contempla el núcleo o ser último del derecho como contenido del pensamiento y la intención de ciertos sujetos dotados de autoridad, paradigmáticamente, los legisladores. Las normas jurídicas no agotan sus contenidos posibles en los enunciados lingüísticos a través de los que primariamente se manifiestan. Comprender una norma no es averiguar el significado o los significados posibles de un enunciado legislativo, sino, en última instancia, desentrañar las intenciones que su emisor ligó a dicho enunciado. [...]

En esta concepción, la vinculación al derecho no es vinculación a la semántica de los enunciados legales, sino atadura a la intención del legislador. La autoridad de la ley es la autoridad de su autor, y el derecho no es definible como conjunto de enunciados legales, sino como contenidos de voluntad cristalizados en esos enunciados, que, repito, nunca se independizan de aquellas intenciones. El ser último del derecho no está o no se agota en las palabras y los textos, sino que está por debajo, dándoles a aquéllas y a éstos su verdadero y único sentido posible. [...]

En tercer lugar, tenemos la que denomino concepción *material* del derecho. Para ésta, la materia prima del derecho, su núcleo, su componente primero, no son ni palabras con significado ni intenciones de sujetos, sino contenidos valorativos materiales. La realidad jurídica última no es ni lingüística ni psicológica, sino axiológica. La realidad del derecho no es sino una parte de la realidad del mundo, y las reglas de fondo que ordenan el mundo están prefijadas [...]. El derecho, así, sólo se concibe como expresión de tales determinaciones objetivas

que son independientes de contingencias tales como la semántica del uso lingüístico o los propósitos. Y, por tanto, las palabras de la ley (positiva) no son más, nuevamente, que (en el mejor de los casos) un intento más o menos afortunado, pero siempre inexacto e insuficiente, de reflejar esas pautas valorativas de fondo, esos valores. Interpretar rectamente la ley es situarla en la mayor concordancia y armonía posibles con aquel orden de valores. [...]

Ejemplo 3: Existencia de una laguna que el argumento a contrario*, por sí mismo, no colma, por lo que no compite directamente con el razonamiento analógico*. Tomemos la norma *N* que dice: «Todos los espectadores de los partidos de fútbol en los estadios deberán pagar la entrada. Quienes asistan en coche pagarán una entrada de 2.000 pesetas y quienes asistan a pie pagarán una entrada de 1.000 pesetas». Aceptemos que ninguna otra norma del sistema estipula la entrada que habrán de pagar quienes acudan por otros medios (en moto, en bicicleta, en autobús...). Es evidente, entonces, que hay una laguna respecto de todos estos otros casos. [...] ¿Cómo se puede resolver el caso? Habrá ineludiblemente que crear una norma nueva, pues el hecho no encaja bajo la referencia de ninguno de los supuestos que *N* concretamente regula. Para justificar la norma que se cree, se podrá argumentar de modos diversos, conforme a los métodos y argumentos habituales en estos casos. Entre los más socorridos estaría la analogía, que podría fácilmente aplicarse sobre la base de una determinada interpretación del fin de *N* (por ejemplo, si dicho fin fuera evitar la contaminación y los atascos producidos por los vehículos de motor en día de futbol). Con ello se legitimaría la nueva norma que aplica al caso de las bicicletas la misma consecuencia jurídica que *N* establece para la asistencia a pie.

¿Tiene el argumento *a contrario* algo que decir en contra de esa solución analógica o de cualquier otra similar? En modo alguno. Invocar aquí tal argumento sería incurrir en un defecto lógico del razonamiento [...] Veámoslo. En aras de la simplicidad, tomemos sólo *N* como «si se asiste a los partidos de fútbol a pie, se paga una entrada de 1.000 pesetas».

$$\begin{array}{l} 1.\ (x)\ Tx \rightarrow C \\ 2.\ Bx \rightarrow \neg Tx \\ 3.\ Bx \\ \hline 4.\ \neg C \end{array}$$

Es decir, echar mano del argumento *a contrario* para defender que puesto que *N* establece la consecuencia «pagar entrada de 1.000 pesetas» para el caso de ir a pie, y puesto que ir en bicicleta no es ir a pie, se debe excluir aplicar esa consecuencia al ir en bicicleta, es incurrir en el defecto lógico del razonamiento que traduce la fórmula anterior y que sería fácil de demostrar.

¿Qué tendría que ocurrir para que el razonamiento en cuestión fuera correcto? Que se interprete *N* en términos de «*si y sólo si* se acude al estadio a pie, se tendrá derecho a pagar una entrada de 1.000 pesetas»? Es decir, la premisa 1 debería tener la forma:

$$(x)\ Tx \leftrightarrow C$$

Y ese sentido a *N* no se lo da el argumento *a contrario*, sino la interpretación previa, más o menos admisible según el grado de razonabilidad o convicción que posean los argumentos con que la misma se sostenga. [...]

Con estos ejemplos comprobamos que el argumento *a contrario* no funciona cuando hay un silencio legislativo que significa falta de regulación de un caso,

sino cuando por vía interpretativa se ha establecido que *i*) la mención de un caso asociándolo a una consecuencia supone que se le debe aplicar esa consecuencia; o *ii*) que la no mención de un caso no significa falta de regulación de ese caso. Por el contrario, cuando el silencio legal respecto de un caso significa laguna, el argumento *a contrario* no aporta nada al colmado de esa laguna, ni se opone por sí a la analogía.

Esta afirmación [el argumento *a contrario* se opone directamente a la analogía] es un auténtico tópico, omnipresente en la doctrina. Ya he mencionado que, con arreglo a la concepción que llamo lingüística, estos dos argumentos nunca se enfrentan directamente. Y ello por las siguientes razones: porque cuando el argumento *a contrario* puede entrar en juego, es porque se ha establecido mediante la interpretación previa de que no hay laguna para el caso que se discute y de que, por tanto, no ha lugar para que funcione justificadamente la analogía, que sería entonces la base de una decisión *contra legem*; y porque cuando la interpretación ha dado que sí hay laguna para el caso, el argumento *a contrario* no tiene nada que decir para colmarla, pues es un argumento que refuerza la idea de que el caso ha de resolverse según la norma bajo cuyo significado se subsume, y estamos diciendo que no hay tal norma y por eso existe laguna.

El presentar ambos argumentos como enfrentados es el resultado de una concepción material del derecho. [...]

Lo que se sostiene con esta tesis [el argumento *a contrario* sólo es válido como sustento de una solución cuando toma pie en una norma cuya estructura es la del bicondicional] es el carácter lógicamente defectuoso del razonamiento que «aplique» *a contrario* una norma cuya estructura sea la del condicional simple, «si... entonces».

Veámoslo con algún ejemplo de nuestra jurisprudencia constitucional. El artículo 9.3 de la Constitución [española] dice que «La Constitución garantiza [...] la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». ¿Se contiene, *a contrario sensu*, en ese artículo alguna regulación para el caso de disposiciones sancionadoras favorables, determinando si deben o no ser retroactivas? El Tribunal Constitucional ha dicho que sí, que tal caso está regulado *a contrario* por dicho precepto constitucional. ¿De qué modo se extrae tal conclusión de aquel artículo? ¿Se «impone» *a contrario sensu* realmente?

Podemos representar así la referida norma, siendo SNF «disposición sancionadora no favorable» y R «retroactividad» (por tanto, $\neg R$ = irretroactividad):

$$SNF \rightarrow O\neg R$$

¿Cómo cae bajo ese *dictum* una disposición sancionadora favorable? El razonamiento que lleva a cabo el TC tendría esta estructura (usamos SF por «disposición sancionadora favorable»):

1. $SNF \rightarrow O\neg R$
2. SF

---

3. OR

En tales términos lógicos, la conclusión es lógicamente arbitraria. [...]

La Constitución guarda silencio respecto de la retroactividad o no de las disposiciones sancionadoras favorables, y de ese silencio no se sigue nada para ellas. La norma expresada [en 3] [...] es una invención del Tribunal, invención

que puede considerarse avalada por buenas razones morales o políticas, pero no por argumentos de otro género. [...]

Veamos ahora un segundo ejemplo, también de nuestra jurisprudencia constitucional. El artículo 25.3 CE dice que «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». El TC, en su sentencia 21/1981, de 15 de junio (FJ 8), dice que «La Constitución española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. *Del artículo 25.3 se deriva* a sensu contrario *que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*. Y el artículo 17.1 establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la ley para la fijación de los supuestos».

Si el artículo 25.3 significa que «si se es Administración Civil, entonces no le está permitido imponer sanciones que impliquen privación de libertad» ($AC \rightarrow O\neg SPL$), estamos ante un condicional que no impone ni excluye ninguna solución para otros supuestos, que nada «dice» ni significa para la Administración Militar. Negando el antecedente no se niega lógicamente el consecuente.

¿Qué ocurriría si interpretáramos esa norma como bicondicional (si y sólo si se es Administración Civil, entonces no le está permitido imponer sanciones que impliquen privación de libertad? $AC \leftrightarrow O\neg SPL$. Aquí negar el antecedente implica negar el consecuente:

1. $AC \leftrightarrow O\neg SPL$
2. $AM \rightarrow \neg AC$
3. AM

---

4. $\neg O\neg SPL$

La conclusión expresada en 4, lógicamente correcta, nos dice, pues, que (dado 3, Administración Militar) no es obligatorio no imponer sanciones privativas de libertad, lo que equivale a que está permitido imponer sanciones privativas de libertad.

En este caso vemos que el argumento *a contrario* está correctamente empleado, pero a condición de que sea admisible la interpretación previa que lo sustenta, interpretación de la norma en términos de «si y sólo si». [...]

También esta tesis [de la dependencia del argumento *a contrario* respecto de la previa interpretación de la norma] ha sido resaltada ampliamente por la mejor doctrina, y en particular por los cultivadores de la lógica jurídica. Así, Kalinowski plantea el tema con singular claridad, cuando dice que el argumento *a contrario* «es un raciocinio que explicita el sentido de la expresión cuantificadora 'solamente' o de uno de sus sinónimos, tales como 'únicamente', 'exclusivamente', 'sólo... que', etcétera, empleados *expressis verbis* por el legislador, o que permanecen sobreentendidos» [...] Y añade que «difícilmente se puede hablar aquí de interpretación del derecho. Porque la verdadera interpretación comienza solamente cuando se plantea la cuestión de saber si es necesario o no sobreentender en el texto interpretado el cuantificador 'solamente', que hace posible la aplicación de la regla arriba mencionada».

Así pues, el argumento *a contrario* no es en realidad ni un argumento interpretativo, ya que los argumentos interpretativos deben ser usados con anterioridad a que sea posible echar mano del argumento *a contrario*; ni un argumento creativo, pues no produce una norma nueva, sino que saca las consecuencias de

la norma preexistente interpretada. El resultado de su utilización es dependiente de esa interpretación anterior, por lo que tal resultado se verá condicionado por la doctrina o concepción de la interpretación que el intérprete maneje. Aquí nuevamente se percibirá el enfrentamiento entre las tres concepciones que hemos esquemáticamente retratado (García Amado 2001: 86, 88-89, 94-95, 97, 100, 104-105, 107-108 y 111).

1) ¿Cuál es el «defecto lógico» al que se refiere el autor en relación con el uso del argumento *a contrario* para solucionar una laguna (en su análisis del ejemplo ficticio sobre el medio de transporte utilizado para ir a un estadio de fútbol)?

2) ¿Tiene razón García Amado cuando tacha de «equivocación» o de «confusión» sostener que el argumento *a contrario* y el argumento *a simili* entran «en competencia» entre sí cuando se trata de resolver una analogía? ¿Se trata realmente de una confusión por parte de quienes profesan una concepción del Derecho del tipo de las que él denomina como «material»? ¿No podría aclararse todo mejor si se introdujera una distinción entre la forma lógica de un argumento (que, si es deductiva, por definición, no puede tener carácter productivo) y la regla interpretativa, regla de inferencia material, tópico, o como se la quiera llamar, implicada en el uso de un argumento (que es lo que puede explicar que con el argumento se dé lugar a algo nuevo); o, dicho de otra manera, entre una concepción formal, y una concepción material (y pragmática) de los argumentos; en definitiva, una ambigüedad en cuanto al significado que se atribuya a la palabra «argumento»? ¿Quizás lo que ocurra es que la confusión no radica exactamente donde la sitúa García Amado, sino en la pretensión de reducir los argumentos a su esquema lógico-formal? (*vid.* III,5,A, en relación con la manera como Tarello concibe ese argumento)? ¿Pero es eso algo distinto a lo que el mismo García Amado dice en relación a las distintas concepciones que pueden tenerse del Derecho (y de la interpretación)?

3) ¿No hay una asimetría injustificada en el tratamiento que García Amado dispensa al argumento *a contrario* y al argumento por analogía? ¿Acaso cabría decir que la analogía permite resolver una laguna antes de proceder a interpretar una de sus premisas de determinada manera? ¿Y no pasa con la analogía lo mismo que con el argumento *a contrario*: que no responde a una forma deductiva válida hasta que no se ha procedido a esa interpretación?

4) ¿Es útil un análisis del argumento *a contrario* (o de cualquier otro argumento jurídico) que se limite a (o se centre en) su estructura lógica? ¿Qué cabría decir del argumento *a contrario* si se considerase tanto en su dimensión formal como en la material y pragmática?

5,G) SOBRE EL ARGUMENTO POR REDUCCIÓN AL ABSURDO

Como se ha visto, el argumento por reducción al absurdo tiene una estructura muy simple: supongamos *p*; pero a partir de *p* se puede concluir

q; *q* es absurdo (una contradicción lógica o algo que en algún sentido resulta inaceptable); por lo tanto no-*p*. Rodríguez-Toubes presenta tres variedades de este argumento en su uso jurídico (Rodríguez-Toubes 2012), según que *q* represente una inconsistencia lógica, una falsedad o una tesis que sea incoherente con el sistema jurídico. A su vez, las inconsistencias pueden ser implícitas o explícitas; las falsedades, fácticas o jurídicas; y las incoherencias, en relación con el contenido, con la eficacia o con los fines del ordenamiento y de sus normas. En los fragmentos que siguen se presenta, de manera general, esa tipología; se muestran y analizan tres ejemplos de uso del argumento; y se defiende la tesis de que los argumentos por reducción al absurdo son distintos de los argumentos consecuencialistas o teleológicos:

El argumento por reducción al absurdo, tal como se emplea en el razonamiento jurídico, fundamenta una tesis mostrando que su negación u otras alternativas conducen lógicamente a un resultado imposible o de otro modo inaceptable, y en último término a la contradicción de negar lo que a la vez se acepta explícita o implícitamente como premisa. Se trata de una aplicación peculiar de una conocida forma de demostración lógica y matemática, pues en el ámbito jurídico no sólo se emplea como prueba deductiva, sino también como instrumento retórico o dialéctico para defender la tesis considerada más idónea o razonable.

El argumento por reducción al absurdo puede entenderse de varias maneras:

a) En su sentido más estricto o fuerte, el lógico y matemático, el argumento demuestra una tesis probando que, dadas ciertas premisas, de la hipótesis que la niega se deduce una contradicción, con lo cual negar la tesis es una imposibilidad lógica. Por tanto, es una prueba *por contradicción* e *indirecta*, y así se denomina también en ocasiones este argumento.

b) En un sentido algo menos estricto, el argumento consiste en rechazar una hipótesis (para defender otra alternativa) mostrando que tiene como consecuencia lógica una falsedad o imposibilidad fáctica; o algo que se tiene generalmente por falso. Aquí cabe una subdivisión, y así Rescher [...] distingue entre consecuencia falsa (argumentos *ad falsum* o *ad impossibile*) e implausible o anómala (argumentos *ad ridiculum* o *ad incommodum*).

c) En un sentido todavía más amplio, el argumento rechaza una hipótesis (para defender otra alternativa) mostrando que tiene una consecuencia lógica inadmisible o inaceptable por ser incoherente con el sistema de referencia. Con esto el argumento puede tomar un cariz axiológico o teleológico. El nombre de argumento *ab absurdo*, usado a veces, se corresponde mejor con esta versión menos rigurosa, que puede degenerar fácilmente en falacia. Pero conviene distinguir entre la reducción al absurdo y otros argumentos diferentes basados en las consecuencias. La reducción al absurdo se fija en las implicaciones lógicas de una hipótesis, mientras que la argumentación consecuencialista atiende a los efectos que probablemente causará su puesta en práctica. [...]

La anterior clasificación describe las variedades de uso del argumento más que diferencias en su estructura lógica, y por esta razón es algo engañosa. En su estructura las tres variantes pueden reducirse a la primera, pues en todos los casos el argumento consiste en poner de manifiesto una contradicción lógica. La variedad estriba en el origen de la contradicción. En todos los casos el objetivo del argumento es hacer patente que afirmar una cierta hipótesis implica negar una tesis previamente asumida, a la que llamaré *premisa de contraste.* [...]

Inconsistencia implícita

[...] *Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), 464/2010, de 20 de julio de 2010*
Se discutía la interpretación de un contrato de seguro. El descuido de un empleado del parque de atracciones de Madrid durante trabajos de mantenimiento provocó un accidente que causó daños en una máquina. La sociedad que explotaba el porqué tenía una póliza llamada «Riesgo básico: todo riesgo daños materiales», que cubría los daños causados por un hecho «súbito, accidental e imprevisible». En cambio excluía el riesgo «avería de maquinaria», cubierto por una póliza opcional y definido como «los daños y/o pérdidas sufridos por las máquinas aseguradas, como consecuencia de una causa accidental, súbita e imprevisible de origen interno, no clasificada como riesgo excluido, ocasionados por: 1. Impericia, negligencia y actos malintencionados del personal del Asegurado o de extraños [...]». La compañía aseguradora entendió que los daños no estaban cubiertos por el seguro, y el conflicto llegó a juicio. La primera sentencia falló que el daño estaba cubierto, porque la causa del siniestro no tuvo un origen interno. La Audiencia Provincial de Madrid revocó esa decisión porque el riesgo cubierto eran los daños causados por un hecho «súbito, accidental e imprevisible» y, sin embargo, el accidente en este caso no era imprevisible, sino que había sido causado por un error humano y podían haberse tomado medidas de precaución para evitarlo. Esta resolución fue a su vez casada por el Tribunal Supremo, que sostuvo lo siguiente (FJ 3):

«[L]a interpretación del concepto 'imprevisible' por el tribunal sentenciador conduce al absurdo de que una póliza 'Todo Riesgo' no cubriera el debido al error humano y sí, solamente, los daños debidos a fuerza mayor.

»Que tal interpretación no se ajusta a los artículos 1284 y 1286 CC[11] se advierte en seguida porque, de aceptarse, resulta que ni siquiera habiéndose contratado la garantía opcional de 'Avería de Maquinaria' el seguro habría cubierto el siniestro, pues en tal caso también los daños tendrían que deberse a una causa 'accidental, súbita e imprevisible', siendo así que la cobertura de esta garantía sí comprende muy expresamente los daños ocasionados por 'impericia, negligencia y actos malintencionados del personal del asegurado o de extraños', demostración palpable de que en el contrato de seguro litigioso la imprevisibilidad es plenamente compatible con la negligencia de los empleados de la asegurada demandante».

En la motivación del Tribunal Supremo pueden reconocerse dos argumentos que se presentan como reducciones al absurdo, con desigual fuerza lógica.

Un primer argumento parecería ser que es absurdo que una póliza «todo riesgo» excluya los daños causados por un error humano, porque (se sobreentiende) si es todo riesgo ha de cubrir también ese riesgo. Este primer argumento podría tener atractivo retórico, pero es muy débil. La denominación «todo riesgo» de una póliza de seguros no significa que incluya todos los riesgos, ni tampoco el debido a error humano. En el presente caso, por ejemplo, no se discute que la póliza «todo riesgo» excluye los daños previsibles; y está claro que excluye las averías de maquinaria causadas por negligencia, las cuales están cubiertas por un seguro opcional. Además, aquí la premisa de contraste es la misma conclusión que se quiere demostrar, por lo que el razonamiento es circular, una petición de principio [...]. Viene a decirse que en el caso presente el daño debido a error

11. Artículo 1284 CC: «Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto». Artículo 1286 CC: «Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato».

humano no queda excluido del seguro «todo riesgo» porque es absurdo que un seguro «todo riesgo» excluya el daño debido a error humano.

Según el segundo argumento, es absurdo que un daño causado por negligencia se considere previsible, porque en otro caso carecería de sentido la póliza opcional de *avería de maquinaria*, la cual cubre daños causados por negligencia siempre que sean imprevisibles. Este argumento sí tiene consistencia lógica y es una eficaz reducción al absurdo. La posibilidad de que haya daños negligentes e imprevisibles cubiertos por un seguro hace efectivamente absurdo afirmar que los daños negligentes son siempre previsibles y prueba la tesis contraria, según la cual no todos los daños negligentes son previsibles[12]. [...]

Falsedad fáctica

[...] *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23.ª) núm. 26/2002, de 21 marzo*

Se discute un recurso de una sentencia que consideró probado, oído el testimonio de dos agentes de la Guardia Civil, que el recurrente condujo bajo los efectos del alcohol, no se detuvo ante la señal de alto de los agentes y, tras ser perseguido unos minutos, intercambió la posición de conductor con la de su acompañante. El recurrente alegaba que no conducía él sino su acompañante y que hubo error en la apreciación de la prueba. La Audiencia coincide con el juez de primera instancia en creer más verosímil la versión de los agentes (FJ 1):

«[...] ante la contundencia de los hechos acreditados por su intervención, como infiere el mismo Juzgador, al destacar por reducción al absurdo, el hecho que el vehículo prosiguiera su marcha, pese a la orden de detención dada por los agentes, siendo así que iba conduciendo una persona sobria, en la versión del acusado».

Parece razonarse que si en efecto no conducía el recurrente sino su acompañante, ello implicaría que el coche se detuvo ante el alto de la Guardia Civil, porque los conductores sobrios se detienen al recibir el alto de la Guardia Civil; pero como el coche no se detuvo, resulta que esa hipótesis implica un resultado falso y conduce al absurdo, y por eso debe ser desestimada. El argumento, aunque defectuoso, se presenta como una reducción al absurdo[13]. [...]

Incoherencia con los fines del ordenamiento y de sus normas

[...] *Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1.ª) 30/2005, de 14 de marzo de 2005*

En esta sentencia puede verse un ejemplo de reducción al absurdo por referencia a lo que el decisor considera sensato y razonable. Se discute si un registro domiciliario autorizado por un juez por un presunto delito de tráfico de drogas se realizó correctamente. Entre los posibles motivos de nulidad alegados por el

12. Cuestión distinta es si era eso lo discutido. Si lo que sostuvo la Audiencia Provincial de Madrid no fue que toda negligencia implica previsibilidad, sino que en el caso juzgado hubo negligencia y previsibilidad (es decir, que la coincidencia de negligencia y previsibilidad fue contingente, pero no era necesaria), entonces tampoco el segundo argumento del Tribunal Supremo es efectivo, y el supuesto absurdo que denuncia se desvanece.

13. El argumento es defectuoso porque la implicación que da por supuesta es discutible (pues cabe la posibilidad de que un conductor sobrio no se detenga ante el alto de la Guardia Civil), y además es precisamente lo que se discute (pues el recurrente alega que conducía alguien sobrio que no se detuvo), con lo cual el argumento incurre en petición de principio.

recurso estaría que la policía entró en el domicilio antes que la secretaria judicial. La Audiencia Provincial considera que este motivo debe desestimarse, y se apoya en este argumento (FD 3):

«Como declararon los testigos agentes de la Policía Nacional [...], la entrada en el domicilio registrado por parte de la Secretaria judicial tuvo lugar entre el grupo de agentes policiales, algunos de los cuales penetraron en la vivienda por delante de ella justamente por razón de su condición de funcionarios armados, como ocurre en la generalidad de los registros domiciliarios, y por razones de estricta seguridad. De manera que la tácita pretensión de los acusados de que el Secretario judicial sea el primero en penetrar en la vivienda registrada, seguido de los policías judiciales, so pena de supuesta nulidad de dicha diligencia, debe ser rechazada simplemente por reducción al absurdo, debiendo recordarse que el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige en este tipo de diligencias la presencia del Secretario judicial exclusivamente en su calidad de fedatario público, sin necesidad ni obligación alguna de poner en riesgo su vida o su integridad física».

El argumento empleado es simple: la tesis según la cual un registro domiciliario es nulo si no lo inicia personalmente el secretario judicial debe rechazarse, porque implicaría que el secretario judicial tendría que asumir un riesgo para su vida o integridad física en muchos registros domiciliarios, lo cual es jurídicamente absurdo e inaceptable. Pero la razón por la que esta implicación es absurda (la premisa de contraste) hay que presumirla: porque es irrazonable y contrario al sentido común exigir al secretario judicial, cuya función y responsabilidad es dar fe pública, que asuma esos riesgos. Se toma aquí como punto de vista jurídico (fundadamente) el postulado de que el Derecho persigue fines razonables por medios razonables, y de ahí se sigue que son inaceptables las tesis jurídicas que conducen a consecuencias incoherentes con esa razonabilidad en los fines y en los medios. [...]

Consecuencias y fines

En los análisis del razonamiento jurídico es habitual tratar indistintamente el argumento por reducción al absurdo y otros argumentos consecuencialistas o teleológicos. La asociación es natural, pero en rigor se trata de una confusión. En ambos casos hay un punto de partida de cuya negación se obtiene una premisa hipotética, la cual es rechazada por las consecuencias que supuestamente conlleva. La diferencia estriba, según Jansen [...], en que en el argumento por reducción al absurdo las consecuencias son implicadas, o bien lógicamente, o bien causalmente a partir de una premisa descriptiva imaginaria; mientras que el argumento consecuencialista apunta hacia una cadena causal real con un punto de partida prescriptivo. La distinción es sutil, pero relevante. [...]

La esencia de la reducción al absurdo es poner de manifiesto una implicación lógica que resulta problemática, y no tanto el resultado que debería evitarse y que hace problemática la implicación. El argumento es sistemático y no sustantivo. En cambio, los argumentos consecuencialistas son sustantivos, pues el interés se sitúa en describir un mal y la probabilidad de que suceda. No obstante, cuando se rechaza una tesis porque tiene consecuencias indeseables o inconvenientes (y no falsas o ilógicas), es fácil que confluyan y se confundan la reducción al absurdo y la argumentación consecuencialista. Ciertamente, cuando se considera «absurdo» defender una interpretación jurídica que conduce a un resultado notoriamente indeseable, no importa demasiado si esta consecuencia es una implicación lógica o una probabilidad causal. Sin embargo, conceptualmente son argumentos distintos. No por decir que las consecuencias indeseables son «absurdas» estamos ante una

reducción al absurdo. La clave de la reducción al absurdo no está en identificar un consenso sobre lo que es absolutamente rechazable, ni en alertar sobre un riesgo probable, sino en identificar un inconveniente lógico en el argumento rival. La reducción al absurdo tiene lugar cuando la consecuencia inaceptable se sigue lógica o sistemáticamente de la hipótesis cuestionada, y no cuando se sigue causalmente. En la teoría y en la práctica jurídicas se denomina a veces *reducción al absurdo* a un argumento que persigue evitar consecuencias «absurdas»; pero ésta sí es una utilización tal vez demasiado laxa de este nombre (Rodríguez-Toubes 2012).

1) Al analizar el primer ejemplo, Rodríguez-Toubes distingue dos argumentos por reducción al absurdo que efectúa el Tribunal Supremo, y considera que el primero es, en realidad, una petición de principio. ¿Está de acuerdo? ¿Podría esquematizarse ese argumento de manera que no diera lugar a ese tipo de falacia? ¿Es, en definitiva, falaz, la manera de argumentar del Tribunal Supremo en ese aspecto?

2) ¿Está de acuerdo con lo que se dice en el texto sobre la distinción entre el argumento por reducción al absurdo y el argumento consecuencialista? ¿No sería más claro afirmar que los argumentos son idénticos desde el punto de vista formal —en cuanto a su estructura— y difieren desde el punto de vista material o sustantivo, de manera que, en definitiva, el argumento consecuencialista (en su versión negativa) es un argumento por reducción al absurdo en el que la idea de absurdo debe entenderse en el sentido de «consecuencias (sociales) inaceptables»?

3) Para que resulte lógicamente válido, el argumento por reducción al absurdo debe seguir la estructura que ya se ha visto (lo que, naturalmente, ocurre casi siempre: aunque esa estructura pueda resultar más o menos explícita). Además, su solidez depende de la aceptabilidad de las premisas; en particular, de que lo considerado como absurdo lo sea realmente. Las reglas para usar de manera pragmáticamente adecuada el argumento se conectan precisamente con esto último: quien esgrime el argumento debe esforzarse por presentarlo en forma que no sea posible escapar de la contradicción, de manera que, si esto no es factible, no resulta conveniente usarlo; y el que combate el argumento, lo que tiene que hacer es mostrar que la contradicción es simplemente aparente, que se basa en algún error o ambigüedad o que, siendo real, puede resolverse con cierta facilidad. Como en el siguiente ejemplo:

La pedofilia y el Vaticano

Frente a quien argumenta *por reducción al absurdo (si se acepta* X*, entonces debe aceptarse también* Y*; pero* Y *es absurdo; por lo tanto, debe rechazarse* X*) cabe a veces oponer que hay una forma de entender* X *(como* X'*) que no lleva a* Y.

En septiembre de 1995 se celebró en Pekín, y tuvo un gran despliegue en toda la prensa, la Conferencia Mundial de la Mujer. Parte del interés que la reunión suscitó se debió a que la delegación vaticana anunció, al comienzo de la misma, lo que sin duda era un cambio de actitud sustancial —y de gran trascendencia— en materia de reproducción humana: «La planificación familiar —declararon los delegados vaticanos— es una decisión libre del hombre y la mujer. Sólo ellos

deben elegir la frecuencia y el número de hijos que quieren tener, sin presiones externas. El Vaticano acepta todos los métodos anticonceptivos, como recoge el documento».

Si mal no recuerdo, al final resultó que el Vaticano no aceptaba todos los métodos anticonceptivos, sino, más o menos, los que siempre había aceptado, ahora rebautizados de «ecológicos». Pero en el ínterin, los delegados de la Iglesia tuvieron tiempo para emitir un par de opiniones francamente sorprendentes. [...] La otra [opinión] es considerablemente más sutil y tuvo como protagonista al portavoz permanente del Vaticano, Joaquín Navarro Valls: «Respecto a la libertad sexual, Navarro Valls se preguntaba que si la comunidad internacional está dispuesta a aceptar todas las tendencias sexuales, entonces tendrá que plantearse aceptar, por ejemplo, la pedofilia» (*El País*, 7 de septiembre de 1995).

El argumento pretende —mediante una reducción al absurdo— sostener que la comunidad internacional no puede aceptar cualquier tendencia sexual —piénsese, sin ir más lejos, en la homosexualidad que, como es sabido, no es vista por la Iglesia católica precisamente con buenos ojos—, y lo hace «explotando» la ambigüedad de la que casi siempre adolecen nuestros lenguajes. Bastaría, sin embargo, con precisar que «todas las tendencias sexuales» debe ser interpretado como «todas las que practiquen adultos y mediando consentimiento» para que el argumento —dirigido, en realidad, contra la libertad sexual: en otro caso resultaría incomprensible— resulte desactivado. De la misma manera que uno acepta la libertad de expresión —incluida la expresión de ideas que no comparte— sin que ello suponga dar por buenas la injuria y la calumnia, uno debería también aceptar la libertad sexual —de todas las tendencias, incluida la homosexualidad o el masoquismo— sin por ello bendecir la pedofilia, la violación o el acoso sexual. ¿Pero era ése el propósito del representante permanente del Vaticano? (Atienza 2010: 7-9).

4) Al final de su trabajo, Rodríguez-Toubes escribe lo siguiente: «Es un modo de argumentar [la reducción al absurdo] que se presenta con la apariencia de razonamiento lógico —no en vano su origen es una demostración deductiva lógica y matemática—, pero a menudo es sólo un recurso retórico o dialéctico cuya eficacia se basa en emociones». ¿Está de acuerdo con esa caracterización más bien peyorativa de la retórica y de la dialéctica (que sitúa estos dos últimos tipos de argumentación en el campo de lo emocional —frente a la racionalidad de la lógica—)? ¿Están necesariamente en contraposición la lógica, por un lado, y la retórica y la dialéctica, por el otro? ¿En qué radica la fuerza persuasiva (el efecto retórico) de la reducción al absurdo? ¿Quizás en su aptitud para ridiculizar una tesis o a un adversario? ¿Y no es la reducción al absurdo el tipo de argumento que permite dar cuenta del debate dialéctico? ¿Pero se basa todo ello simplemente en emociones? ¿Conviene, en definitiva, ver el argumento por reducción al absurdo conjuntamente desde una perspectiva formal, material y pragmática?

5,H) INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD Y CONTRADICCIÓN PRAGMÁTICA

Uno de los más graves conflictos que ha habido en España entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional lo desencadenó un recurso de

amparo sobre investigación de la paternidad, resuelto por el TC el 17 de enero de 1994. Los antecedentes eran los siguientes. En julio de 1987, una mujer presenta una demanda para que se declare que tal persona es el padre de una niña menor de edad y que aparece registrada como hija de la demandante. El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda por falta de prueba. Se recurre ante la Audiencia Provincial, y ésta declara que, efectivamente, el demandado es el padre de la menor, basándose en que éste se había negado reiteradamente a someterse a la prueba biológica de la paternidad; en que los otros medios de prueba existentes eran suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no era frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad; y en que la única razón que alega para negarse a la realización de esa prueba —consistente en la extracción de una pequeña cantidad de sangre— es que supone una intromisión en el derecho a la intimidad y en la integridad física y moral del afectado. La sentencia de apelación se recurre en casación y el Tribunal Supremo (la Sala Primera) decide que, al haberse impedido la contrastación biológica «voluntaria y obstinadamente», la demanda quedaba «sin un soporte serio de prueba para señalar con la exigible seguridad y certeza la paternidad del demandado» (FJ 3). Finalmente, ante el recurso de amparo interpuesto por la madre de la menor, el Tribunal Constitucional no se limitó a conceder el amparo, sino que anuló la sentencia del Supremo y otorgó firmeza a la de la Audiencia Provincial; la sentencia tuvo un voto disidente de un magistrado que, estando de acuerdo con la argumentación de fondo del Tribunal, entendió que éste debía haberse limitado a anular las tres resoluciones judiciales. Como se verá enseguida, en su argumentación (FJ 7) el Tribunal Constitucional acusa al Supremo de haber incurrido en una «contradicción esencial» que podría llamarse también una «contradicción pragmática»:

> 6. [...] En el presente caso, los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, han acatado la negativa del afectado a la realización de esa prueba, que había sido declarada pertinente, y por ello han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación. Con ello se ha condonado una conducta procesal carente de toda justificación y, además, la sentencia impugnada ha hecho recaer sobre la demandante y su hija las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable enteramente a la voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida. Al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia excesiva contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 CE (SSTC 227/1991, FJ 3; 14/1992, FJ 2; y 26/1993, FJ 4), colocándola en una situación de indefensión.
>
> 7. En el presente caso no se trata, pues, de que se corrijan en la sentencia las valoraciones de hecho efectuadas por los Tribunales de procedencia —actuación que está vedada a este Tribunal, a tenor de lo establecido en el artículo 44.1 b)

de su Ley Orgánica reguladora—, sino de enjuiciar la conducta de aquéllos, a la luz de las exigencias impuestas por el artículo 24.1 CE, que perviven a todo lo largo del devenir del proceso, también en su fase probatoria.

La tutela judicial constitucionalmente garantizada viene calificada por su efectividad, y esta característica, aunque no imponga necesariamente el éxito de la pretensión ejercitada —como se ha afirmado en doctrina de este Tribunal tan abundante que excusa su cita—, en lo referente a la actividad probatoria, sí exige de Jueces y Tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica en este caso, son idóneas, casi insustituibles, para garantizar la base fáctica de la pretensión; que son accesibles, en las condiciones antes examinadas, y cuya necesidad había sido reconocida por el propio Tribunal sentenciador en su resolución ahora impugnada.

Sin desconocer la conveniencia —apreciada por los Tribunales de las distintas instancias— de una intervención legislativa específica que despeje las dudas al respecto, la legislación vigente, tanto penal como procesal, proporciona al Juez los medios suficientes para actuar con esa diligencia que le exige el mandato constitucional, y, por todo lo dicho, resulta imperativa su utilización. Ello porque afirmar la necesidad de una prueba para comprobar la veracidad de las alegaciones de la demandante, y —legitimando la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica sin actividades adicionales que tiendan a superar esta injustificada negativa— fallar sobre la base de que no se ha probado suficientemente, es una contradicción esencial, que se ampara en la aplicación de reglas formales (las que distribuyen la carga de la prueba *ex* art. 1.214 CC), que en un contexto como el presente devienen formalistas, provocando la infracción de las obligaciones que al juzgador impone el mencionado artículo 24 CE.

Lo anterior aparte, en este caso la infracción constitucional se ve agravada desde el momento en que se dejan sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en el artículo 39.1 CE, desconociéndose a su vez el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad, lo que exige una interpretación de los correspondientes preceptos procesales finalista y adecuada para hacer posible la práctica de la prueba cuya obligatoriedad no es constitucionalmente cuestionable. Como señalamos con anterioridad, la investigación judicial de la filiación sirve directamente a fines constitucionales, enunciados en términos claros y rotundos por el artículo 39 CE, y, por ende, la actuación de los Tribunales ve acentuado el rigor de la exigencia anteriormente enunciada, a fin de procurar que los padres cumplan sus deberes respecto a sus hijos menores, venciendo las resistencias injustificadas de aquéllos.

8. Procede, pues, otorgar el amparo solicitado. Ahora bien, la necesidad de que se haga efectivo también el derecho a un proceso sin indebidas dilaciones, tal como viene consagrado en el artículo 24.2 CE aconseja perfilar el fallo de tal modo que anule sólo aquellas resoluciones judiciales que de forma directa e inequívoca han infringido el derecho fundamental. Y es claro que este defecto se hace patente en la resolución del Tribunal Supremo impugnada. No así en la de la Audiencia Provincial de Madrid que, corrigiendo las infracciones constitucionales apreciadas en la sentencia de instancia, utilizó medios válidos y antes empleados por el mismo Tribunal Supremo para salvaguardar los derechos del menor y de la madre. En concreto, considerando la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como un indicio, tanto más consistente cuanto más reiterado, que en conjunción con las restantes pruebas aportadas por la demandante —que no corresponde valorar a este Tribunal en su conjunto— contribuyó a zanjar con un medio de prueba apto en derecho —la prueba de presunciones, *ex* artículo 1.253 CC— la dificultad probatoria provocada por la citada e injus-

tificada negativa del demandado, dando, en el presente caso, adecuada respuesta con las técnicas probatorias existentes en nuestro Derecho, a los problemas ocasionados por la conducta obstruccionista del demandado.

1) ¿En qué consiste la contradicción pragmática (o «esencial») en que habría incurrido el Tribunal Supremo? ¿Podría formularse así: afirmar la necesidad de (considerar justificado) llevar a cabo una determinada prueba supone asumir el compromiso de procurar que la misma se realice y, si esto no fuera posible, de evitar que ello beneficie a quien impidió su realización sin ofrecer una razón fundada para ello; sin embargo, con su decisión, el Tribunal Supremo incumplió ese compromiso? ¿Por qué es una contradicción *pragmática* y no *lógica*? En todo caso, ¿se podría poner este argumento en la forma de una reducción al absurdo?

2) ¿En qué consiste el argumento del FJ 8 dirigido a hacer efectivo el derecho a un proceso sin indebidas dilaciones? ¿Encaja en alguno de los tipos de argumentos distinguidos por Tarello?

3) ¿Cabría acusar al Tribunal Constitucional de haber incurrido en la resolución de este caso en activismo judicial? De hecho, la Sala Primera del Tribunal Supremo consideró que el Constitucional se había extralimitado en su poder y tomó el acuerdo —que luego no se tramitó— de acudir al rey para que éste, en el ejercicio de la función arbitral que la Constitución le reconoce, corrigiera de alguna forma la acción del Constitucional.

4) Trate de reescribir con la mayor claridad posible la argumentación del Tribunal Supremo.

6,A) SUBSUNCIÓN FRENTE A INTERPRETACIÓN

Es frecuente retrotraer a Beccaria (a su famoso libro *De los delitos y de las penas*, escrito en 1764) la teoría del silogismo judicial. Ahora bien, como señala Piero Calamandrei, en un magnífico prefacio a esa obra clásica (en Beccaria 2011), el libro fue escrito «en menos de un año por un joven de veinticinco de edad, carente de toda experiencia forense directa»; es más, el marqués de Beccaria, «el fundador de la escuela italiana de derecho penal», «no tuvo vocación de jurista» (p. 44); una circunstancia más bien irónica, que le lleva a Calamandrei a referir la anécdota de la persona bienintencionada que atribuyó a un papa recién fallecido un solo defecto: ¡no era creyente! No se trata, pues, propiamente, de la obra de un jurista, en el sentido estricto de la expresión, sino de la de un moralista que reacciona con espíritu humanitarista y compasivo frente a la escalofriante crueldad en la aplicación del Derecho penal de la época. Quizás así se entienda que la teoría del silogismo vaya unida aquí a un legalismo —formalismo— bastante ingenuo (la influencia de Montesquieu resulta patente) que niega incluso que los jueces (naturalmente, Beccaria se está refiriendo a los jueces del *Ancien Régime*) tengan autoridad para interpretar las leyes.

[...] Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores [...] ¿Quién será, pues, el legítimo intérprete de la ley? ¿El soberano, es decir, el depositario de las actuales voluntades de todos, o el juez, cuyo oficio es sólo comprobar si un cierto hombre ha cometido o no una acción contraria a las leyes?

En todo delito, el juez debe hacer un silogismo perfecto: la mayor debe ser la ley general, la menor, la acción conforme o no a la ley, la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez sea constreñido o quiera hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre[14].

Nada hay tan peligroso como el axioma común de que es preciso consultar el espíritu de la ley. Éste es un dique roto frente al torrente de las opiniones [...] Cada hombre tiene su punto de vista, cada hombre en momentos diferentes tiene uno diverso. El espíritu de la ley sería, pues, el resultado de la buena o mala lógica de un juez, de una fácil o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad de quien sufre, de las relaciones del juez con el ofendido y de todas aquellas mínimas fuerzas que modifican las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre. [...]

Un desorden que nace de la rigurosa observancia de la letra de una ley penal no es comparable con los desórdenes originados por la interpretación» (parágrafo 4, «Interpretación de las leyes», Beccaria 2011: 121-123).

1) Qué queda hoy del silogismo judicial? Si se considerara que lo que queda es, simplemente, la necesidad de que las motivaciones de los jueces cuenten con una «justificación interna», ¿es ello suficiente para preservar los valores políticos —y morales— que subyacen a la tesis de Beccaria?

2) ¿Hay realmente una vía media entre el formalismo y el activismo judicial en la que se encontraría el juez virtuoso, el buen juez? ¿Cuál sería?

6,B) ALEXY Y LA FÓRMULA DEL PESO

La teoría más influyente de la ponderación en los últimos tiempos es la de Robert Alexy, que puede considerarse como una racionalización del manejo por parte de los tribunales constitucionales europeos del principio de proporcionalidad. Alexy concibe los derechos constitucionales como principios, y los principios como mandatos de optimización, que ordenan que algo debe realizarse en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y normativas existentes). Cuando se producen conflictos entre derechos (o entre principios; lo cual tiene lugar en todos los campos del Derecho), los mismos deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, o sea, aplicando el principio de proporcionalidad que, para Alexy, viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Este principio consta, a su

14. Aquí aparece la siguiente nota a pie de página escrita por Calamandrei: «En realidad, la operación lógica que debe realizar el juez para llegar a la sentencia es mucho más complicada y mucho menos mecánica que la que Beccaria reduce a esquema. Pero tampoco en este caso debe olvidarse el valor polémico y político de todo el razonamiento».

vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas. Significan que una medida (una ley, una sentencia, etc.) que limita un derecho (un bien de considerable importancia) para satisfacer otro, debe ser idónea para obtener esa finalidad y necesaria, o sea, no debe ocurrir que la misma finalidad pudiera alcanzarse con un coste menor. El tercer subprincipio, por el contrario, tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. La estructura de la ponderación (el tercer principio), siempre según Alexy, consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se formula 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. Las tres variables son: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy atribuye, además, un determinado valor numérico a las variables: en cuanto a la afectación de los principios y al peso abstracto, según que la afectación o el peso sea leve, medio o intenso; y en cuanto a la seguridad de las premisas fácticas, según que puedan calificarse de seguras, de plausibles o de no evidentemente falsas. En los casos en los que existiera un empate (el peso de los dos principios es idéntico), entrarían en juego reglas sobre la carga de la argumentación: por ejemplo, la que establece una prioridad a favor de la libertad, o a favor de la constitucionalidad de una ley (deferencia hacia el legislador).

Alexy ha expuesto esa teoría en numerosas publicaciones. Se reproduce aquí un fragmento de su ponencia «Legal Principles and the Construction of Constitutional Rights» (Alexy 2010)[15]; el referido a la fórmula del peso que, por así decirlo, constituye el núcleo de la teoría:

> En orden a mostrar que son posibles los juicios racionales acerca de la intensidad de interferencia y de los grados de afectación [se refiere a la ley de la ponderación antes enunciada], puedo volver a una decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre advertencias sanitarias. El Tribunal caracteriza la obligación de los fabricantes de tabaco de colocar en sus productos las advertencias sanitarias en relación con los peligros del tabaco como una interferencia leve o menor con respecto a la libertad de ejercicio de una profesión (*Berufsausübungsfreiheit*). En contraste con ello, una prohibición total en relación con todos los productos del tabaco contaría como una interferencia intensa. Entre estos casos de interferencia leve e intensa se encontrarían otros de intensidad media. De esta manera, puede construirse una escala con los grados de «leve», «medio» e «intenso». Nuestro ejem-

15. Ponencia presentada en el seminario dedicado a discutir su obra, celebrado en Tampere (Finlandia) en enero de 2010. Sólo se incluyen dos de las varias notas a pie de página existentes en el texto de Alexy; la numeración de la nota en el original aparecerá entre corchetes.

plo muestra que la intensidad de la interferencia puede determinarse por medio de esta escala.

Es posible hacer lo mismo con las razones que compiten entre sí. Los riesgos para la salud que resultan de fumar son altos. Por ello, las razones que justifican la interferencia tienen un peso elevado. Si, de esta manera, la intensidad de la interferencia se establece como leve y el grado de afectación de las razones para la interferencia como alto, entonces el resultado del examen de la proporcionalidad en sentido estricto puede ser descrito —de hecho, así lo ha descrito el Tribunal Constitucional Federal de Alemania— como «obvio».

Las enseñanzas que extraer del juicio sobre el tabaco se corroboran cuando se examinan otros casos. Un caso bastante distinto es el del juicio sobre la revista *Titanic*. El *magazine* satírico de amplia difusión, *Titanic*, describió a un oficial de la reserva parapléjico, primero como «nacido asesino» y después, en un número posterior, como «tarado». Un tribunal alemán tomó una resolución contra *Titanic* y ordenó al *magazine* indemnizar al oficial con la cantidad de 12.000 marcos alemanes. *Titanic* entabló una acción constitucional. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una «ponderación sobre un caso específico» entre la libertad de expresión del *magazine* (artículo 5.1.1 de la Ley Fundamental) y el derecho general a la personalidad del oficial (artículo 2.1, en conexión con el artículo 1.1 de la Ley Fundamental). Este caso, también, puede reconstruirse por medio de la escala tríadica: leve, medio, intenso.

Sin embargo, la escala tríadica no es por sí misma suficiente para demostrar que la ponderación es racional. Una demostración requiere que sea posible incluir tales clasificaciones en un sistema inferencial que se entiende está implícito en la ponderación y que, a su vez, está intrínsecamente conectado con el concepto de corrección. En el caso de la subsunción bajo una regla, tal sistema inferencial puede expresarse por medio de un esquema deductivo llamado «justificación interna», que está construido con la ayuda de la lógica proposicional, de predicados y deóntica, y se integra en la teoría del discurso jurídico. Es de gran importancia, tanto para la teoría del discurso jurídico como para la teoría de los derechos constitucionales, que en el caso de la ponderación exista una contrapartida a este esquema deductivo. Tal contrapartida es la fórmula del peso.

El núcleo y, al mismo tiempo, la forma más simple de la fórmula del peso se expresa así:

$$W\,i\,j = \frac{Ii}{Ij}$$

En esta fórmula, se ve que faltan todavía las variables para el peso abstracto de los principios en conflicto (Wi, Wj) y para la seguridad de las afirmaciones empíricas concernientes a lo que la medida en cuestión significa en el caso concreto para la no realización de uno de los principios y la realización del otro principio. Pero esto puede dejarse aquí de lado, de manera que la forma más simple que se acaba de mencionar puede ocupar el lugar de la forma completa:

$$W\,i, j = \frac{Ii \bullet Wi \bullet Ri}{Ij \bullet Wj \bullet Rj}$$

En la forma más simple, al igual que en la forma completa, Ii representa la intensidad de la interferencia con el principio Pi —en nuestro caso, el principio

que garantiza la libertad de expresión de *Titanic*—. Ij representa la importancia de satisfacer el principio en conflicto Pj, que, en nuestro caso, es el principio que garantiza el derecho a la personalidad del oficial parapléjico. Finalmente, Wi,j representa el peso concreto del principio cuya violación se examina —en nuestro caso, el de Pi—. La fórmula del peso expresa el punto de que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Lo hace, en la forma más simple, definiendo el peso concreto como el cociente de la intensidad de la interferencia con este principio (Pi) y la importancia concreta del principio en conflicto (Pj).

Ahora bien, es clara la objeción de que sólo cabe hablar de cocientes en presencia de números y de que no se usan números en las ponderaciones llevadas a cabo en el Derecho constitucional. La réplica a esta objeción puede empezar con la observación de que aunque el vocabulario extraído de la lógica, que estamos usando aquí para expresar la estructura de la subsunción, no es usado en el razonamiento judicial, sin embargo, este vocabulario es el mejor medio disponible para hacer explícita la estructura inferencial de las reglas. Lo mismo se aplicaría a una expresión de la estructura inferencial de los principios por medio de números que sustituyen a las variables de la fórmula del peso.

Los tres valores del modelo tríadico —leve, medio e intenso— pueden ser representados por las letras *l*, *m* e *i*. Sin duda, el modelo tríadico no agota ni mucho menos las posibilidades de graduación. Ponderar es imposible sólo si todo tiene el mismo valor. Además, hay numerosas posibilidades para refinar la escala. Una escala doble-tríadica es de especial interés. Funciona con nueve grados de valor: (1) *ll*, (2) *lm*, (3) *li*, (4) *ml*, (5) *mm*, (6) *mi*, (7) *il*, (8) *im*, (9) *ii*. Es de la mayor importancia que las posibilidades de refinamiento sean limitadas. Todas las clasificaciones son juicios. Todo el mundo entiende un enunciado como «La afectación es leve (*l*)» o un enunciado como «La afectación es de un carácter intenso moderado (*im*)». ¿Pero cómo debería entenderse el enunciado «La afectación tiene un carácter leve intenso de tipo moderado (*lim*)», que es posible hacer añadiendo una tercera tríada? Sólo es posible dar una justificación para lo que uno entiende y la justificabilidad de enunciados acerca de intensidades es una condición de la racionalidad de la ponderación. Ello implica que la graduación en el campo de los derechos constitucionales sólo puede funcionar con escalas relativamente toscas. En último término, es la naturaleza del Derecho, y aquí, la del Derecho constitucional, la que establece límites al nivel en que la graduación puede discriminar y ello excluye del todo la aplicabilidad de cualquier escala infinitesimal. Medidas calculables por medio de un continuo de puntos entre 0 y 1 no pueden tener ninguna aplicación.

Incluso las escalas toscas, discretas, no pueden, sin embargo, prescindir de la asignación de números, si la estructura inferencial de la ponderación tiene que expresarse con la fórmula del peso. Hay varias posibilidades para asignar números a los tres valores del modelo tríadico. Una posibilidad bastante simple y al mismo tiempo altamente instructiva consiste en tomar la secuencia geométrica 2^0, 2^1, 2^2, esto es, 1, 2 y 4[16]. En el caso *Titanic*, el Tribunal Constitucional Federal consideró que la intensidad de la afectación (*Ii*) a la libertad de expresión (*Pi*) era intensa (*i)*; consideró que la importancia de satisfacer el derecho a la personalidad (*Pj*) del oficial (*Ij*), en cuanto se lo describió como «nacido ase-

16. [36] La mayor ventaja de la secuencia geométrica consiste en que permite una mejor representación del incremento más que proporcional del poder de los derechos en correlación con un aumento de la intensidad de la interferencia; un hecho que sirve de base para refutar la objeción referida a la disolución del poder de los derechos constitucionales.

sino» —dado su contexto altamente satírico—, era sólo moderada (*m*), quizás incluso leve (*l*). Si insertamos los valores correspondientes de nuestra secuencia geométrica para *i* y para *m, entonces el peso concreto de Pi* (*Wi,j*) es, en este caso, 4/2, esto es, 2. Si, a la inversa, *Ii* fuera *m* e *Ij* fuera *i*, el valor sería 2/4, esto es, 1/2. La prioridad de *Pi* se expresa con un valor concreto superior a 1; la prioridad de *Pj*, por un peso concreto menor que 1. En todos los casos de empate, el valor es 1.

La descripción del oficial como «tarado» fue considerada por el Tribunal como una interferencia intensa (*i*) con el derecho a la personalidad. Esto dio lugar a un empate, con la consecuencia de que la acción constitucional interpuesta [por la revista] en el caso *Titanic* no tuvo éxito en relación con la indemnización proveniente de la descripción como «tarado». Por el contrario, la libertad de expresión gozó de prioridad en el caso de la descripción «nacido asesino», con la consecuencia de que la indemnización [que había decretado un Tribunal anteriormente] resultaba en ese aspecto desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. La acción constitucional fue, en relación con esto último, exitosa.

La racionalidad de una estructura inferencial depende esencialmente de la cuestión de si conecta premisas que, a su vez, puedan ser justificadas. En la fórmula del peso, las premisas se representan con números que indican juicios. Un ejemplo es el juicio de que una descripción pública de una persona con graves minusvalías como «tarado» es una interferencia intensa con el derecho a la personalidad de esa persona. Este juicio hace surgir una pretensión de corrección que puede ser justificada en un discurso. La conmensurabilidad de las afirmaciones de ambos lados de la balanza está garantizada si el discurso se lleva a cabo sobre la base de un punto de vista común: el punto de vista de la constitución. El Tribunal Constitucional Federal justifica su afirmación con el argumento de que la descripción como «tarado» es en nuestros días considerada como una expresión de falta de respeto y de humillación. Naturalmente, uno puede plantear una disputa sobre esto, como pasa con muchas cuestiones en el Derecho. Pero la calidad de disputable no implica irracionalidad. Si fuera ese el caso, no solamente la ponderación, sino el razonamiento jurídico en cuanto tal sería en su mayor parte irracional. La realidad es precisamente la contraria. La justificabilidad, a pesar del hecho de que no pueda identificarse con demostrabilidad, implica racionalidad, y, con ello, objetividad, entendida como algo que está entre la certeza y la arbitrariedad.

El objetivo se ha alcanzado. Ponderar resulta ser una forma de argumento del discurso jurídico racional[17]. Ello es suficiente para refutar la objeción de irracionalidad en cuanto objeción dirigida específicamente contra la ponderación. Desde luego, cabe preguntarse en términos completamente generales sobre la posibilidad de la argumentación jurídica racional, y cabría también pensar en la forma de contestar a las objeciones de los otros seis grupos [planteadas al comienzo del artículo] sobre la base de lo que aquí se ha elaborado. Pero eso tendrá que esperar para otra ocasión. Aquí basta con decir que la objeción de la irracionalidad, de la que dependen todas las otras, puede ser descartada. Habiendo hecho esto, podemos muy bien estar en la posición de decir que se ha dado un paso importante

17. [40] En cuanto esquema inferencial expresado por la fórmula del peso, la ponderación es una estructura formal que no contiene, como tal, ninguna sustancia. La aplicación de la fórmula del peso, sin embargo, requiere que las variables de la fórmula del peso sean sustituidas por contenidos hechos explícitos mediante juicios acerca de la intensidad de la interferencia, el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas. Por esta razón, puede decirse que ponderar es [una operación] procedimentalmente sustantiva.

en la dirección hacia una defensa completa de la concepción principialista de los derechos constitucionales (Alexy 2010).

1) Las siete objeciones (a su teoría de la ponderación, de los principios y de los derechos) recogidas —y sistematizadas— por Alexy, y a las que se refiere en el último párrafo de su artículo, son las siguientes: 1) hasta qué punto existen principios y, si existen, cómo pueden diferenciarse de las reglas; 2) si la ponderación puede considerarse como un método racional; 3) si la concepción principialista de los derechos supone un peligro para los derechos constitucionales; 4) si la tesis de la optimización lleva a una proliferación de derechos constitucionales y, a su vez, a una sobreconstitucionalización del sistema jurídico; 5) si el constitucionalismo lleva a una interpretación adecuada de los derechos constitucionales, de acuerdo con el Derecho positivo; 6) si el constitucionalismo lleva a desdibujar el rango superior de la constitución y el sometimiento del poder ejecutivo y judicial al legislativo; 7) si el principialismo supone una teoría muy abstracta que no puede servir de guía para la práctica.

Como antes se ha dicho, la teoría de Alexy sobre la ponderación (y sobre los principios) está teniendo una gran influencia y, muy en especial, en los países latinoamericanos, cuyas cortes supremas y constitucionales hacen un amplio uso de los esquemas alexyanos. Dos autores colombianos, Carlos Bernal (2003) y Gloria Lopera (2006), han hecho, además, contribuciones importantes para desarrollar la teoría de Alexy en ese aspecto. ¿Pero es realmente aceptable el planteamiento de Alexy? ¿Hasta qué punto? ¿Qué le parece la crítica dirigida al carácter irracional (arbitrario) de ese procedimiento que le dirige Habermas (*vid*. VI,5.8,A)?

2) En el mundo latino no han faltado también las críticas en relación con el método de la ponderación. Así, por ejemplo, José Juan Moreso acusa a Alexy de «particularismo», pues considera que la ponderación que refleja el esquema de Alexy sería siempre *ad hoc*; esa crítica le lleva a Moreso a defender una estrategia «especificacionista» para la ponderación, capaz de superar el particularismo:

> La tercera y última duda [las dos anteriores se refieren a la dificultad —o imposibilidad— de poder fijar un peso abstracto y de señalar cuándo una interferencia puede considerarse como leve, moderada o grave] que quiero plantear está relacionada con la insistencia de Alexy en que la operación de ponderación se refiere siempre a un caso individual. Lo que conlleva una concepción que ha sido denominada una concepción *ad hoc* de la ponderación. Mientras que la ponderación en abstracto es una ponderación definicional —es decir, una asignación de peso independiente de las circunstancias—, pero inconcluyente, puesto que de la fórmula de Alexy se deriva que un principio con mayor peso en abstracto puede ser derrotado en concreto por otro con menor peso en abstracto; la ponderación en concreto es siempre *ad hoc* y ello conlleva que «una sola característica peculiar puede justificar una solución diversa de aquella que se ha atribuido a un caso anterior». De este modo, se veda uno de los modos de control racional de las decisiones judiciales: aquel basado en la articulación de dicho tipo de decisiones.

Es más, se sustituye un modelo generalista de toma de decisiones, por otro de carácter particularista, una sola propiedad diferente (y, como ha de resultar obvio, si dos casos individuales son diferentes, entonces tienen al menos una propiedad diferente) puede comportar una solución diversa para el caso.

En mi opinión, estos tres problemas socavan gravemente el modelo de Alexy, puesto que no permiten ni prever lo que los órganos de aplicación del derecho decidirán en los casos de conflictos entre principios constitucionales que establecen derechos fundamentales, ni menos aún someter a crítica racional y articulada sus decisiones. [...]

En este caso [Moreso se refiere al caso *Titanic*] se ponen de manifiesto los problemas que he señalado, creo, en la concepción de Alexy. En primer lugar, ¿cuál de los principios, la libertad de expresión y el derecho al honor, tiene mayor peso en abstracto? Nada nos dice al respecto Alexy y, de ello, tal vez haya que concluir que Alexy considera que tienen igual peso. Sin embargo, sólo una teoría plenamente articulada de los derechos nos permitiría alcanzar dicha conclusión y una teoría así está aún por construir. En segundo lugar, ¿por qué denominar al oficial «asesino nato» es una interferencia moderada o leve (y, es más, debería decirse si es moderada o es leve), mientras tildarle de «tullido» [tarado] es gravísima [...]? Y, ¿por qué imponer una indemnización no muy alta, como en este caso, a los editores de la revista constituye una interferencia grave en la libertad de expresión? Alguien podría argüir, con perfecto sentido, que este tipo de expresiones puede ser evitado sin merma significativa de la libertad de expresión ni de la libertad de información. En tercer lugar, esta sentencia también muestra claramente la dificultad de establecer criterios generales con este método: en el caso de la expresión «asesino nato» la libertad de expresión precede al derecho al honor, en el caso de «tullido» ocurre lo contrario. ¿Qué sucederá, entonces, en otro supuesto de expresión denigratoria en el futuro? ¿Puede alguien decirlo con seguridad? (Moreso 2009: 233-237).

¿Son acertadas las críticas de Moreso? ¿Es cierto que el modelo construido por Alexy tiene carácter particularista?

3) La crítica de Juan Antonio García Amado es más radical. En su opinión, el método de la ponderación no tiene autonomía con respecto al interpretativo/subsuntivo; la ponderación es una operación valorativa y esencialmente discrecional; y la explicación de su éxito radica en factores ideológicos, en que esa doctrina «es la única que hoy aún puede dotar de apariencia de objetividad a sus decisiones [de los Tribunales Constitucionales] y, de paso, justificar el creciente y universal activismo y casuismo de los tales Tribunales, siempre en detrimento del legislador» (García Amado 2006). He aquí las conclusiones a las que llega en un trabajo reciente, en el que se ocupa de la ponderación en relación con una sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español:

Llega el momento del *balance* y la *síntesis final*:

(*i*) La mala aplicación de un método o esquema de razonamiento o argumentación no es argumento contra ese método en sí, sino contra quienes lo malentienden o incorrectamente lo utilizan. Pero es extraordinariamente frecuente que nuestros tribunales digan que ponderan o que aplican el principio de proporcionalidad cuando en verdad no lo hacen o no proceden para ello con una mínima solvencia. A los teóricos de la ponderación y defensores más estrictos del método

ponderativo-subsuntivo debería corresponder la crítica de tan común mal uso, pues, si no se depuran esas tergiversaciones, acabará convirtiéndose la ponderación en el más lamentable pretexto para un casuismo vacuo y totalmente ajeno a las más mínimas exigencias de racionalidad argumentativa en la decisión judicial.

(*ii*) Insisto en la tesis de la esencial intercambiabilidad práctica o estratégica de los métodos interpretativo-subsuntivo y ponderativo-subsuntivo. Unas veces se elige sin más el que parece dar mejor resultado para motivar el fallo que se busca. Otras veces, como acabamos de comprobar, se entremezclan en una misma sentencia sin una mínima claridad sobre la utilidad posible de cada uno y, sobre todo, sin que el empleo de cada uno quede argumentado con una mínima racionalidad argumentativa. Se hacen interpretaciones decisivas sin asumir que se está poniendo la base de la decisión en la interpretación de una norma y, por consiguiente, sin dar razón de por qué la interpretación elegida es preferible a cualquier otra de las interpretaciones posibles, de las interpretaciones que podrían brindarse como alternativas en tal oportunidad. Y se pondera simplemente diciendo que se ponderó, pero sin enseñar la imaginaria balanza (el «ponderómetro») ni explicitar con claridad por qué en ella se ponen unos hechos u otros y con qué concretos resultados. Se afirma que la medida es o no es idónea sin entrar en ningún pormenor sobre por qué hay o no beneficio para el derecho fundamental de referencia en ese juicio de idoneidad. Se proclama que cabían o no medidas alternativas menos perjudiciales para el otro derecho que se considera en este juicio, pero no se explicitan cuáles serían o no se agota la lista de las que razonablemente se deberían tomar en cuenta, limitándose los tribunales a seleccionar, de esa lista posible, la que mejor soporte la conclusión positiva o negativa que se busca.

Y se mantiene que la ponderación en sentido más propio, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el «pesaje» propiamente dicho, se ha realizado con tal o cual resultado. Pero como lo que se pesa son los hechos del caso (en combinación a veces con el peso abstracto de los derechos o principios en juego) y como en puridad los hechos no tienen más peso que el que el «pesador» les asigne (y lo mismo cabe decir de los principios), ponderar contrapuestamente dos derechos no es más que *valorar* en conciencia cuál debe tener preferencia. Ahora bien, cuando se justifican argumentalmente valoraciones, el sujeto correspondiente debe entenderse como respondiendo a la siguiente pregunta: por qué yo preferí aquí el bien (derecho, interés...) *X* al bien *Y*, qué razones me lo hacen preferible y cómo puedo tratar de convencer a un observador imparcial para que comparta mi preferencia o, al menos, la acepte como no irrazonable. En este punto es donde el lenguaje del «peso» puede invitar a o ser disculpa para omitir ese tipo de argumentaciones exigibles. Si peso, no valoro, sino que constato, me muevo en el marco de algún tipo de cuasievidencia, sea empírica o de razón práctica. Si peso, yo compruebo lo que pesa el objeto en cuestión, mientras que, si valoro, yo atribuyo ese peso. Si yo afirmo que el aceite pesa menos que el agua, no tengo muchas cuentas que dar del fundamento de mi afirmación; si yo mantengo que, en nuestro caso, el derecho a la intimidad de Ernesto es más importante que el derecho a la seguridad de John y, en consecuencia, debe prevalecer, es grande el esfuerzo argumentativo que se me tiene que exigir para alejar la posible sospecha de arbitrariedad o exceso de subjetivismo en mi juicio.

(*iii*) Si a la «filosofía» del principio de proporcionalidad y la ponderación subyacen tesis de ética y filosofía práctica de corte objetivista y cognitivista, es decir, algo parecido a un verdadero sistema objetivo de pesos y medidas, deben explicitarse esos presupuestos para mostrar que no se trata meramente de un método más o menos útil para la simple argumentación de valoraciones discrecionales del

juez, pero sin pretensiones fuertes de corrección objetiva de los resultados. Hay que fundamentar el objetivismo y el cognitivismo de base, lo primero, y después hacer una correspondiente teoría «material» de la Constitución, para que se entienda qué se quiere decir cuando se habla de que las constituciones tienen su esencia en una trama de valores y principios en los que el contenido axiológico se impone a cualquier indeterminación semántica o a cualquier apertura a los consensos políticos y a las preferencias mayoritarias que en las leyes se expresan, dentro de ese marco y en lo que semánticamente tenga de abierto.

Si quienes defienden el método ponderativo no comulgan con tan fuertes presupuestos ontológicos y epistemológicos, acaban asumiendo que no se propone más que un esquema posible de justificación de las personales valoraciones que acompañan a la inevitable y en sí no reprochable práctica de la discrecionalidad judicial, al menos en ciertos casos difíciles por razón de la indeterminación de las normas, o de la duda sobre la prueba o relevancia de los hechos. El juicio, entonces, ya es de pura conveniencia y versará sobre cuál esquema argumentativo es más útil para forzar al juez a explicitar más y mejor sus propias valoraciones y las razones en que las apoya, si el esquema ponderativo-subsuntivo o el esquema interpretativo-subsuntivo o una combinación de los dos que no permita presentar como evidencias objetivas lo que son preferencias discrecionales. Y, desde luego, si estamos en esto último, debería rechazarse con toda rotundidad que los tribunales constitucionales anulen sentencias de las instancias judiciales porque en éstas no se ponderó. Pues haber ponderado o no pasaría a ser asunto muy secundario y lo relevante será nada más que comprobar si las valoraciones que condujeron al fallo aparecían o no suficientemente argumentadas, sea con unos términos o con otros y sea siguiendo unos pasos del razonar u otros distintos, pero igualmente eficaces para lo que importa: el descarte de la arbitrariedad o el capricho, en lo posible (García Amado 2010).

¿Hay o no criterios objetivos en relación con la argumentación valorativa? ¿Tiene razón García Amado al sostener que, puesto que de lo que se trata en última instancia es de una cuestión de preferencias, lo único que cabría controlar es la claridad y explicitud de los juicios de valor efectuados por el juez (por quien motiva la decisión)?

4) ¿Qué le parece el siguiente juicio sobre la teoría de la ponderación de Alexy?

En mi opinión, las tesis de fondo sobre la ponderación que sostiene Alexy son básicamente acertadas, pero la presentación que hace de las mismas no es del todo afortunada; yo diría que sus errores han sido, fundamentalmente, de carácter retórico. Lo que él llama la «fórmula del peso», con sus asignaciones de valores numéricos, multiplicaciones, cocientes, etc., no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos (aunque no sea esto exactamente lo que piense Alexy) que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no (como parecería obvio que tendría que ser) en la atribución de los valores respectivos: por qué aceptar, por ejemplo, que la afectación a tal principio es leve, moderada o intensa y que, en consecuencia, se le debe atribuir el valor 1, 2 o 4, etc. El propio Alexy ha escrito que su esquema —aritmético— vendría a ser el equivalente al tipo de inferencia deductiva —el *modus ponens* o silogismo judicial— de la subsunción. Es aproximadamente cierto; y digo «aproximadamente» porque [...] el esquema de Alexy no es exactamente

—como él dice— la «justificación interna» de la ponderación, sino más bien la «justificación externa» de una de sus premisas. Pero precisamente por ello, porque se trata de un esquema puramente formal (cuya base es una noción elemental de justicia o de racionalidad: los beneficios deben superar a los costes), no puede usarse más que como una ayuda para resolver un problema, el de la ponderación, que es fundamentalmente material y, por así decirlo, interpretativo. El esquema de Alexy no puede, pues, ser entendido como un algoritmo que, si es seguido, permite solucionar un problema de ponderación, sino, simplemente, como un recurso heurístico que puede ser de utilidad para quien tiene que enfrentarse a ese tipo de problemas. O sea, Alexy nos muestra cuáles son los lugares, los tópicos, a los que hay que acudir para resolver conflictos entre derechos o entre bienes (entre *X* e *Y*): la medida *M* es idónea para alcanzar *X*; no hay otra medida *M'* que permita satisfacer *X* sin lesionar *Y*; en las circunstancias del caso (o bien, en abstracto) *X* pesa más —es más importante— que *Y*; etc. Pero nada más. Quiero decir que uno puede muy bien ahorrar el esfuerzo contable y que tampoco tiene por qué pensar, por ejemplo, que la necesidad de la medida juega sólo en relación con las posibilidades de tipo fáctico y no a propósito de lo que Alexy llama ponderación en sentido estricto, y que se refiere a las posibilidades normativas, etc. Mi sugerencia es, por tanto, la de no seguir a Alexy en su excesivo afán sistematizador, sino hacer un uso más pragmático y, por así decirlo, oportunista de esas ideas (Atienza 2010d).

6,C) RACIONALIDAD Y ESQUEMAS ARGUMENTATIVOS

En *Razón e incertidumbre*, Carlos Pereda (1994) defiende un concepto amplio de razón que le lleva a sostener que «el ejercicio de la razón no tiene por qué excluir la incertidumbre y reducirse a lo indubitable, al cálculo exacto, a respaldar conclusiones de manera necesaria. Encontramos racionalidad donde encontramos argumentación, y ésta se dice de muchas maneras: hay diferentes esquemas argumentales y varias posibilidades de formular un ataque argumental o de respaldar una conclusión» (pp. 9-10). Esa idea de racionalidad se contrapone (entre otras) a «definiciones más comunes de racionalidad» que entienden que «actuar racionalmente es actuar de acuerdo o con el esquema regla-caso o el esquema medio-fin» (p. 12). Pereda no niega que los «usos elementales» de esos esquemas «son comunes y no pocas veces están justificados» (p. 52), pero no son los únicos posibles y, por tanto, con ellos no se agota la racionalidad; el uso elemental de tales esquemas se reduce a la deducción, pero su uso no elemental (usos determinantes, modificadores o sustitutivos) requieren que dejemos de lado la deducción y acudamos a otros tipos de argumentos como la analogía y la inducción enumerativa.

Veamos, entonces, cómo entiende Pereda todos esos usos, que dan lugar a ocho esquemas de razonamiento: cuatro referidos a la argumentación regla-caso y cuatro a la argumentación medio-fin:

A) Los usos elementales

Empezaré por atender lo que llamo el *uso elemental* de los esquemas regla-caso y medio-fin. El uso elemental del esquema regla-caso podemos presentarlo como sigue:

Esquema 1.1
P1: La regla R ordena hacer la acción *a* en la situación *S*.
P2: Es el caso que *a* en *S*.
C: El agente *A* debe hacer *a* en *S*.

En esta clase de argumentaciones, la conclusión práctica se sigue de una premisa que establece que una acción es de cierta clase, junto con otra premisa que dice que las acciones pertenecientes a cierta clase son correctas. Ejemplo: una persona, llamémosla Pedro, tiene como regla *R*, «No debemos ejercitarnos en ningún manejo de armas». En uno de sus razonamientos, Pedro podría decirse:

P1: La regla *R* ordena que «no debemos ejercitarnos en ningún manejo de armas».
P2: Hacer el servicio militar implica ejercitarnos en algún manejo de armas.
C: No debo, pues, hacer el servicio militar.

Este ejemplo del esquema regla-caso es el más simple. A menudo, cuando se intenta aplicar reglas de cierta generalidad, es necesario deducir de esa regla otras más concretas, hasta poder llegar a reglas que directamente se refieran a la situación que nos proponemos abordar. Esas deducciones pueden ser más o menos complicadas.

[...] Vayamos al uso elemental del esquema medio-fin, que se da en razonamientos como el siguiente:

Esquema 1.2
P1: *A* se propone el fin F_1.
P2: *A cree* que los medios m_1, m_2, ... m_5 son los adecuados para alcanzar F_1.
C: *A* debe realizar m_1, m_2, ... m_5. [...]

También el uso elemental del esquema medio-fin admite complicaciones. En 1.2, en lugar de la premisa P2 podemos encontrar varias premisas [fines intermedios]. [...]

En los usos elementales de los esquemas regla-caso o medio-fin, en los usos representados por los esquemas 1.1 o 1.2 o sus posibles «complicaciones», a pesar de sus diferencias, encontramos varias notas comunes:

a) La regla general o el fin último elegidos tienen un sentido claramente delimitado previo a la relación regla-caso o medio-fin y permanecen fijos mientras ésta subsiste;

b) las reglas particulares o los medios que se eligen están en directa función de adecuación a la regla general o al fin último. Las relaciones regla-caso o medio-fin son, por consiguiente, sólo de subordinación, deducción o cálculo, de los segundos a los primeros;

c) si un caso contradice una regla general o un fin último, este caso se descarta o constituye una excepción a la regla, pero una excepción a la regla es, en sentido estricto, una parte de la regla, y una formulación adecuada de la regla —teóricamente— la tendría que incluir. [...]

d) la regla general o el fin último elegidos constituyen «puntos terminales» de cualquier argumento, que, a su vez, no se pueden argumentar. [...]

B) Los usos determinantes

Corresponde el uso determinante del esquema regla-caso al siguiente

Esquema 2.1
P1: La regla *R* comprende el conjunto indeterminado (y eventualmente en tensión) de subreglas R_1, R_2, R_3.

P2: *A* considera que, en la situación *S*, seguir adecuadamente la regla *R* es seguir las subreglas R_2 y R_3.

C: *A* en *S* debe seguir las subreglas R_2 y R_3.

Un ejemplo de argumentación siguiendo el esquema 2.1 sería:

P1: La regla *R* que manda «debemos oponernos a la guerra» implica o contiene, entre otras, las siguientes subreglas:

R_1: No participar en cualquier acción que directa o indirectamente pueda servir a la regla, como el servicio militar.

R_2: No participar en instituciones cuyos fines sean la guerra, como fábricas de armamentos, investigaciones para descubrir nuevas posibilidades de armas, etcétera.

R_3: No participar en cualquier clase de manifestación nacionalista que pueda servir de base psicológica para preparar una guerra.

P2: Pedro considera que, en *S*, seguir la regla «debemos oponernos a la guerra» significa ante todo seguir R_2 y R_3, pues negándose las condiciones materiales y psicológicas que preparan y legitiman una guerra, el servicio militar no tiene ningún valor promilitarista.

C: Pedro debe seguir R_2 y R_3.

En el ejemplo 2.1, la regla que hay que seguir está indeterminada. Por consiguiente, el agente no puede llevar a cabo ninguna deducción. [...] [D]e reglas generales prácticas como «hay que luchar contra el racismo» o «es necesario promover un gobierno democrático», o la de nuestro ejemplo, «debemos oponernos a la guerra», no se deduce ninguna regla particular para seguir en una situación específica. Estas reglas configuran, más bien, algo así como marcos de referencia para la producción de argumentos. Algo similar sucede con el uso determinante de medios y fines:

Esquema 2.2

P1: *A* quiere el fin *F* y *F* comprende el conjunto indeterminado de fines F_1, F_2, ... F_n.

P2: *A* considera que en la situación *S* buscar el fin *F* significa buscar F_2 y F_3.

C: *A* debe buscar en *S* los fines F_2 y F_3.

Un ejemplo de argumentar o actuar según el esquema 2.2:

P1: El gobierno *G* busca una distribución más justa del empleo y este fin, entre otros, comprende los siguientes fines particulares:

F_1] Estimular las exportaciones.

F_2] Estimular cambios tecnológicos que permitan un alza en la productividad.

F_3] Llevar a cabo una nueva política fiscal.

P2: El gobierno *G* considera que en la situación *S* buscar una distribución más justa del empleo significa llevar a cabo una nueva política fiscal y realizar cambios tecnológicos que permitan un alza en la productividad.

C: El gobierno *G* debe, en *S*, llevar a cabo una política fiscal y realizar cambios tecnológicos que permitan un alza en la productividad.

Con respecto a un fin indeterminado, no se puede llevar a cabo ningún cálculo preciso. Pero el esbozo de un fin, por vago que éste sea, conforma, como las reglas generales indeterminadas, un punto de partida para razonar y comenzar a actuar.

Por supuesto, en relación tanto con una regla indeterminada como con respecto a un fin indeterminado, su no cumplimiento *no* constituye una excepción. [...]

C) Los usos modificadores

En los usos elementales, la regla general o el fin último no varían. En los usos determinantes, cierto dominio de variaciones es propio de la regla general o el fin último. En cambio, en los usos modificadores y sustitutivos, la variación explícita es la nota característica. Los usos modificadores y sustitutivos son, por decirlo así, usos puentes, usos en los cuales alteramos nuestras reglas generales o fines últimos. Para el uso modificador del esquema regla-caso podemos formular el siguiente

Esquema 3.1
P1: La regla R_1 ordena hacer la acción *a* en la situación *S*.
P2: Es el caso que *S* y hacer la acción *a* es una «acción conflictiva».
C: La regla R_1 debe ser modificada y hay que seguir la regla R'_1.
[...] Un ejemplo:
P1: La regla *R* ordena «no tomar en ningún caso las armas».
P2: El país es invadido, las casas son incendiadas y los ciudadanos son muertos o hechos prisioneros.
C: La regla *R* debe ser modificada, por ejemplo, por R_1: «no tomar las armas, salvo en caso de una guerra defensiva».
[...] Un esquema del uso modificador con respecto al esquema medio-fin es el

Esquema 3.2
P1: En t_1 en S_1, *A* quiere el fin F_1.
P2: En t_1 en S_1, *A* cree que m_1, m_2, ... m_5 son los medios para obtener F_1.
P3: En t_1 en S_1, *A* se pone a hacer m_1, m_2, ... m_5.
P4: En t_2 en S_2, como resultado de haber comenzado a hacer m_1, m_2, ... m_5 (de haber hecho, digamos, m_1 y m_2) *A* corrige F_1 completándolo con F_2.
P5: En t_2 en S_2, *A* cree que m_3, m_4, ... m_{10} son los medios para obtener F_1 y F_2.
C: En t_2 en S_2, *A* se pone a hacer m_3, m_4, ... m_{10}.
Un ejemplo del esquema 3.2 podría ser el siguiente:
P1: el gobierno *G* esboza un plan *Q* con el fin de lograr una distribución más justa del empleo.
P2: Para ponerse a trabajar en esa dirección, el gobierno *G* propone una nueva política fiscal.
P3: El gobierno *G* comienza a aplicar esa nueva política.
P4: La situación resultante de haber aplicado esa política fiscal causa una recesión en la productividad y provoca una baja generalizada en los ingresos. Como consecuencia, el gobierno *G* se propone un plan *Q'* con el fin de lograr un alza en la productividad que conlleve una distribución más justa del empleo.
P5: El gobierno *G* considera que para elevar la productividad y lograr una distribución más justa en los ingresos, es necesario complementar la nueva política fiscal con una política agraria.
C: *G* se pone a realizar una nueva política agraria. [...]

D) Los usos sustitutivos

Los usos sustitutivos son una clase límite de los usos modificadores: los usos sustitutivos son usos modificadores radicales. Un uso modificador corrige un uso elemental; un uso sustitutivo, en cambio, toma como punto de apoyo un uso elemental o un uso determinante para construir un razonamiento totalmente diferente del uso elemental o determinante del que partió:

Esquema 4.1

P1: La regla *R* ordena hacer la acción *a* en la situación *S*.

P2: Es el caso que *S* y hacer la acción *a* es una «acción conflictiva».

C: La regla R_1 debe ser sustituida por la regla R_2, incompatible con R_1.

Si señalábamos que los usos modificadores «abren» la argumentación, en relación con los usos sustitutivos tenemos que decir que la «abren radicalmente» [...]

Un ejemplo [de un esquema que en realidad es un desarrollo de 4.1] podría ser:

P1: La regla *R* ordena: «debemos oponernos a la guerra».

P2: *A* aplica *R* en S_1 no participando en el servicio militar y luego considera que esa acción provoca ideas derrotistas en la población.

P3: *A* aplica *R* en S_2 negándose a trabajar en cierto programa de investigación y luego ve con horror que ello afianza a los enemigos.

P4: *A* aplica *R* en S_3 no tomando parte en manifestaciones nacionalistas y luego ve que ello socava el autoaprecio de sus compatriotas.

C: *A* considera que [dada] la pésima experiencia que se ha hecho a partir de *R*, [ésta] debe ser sustituida por *R*'; por ejemplo: «debemos oponernos a la guerra, pero de manera tal que no provoquemos nuestra debilidad e incitemos con ello a los otros a la guerra».

Finalmente, consideremos el siguiente esquema del uso sustitutivo del esquema medio-fin:

Esquema 4.2

P1: En t_1 en la situación S_1, el agente *A* quiere el fin F_1.

P2: En t_1, en S_1 *A* cree que m_1, m_2, ... m_5 son los medios para obtener F_1.

P3: En t_1, en S_1 *A* se pone a hacer m_1, ... m_2, ... m_5.

P4: En t_2 en la situación S_2 como resultado de hacer m_1 en S_1, *A* quiere F_4.

P5: En t_2, en S_2, *A* cree que m_2, m_3, ... m_{20} son los medios para hacer F_4.

C: En t_2 en S_2, *A* se pone a hacer m_2, m_3, ... m_{20}.

Como ejemplo del esquema 4.2, podemos dar la siguiente argumentación:

P1: En una situación de gran apoyo popular al gobierno *G*, éste propone un plan quinquenal *Q* con el fin de lograr una distribución más justa del empleo.

P2: En esa situación, *G* considera que la realización de *Q* exige imponer graves castigos frente a cualquier expresión de descontento en relación con *G*.

P3: Ante la primera protesta contra *Q*, *G* impone un grave castigo.

P4: En una situación de gran descontento popular contra *G, G* considera que los fines que se ha propuesto son inadecuados y sustituye el plan *Q* por el plan *Q*'.

P5: *G* considera que la realización de *Q*' exige una discusión pública, tanto con técnicos de diferentes posiciones como, en general, en los distintos medios de comunicación.

C: *G* comienza a llamar a técnicos de diferentes posiciones e inicia con los distintos medios de comunicación una discusión sobre *Q*'. [...]

Repaso:

1) *Los usos elementales*. Tenemos una regla general precisa o un fin último no menos preciso y se trata de deducir de aquella regla general una regla particular para la situación en cuestión, o de calcular un medio adecuado para el fin buscado.

2) *Los usos determinantes*. Hay reglas generales y fines «últimos», pero tales reglas y fines carecen de precisión, por lo que, en lugar de deducir o calcular, se tiene que, de caso en caso, interpretar.

3) *Los usos modificadores*. Se sigue hablando de reglas generales y de fines «últimos», pero sólo provisoriamente: estamos dispuestos a que las aplicaciones

de las reglas o los medios que usamos para conseguir los fines provoquen argumentos para alterar esas reglas o fines.

4) *Los usos sustitutivos*. Se sigue hablando de reglas generales o de fines «últimos», pero, de nuevo, sólo provisoriamente: estamos dispuestos a que las aplicaciones de las reglas o los medios que usamos para conseguir los fines provoquen argumentos para cambiar esas reglas o fines por otras reglas o fines, incluso radicalmente diferentes (Pereda 1994: 49-66).

1) ¿Podría decirse que los esquemas que distingue Pereda se corresponden con las tres grandes formas de razonamiento jurídico señalados en III,6: subsunción, argumentación finalista y ponderación? ¿De qué manera? ¿Habría que hacer algún ajuste que, quizás, diera cuenta del carácter peculiarmente limitado del razonamiento jurídico (en particular, del judicial)? Por ejemplo, ¿habría que decir que los «usos sustitutivos» (y quizás también los «modificadores») no son posibles? ¿O cuándo —en qué condiciones— serían aceptables?

7,A) EL «LOGOS DE LO RAZONABLE» DE RECASÉNS SICHES

Ya se ha dicho que una diferencia fundamental entre los *precursores* de la teoría de la argumentación jurídica (en los años cincuenta del siglo XX) y los representantes de la *teoría estándar* es que los primeros rechazan el uso de la lógica formal, de la lógica deductiva, en la argumentación jurídica, mientras que los segundos entienden que los métodos lógicos deben suplementarse con alguna otra cosa (con criterios de la racionalidad práctica). O sea, para los primeros, la lógica formal es un obstáculo para entender la argumentación jurídica; para los segundos, una condición necesaria, pero no suficiente. En el caso del iusfilósofo hispanomexicano Luis Recaséns Siches, la lógica tradicional (a la que él llama «físico-matemática») tendría que ser sustituida por el *logos de lo razonable* o *lógica de lo humano*. En los fragmentos que siguen, tomados de su obra *Tratado general de Filosofía del Derecho*[18], Recaséns presenta esa noción de lógica y muestra con un ejemplo por qué, en su opinión, en la interpretación del Derecho no debería usarse la lógica formal:

> Pero hay que advertir que esa lógica tradicional no es toda la lógica, no constituye la lógica entera, antes bien, tan sólo *una parte* de ella. El campo del logos es muchísimo más extenso que el área de la lógica pura tradicional: comprende otras regiones como, por ejemplo, la de la razón histórica apuntada por Dilthey, la de la razón vital e histórica mostrada por Ortega y Gasset, la de la experiencia práctica desenvuelta por Dewey, la lógica de lo humano o de lo razonable a cuya exploración estoy yo dedicado. Todas esas denominaciones en el fondo apuntan hacia varios aspectos del logos de lo humano [...] todas ellas tratan de iluminar una lógica aplicable a la existencia humana, y muy diferente de la lógica tradicional pura.

18. Porrúa, México, 1.ª ed. 1959, 5.ª ed. (por la que se cita) 1970. Recaséns había defendido estas ideas desde comienzos de los años cincuenta (*vid.* Cabra 2011).

La lógica tradicional, pura —en cualquiera de sus manifestaciones—, es el instrumento adecuado para tratar con las ideas puras *a priori* —tales como los axiomas lógicos, las leyes del silogismo, los principios matemáticos, etc.— y para la aprehensión de los hechos de la naturaleza. Por eso se la suele llamar lógica físico-matemática.

Ahora bien, la lógica tradicional o físico-matemática no es adecuada para tratar la vida humana ni sus problemas prácticos, por consiguiente, tampoco para los menesteres jurídicos, entre los cuales figura la interpretación del Derecho. Para todo cuanto pertenezca a nuestra humana existencia —incluyendo la práctica del Derecho— hay que emplear un tipo diferente del logos, que tiene tanta dignidad como la lógica tradicional, si es que no superior a la de ésta: hay que manejar el logos de lo humano, la lógica de lo razonable, la cual es razón, tan razón como la lógica de lo racional, pero diferente de ésta. La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valoración, de pautas axiológicas, que, además, lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia y de la experiencia del prójimo a través de la historia.

Entiéndase bien que la crítica contra el empleo de la lógica tradicional en la interpretación del Derecho se dirige contra la aplicación de esa lógica tradicional a los *contenidos* de las normas jurídicas. O, dicho con otras palabras, el problema de la interpretación es un problema de *lógica material*, y no de lógica formal.

La lógica formal, de tipo puro, *a priori* —por consiguiente, la lógica tradicional de lo racional—, tiene ciertamente empleo necesario y correcto en el tratamiento de las *formas* jurídicas, es decir, en la aclaración y en el análisis de los conceptos jurídicos *puros*, de los conceptos jurídicos *esenciales*, como son, por ejemplo, los conceptos de norma jurídica, relación jurídica, derecho subjetivo, deber jurídico, persona jurídica, supuesto jurídico, consecuencias jurídicas, etcétera. [...]

Las normas del Derecho positivo, las leyes, los reglamentos, etc., pretenden ser sólo instrumentos para la acción, y, además, son instrumentos ocasionales, circunstanciales, cuya validez y alcance dependen de las urgencias o necesidades de la situación. Por haber olvidado esto, los juristas del siglo XIX tomaron los artículos de los códigos como si fueran verdades definitivas y enchufaron en esos artículos el mecanismo del silogismo y empezaron a sacar consecuencias ilimitadamente [...] Por eso los contenidos de las normas jurídicas no pueden ser tratados como verdades mediante el instrumento de la lógica de lo racional. Por eso hay copiosísima experiencia de cómo, en una enorme multitud de casos, el empleo de la lógica tradicional en la interpretación del Derecho conduce a tremendos desaguisados e incluso a injusticias monstruosas.

En los casos de interpretación jurídica en los que se pone de manifiesto que la lógica tradicional resulta un método insuficiente, o que la aplicación de la lógica tradicional conduce a un resultado disparatado, irritante, injusto, sentimos y comprendemos que hay razones muy importantes, decisivas, para tratar el problema planteado de una manera tal que se haga a un lado aquella lógica tradicional. [...]

Aunque sin sacar de él ni remotamente las consecuencias que me parecen pertinentes, Radbruch —tomándolo, creo que, de Petrasyski— relata un caso, el cual, aunque muy sencillo, puede servir para ejemplificar con gran relieve la idea que propugno, y que acabo de bosquejar. En el andén de una estación ferroviaria de Polonia había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, cuyo texto rezaba: «Se prohíbe el paso al andén con perros». Sucedió una vez que alguien iba a penetrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le impidió el acceso. Protestó la persona que

iba acompañada del oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales; y de ese modo surgió un conflicto jurídico, que se centró en torno de la interpretación de aquel artículo del reglamento.

No cabe la menor duda de que, si aplicamos estrictamente los instrumentos de la lógica tradicional, tendremos que reconocer que la persona que iba acompañada del oso tenía indiscutible derecho a entrar ella junto con el oso al andén. No hay modo de incluir a los osos dentro del concepto «perros».

Con las obras de Aristóteles, de Bacon, de Stuart Mill, de Sigwart, o incluso con las de Husserl en la mano, no se hallaría manera de convertir a un oso en un perro, y tendríamos que dar la razón al porfiado campesino que quería pasar al andén con el oso.

Sin embargo, no sólo todo jurista, sino incluso cualquier lego en materia de Derecho pero con sentido común, habrá de reputar como descabellada esta interpretación, aunque ella sea incontrovertiblemente correcta, la única absolutamente correcta desde el punto de vista de la lógica tradicional. Este caso, ciertamente tan sencillo, constituye un impresionante síntoma del hecho de que, por lo visto, la lógica tradicional es inadecuada, al menos en parte, para iluminarnos en la interpretación de los contenidos de los preceptos jurídicos.

La contemplación de este caso nos sugiere irresistiblemente las vehementísimas sospechas de que hay problemas de interpretación jurídica, para los cuales la lógica tradicional no sólo no nos sirve, sino que produce consecuencias disparatadas. ¿Por qué? Porque la lógica tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin (Recaséns Siches [5]1970: 642-645).

Recaséns pone otro ejemplo más complejo y que recuerda (al igual que la solución que da al mismo) el caso Rigg *vs.* Palmer que utilizó Dworkin para exponer su teoría de los principios. Se trata de un caso planteado en el estado de Nueva York en torno a los años de la Gran Depresión. Un hombre de negocios, Wesley Moore, había establecido a favor de una empleada, Ida White, un legado consistente en unas acciones de una compañía eléctrica, sin que I. W. supiera de su existencia. Posteriormente, W. M. fue declarado incapaz e I. W. fue nombrada su tutora. Para proveer a las necesidades de la familia de W. M., I. W. vendió las acciones de la compañía. A la muerte de W. M., sus familiares sostuvieron que I. W. no tenía derecho alguno al legado, «pues siendo éste de cosa determinada, y no existiendo ya esa cosa cuando el testador murió, quedaba automáticamente nulo, o mejor, inexistente» (p. 649). El Tribunal de Primera Instancia falló dando la razón a los familiares. En apelación, cuatro de los cinco magistrados del tribunal decidieron que la sentencia del juez era errónea. Y el Tribunal Superior del Estado revocó la sentencia del Tribunal de Apelación. También en este caso, Recaséns considera que la decisión del Tribunal Supremo fue «descabellada» y que la causa del error estriba en haber interpretado «una norma general, que en su contenido parece indudablemente justa», según «los procedimientos de la lógica de lo racional» (p. 647). La norma general es la que establecía que el legado de una cosa determinada es nulo cuando dicha cosa desaparece del patrimonio

del testador después de otorgado el testamento y antes de su muerte. La manera de razonar de Recaséns (en contra de la decisión del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal Supremo) es la siguiente:

¿Cuál es la razón que determina la validez de un legado, así como de cualquier otra disposición testamentaria que no esté prohibida por la ley? Es decir, ¿cuál es la valoración por virtud de la cual se considera que debe ser válido un legado, o cualquiera otra disposición testamentaria lícita? Evidentemente, es la valoración por la cual se considera que se debe respetar la voluntad del testador y se debe proceder a cumplirla, dentro de los límites legales en que dicha voluntad sea tenida como norma válida para regular la sucesión.

¿Por qué hay normas según las cuales debe considerarse nulo el legado de cosa determinada, cuando dicha cosa desaparece del patrimonio del testador después de otorgado el testamento y antes de su muerte? Porque lo que se lega es una cosa determinada y no el valor de ésta en numerario. Si la cosa desaparece después de establecida la manda y antes de la muerte del testador, y éste no hace nuevo testamento instituyendo un nuevo legado a favor de la misma persona, esto se interpreta como una revocación tácita de aquel legado. [...]

Pero claro es que el razonamiento expuesto en el párrafo precedente presupone que la desaparición de la cosa haya sido conocida por el testador.

Ahora bien, nótese que ese supuesto no se dio en el caso analizado. Por el contrario, el testador, que había caído en un estado de total demencia y se hallaba recluido en un manicomio, no sabía ni podía saber que la cosa determinada que había legado a Ida White había dejado de pertenecer a su patrimonio.

¿Cuáles son las valoraciones y cuál es el sentido de la norma que estamos analizando [...]?

En primer lugar, esa norma contiene un juicio axiológico: es bueno, es justo que se cumpla la voluntad del testador dentro del ámbito declarado como lícito por la ley. [...]

¿Qué es lo que hizo el tribunal inferior y lo que hizo la Suprema Corte? Lo que hicieron fue tomar la regla en cuestión como si fuese un principio absoluto, con validez universal y necesaria, desconectada del contexto situacional concreto. [...]

Lo que el juez debió haber hecho ante el caso de Ida White fue darse cuenta de que la norma que declara írrito o no existente el legado en cosa concreta cuando esa cosa desaparece del patrimonio del testador después de otorgado el testamento y antes de la muerte del causante, *no era aplicable* a ese problema. No era aplicable al mencionado caso, porque éste notoriamente no cae dentro del ámbito de previsión de dicha norma. No cae bajo el ámbito de previsión de tal norma, y, por tanto, tampoco bajo su imperio, porque si supusiéramos lo contrario, es decir, que esa norma era aplicable, se producirían los efectos precisamente opuestos a los que se trataba de producir con aquella regla la cual quería cumplir la voluntad expresa o tácita del testador [...] Lo que debió haber hecho el juez fue percatarse de que una norma que produciría efectos contradictorios, a los que la norma se proponía, evidentemente, no podía en manera alguna ser la norma pertinente para resolver el litigio. Y entonces el juez debió averiguar si dentro del cuerpo mismo del Derecho positivo vigente había alguna norma según la cual se pudiera resolver dicho caso. Y ciertamente la habría encontrado en el principio de respeto a la voluntad del testador dentro de los límites lícitos y las restricciones por interés social (impuestos). O, en todo caso, la habría hallado tomando como criterio las valoraciones en las que el legislador se había inspirado, en vez de dejarse llevar tontamente por las meras palabras. Y cuando en

algún caso análogo no hallare el juez ninguna norma en el Derecho formulado vigente, entonces se encontraría ante una situación de laguna o vacío.

Importa muchísimo aclarar con toda precisión, de modo taxativo, que las consideraciones que acabo de presentar no implican de ningún modo propósito alguno de colocar al juez por encima de la ley. Nada de eso, en absoluto. Lo que sucede es que las leyes no se aplican solas, por sí mismas, en virtud de un mecanismo intrínseco [...] El juez no debe colocarse por encima de la ley: simplemente debe emplear su inteligencia para averiguar cuál sea el material de validez o de imperio de una determinada ley, valiéndose para ello precisamente de las valoraciones en las que efectivamente esa ley se inspiró, valiéndose para ello cabalmente del mismo sentido de la ley. Al hacerlo así, obedece real y efectivamente, con estricta fidelidad, a la ley. Cosa que no hace el juez que atiende solamente al sonido de las palabras, pero no entiende el sentido de las frases, sentido que se actualiza no sólo en el contexto de la frase, sino también y sobre todo en el contexto de la situación real a la que la frase se refiere —en este caso, la frase normativa de la ley (Recaséns Siches 1970: 651-654).

1) ¿Es acertada la idea de lógica formal que parece suscribir Recaséns? ¿Es realmente la lógica la «culpable» de los desaguisados a los que se refiere Recaséns o, por el contrario, lo que lleva (o lo que podría llevar) a esas soluciones «descabelladas» es la ignorancia de lo que significa la lógica, la lógica formal? ¿No está Recaséns, en relación con el ejemplo de los ferrocarriles, confundiendo lo que es una condición suficiente (los perros no pueden subir al vagón) con una condición necesaria (sólo los perros no pueden subir al vagón)? ¿Comete Recaséns el error de pasar de la idea (correcta) de que la lógica formal no es un instrumento suficiente para resolver un problema de interpretación jurídica, a la idea (equivocada) de que la lógica formal es un obstáculo para ello?

2) ¿Hay realmente semejanzas entre la propuesta de Recaséns (en relación con el segundo caso) y la de Dworkin? ¿Podría reinterpretarse lo que Recaséns dice a propósito del «ámbito de aplicación» de la norma en términos de la teoría de Schauer sobre los supuestos de infrainclusión y suprainclusión de las reglas en relación con sus razones subyacentes (*vid.* IV,4,A)? ¿Hubiera podido Recaséns encauzar mejor sus intuiciones (acertadas) si hubiera tenido una idea más exacta de la naturaleza y de los límites de la lógica formal?

7,B) EL VOTO DISIDENTE DE HOLMES EN EL CASO LOCHNER

El caso Lochner está considerado como uno de los más importantes en la historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Se trató de un conflicto a propósito de la constitucionalidad o no de una ley del estado de Nueva York que limitaba el trabajo en las tahonas a 10 horas diarias y 6 días a la semana. La mayoría del tribunal (por cinco votos frente a cuatro) entendió que la ley era inconstitucional y la anuló, lo que suponía oponerse a la legislación a favor de los trabajadores que el movimiento socialista había promovido desde la década de 1890. Esa sentencia

(de 1905) suele presentarse como un ejemplo de activismo judicial (el activismo no va necesariamente ligado a los jueces «progresistas») y de formalismo jurídico, pero esto último o es falso o resulta confuso. Hart (*vid.* I,3.2,A) vio con toda claridad que, en supuestos tales que Lochner, «lo que es estigmatizado como 'mecánico' y 'automático' es una cierta elección hecha en realidad a la luz de un propósito social, pero de un propósito social conservador». De manera que no se está en camino de lograr una jurisdicción «progresista» simplemente alentando a los jueces a que interpreten las normas teniendo en cuenta propósitos sociales; la cuestión está en qué propósitos sociales (qué filosofía moral y política) deben orientar el trabajo de los jueces.

La sentencia[19] plantea, de hecho, el problema en términos de lo que hoy llamaríamos una ponderación. Parte de que, por un lado, está la libertad de contratación establecida en la 14.ª Enmienda y, por otro, los «poderes de policía» que otorgan a cada estado de la Unión competencia para legislar (y limitar la libertad de contratar) por razones de sanidad, seguridad, etc. Lo que resulta esencial entonces es «determinar cuál de los dos derechos prevalece: el derecho del ciudadano a trabajar durante el tiempo que quiera o el derecho del estado a impedirle trabajar o firmar un contrato que prevea un tiempo de trabajo superior al legalmente establecido» (p. 170). El tribunal entiende que la libertad contractual debe prevalecer, porque no hay en realidad razones de peso de la otra parte a favor de la protección de la salud: «trabajar en una tahona no es objetivamente peligroso hasta el punto de habilitar al legislador para interferir en el derecho al trabajo» (p. 172); si la intervención del legislador se justificara simplemente porque se trata de un trabajo que no es completamente sano, entonces (la sentencia usa unos cuantos argumentos *ad absurdum*) «los tipógrafos, los cerrajeros, los carpinteros, los pasantes, los mancebos, los empleados de banca, cualquier empleado de cualquier sector caería bajo el control de la reglamentación legislativa» (p. 172). Además, la sentencia refuerza su razonamiento (sería ahora una especie de argumento *a fortiori*) sugiriendo que todas estas leyes «pretendidamente adoptadas en virtud del poder de policía y para proteger la salud de la colectividad y el bienestar general, en realidad se promulgan por otras razones y para otros fines [...]. Creemos que la verdadera intención y objeto de la ley eran, sencillamente, reglamentar las horas de trabajo entre el patrón y los empleados (todos ellos con plena capacidad jurídica) en una actividad que no es de ninguna manera peligrosa para el orden público y que no presenta un grado sustancial de peligro para la salud de los empleados» (p. 172).

El juez Oliver W. Holmes (que había llegado al tribunal tres años antes, a la edad de 61; estuvo en la Corte hasta 1932) y que, al parecer,

19. Las citas de la sentencia y el texto del voto disidente de Holmes los tomo de Beltrán de Felipe y González García ²2006.

no simpatizaba en absoluto con el movimiento socialista (que es lo que estaba detrás de la ley), fue uno de los cuatro jueces disidentes. Su voto particular ha quedado como un modelo del género:

Lamento sinceramente no poder suscribir la sentencia que en este caso se ha dictado, y considero un deber manifestar mi discrepancia. La sentencia se ha basado en una teoría económica que la mayoría del país no comparte. Si fuese importante saber si yo la comparto, tendría que estudiar el asunto mucho más a fondo. Pero no se trata de eso, y no tengo por qué pronunciarme al respecto. Estoy firmemente convencido de que mi acuerdo o mi desacuerdo es irrelevante en relación con el derecho de la mayoría de los ciudadanos a ver sus opiniones e ideales reflejados por las leyes. Conforme a la constante jurisprudencia de este Tribunal, las Constituciones y las leyes estatales pueden regular cualquier aspecto de la vida, y pueden hacerlo de muchas maneras que, si fuésemos legisladores, podríamos considerar inoportunas, o tan tiránicas como la ley que ahora examinamos, y que también entran en colisión con la libertad de pactos. Las leyes contra la usura o que prohíben el trabajo los domingos son ejemplo de ello. Una forma más reciente de estas leyes limitativas es la prohibición de loterías. La libertad de los ciudadanos para hacer lo que quieran mientras no impidan a los demás ejercer esta misma libertad, que ha sido el eje del pensamiento de tantos autores famosos, se ve, sin embargo, limitada por las leyes sobre enseñanza obligatoria, por los reglamentos postales o por cualquier administración estatal o local que, le guste al ciudadano o no, le priva de sus riquezas por medio de impuestos, para fines que se supone son de interés general. La 14.ª Enmienda no ha constitucionalizado la teoría de los equilibrios sociales de H. Spencer. Hace pocos días afirmamos la constitucionalidad de la ley de Massachusetts de vacunación obligatoria (Jacobson *vs.* Massachusetts 197 US 11, 1905). El Tribunal Supremo está acostumbrado a enjuiciar leyes federales y estatales que limitan la libertad contractual en materia de libre competencia [...] Y está aún reciente nuestra sentencia que refrendó la plena constitucionalidad de una ley que establecía la jornada de ocho horas para los mineros (Holden *vs.* Hardy, 1898). Estas leyes suelen ser expresión de ideas o prejuicios que los jueces pueden compartir. Pero la Constitución no ha pretendido hacer suya una teoría económica determinada, bien se trate de paternalismo, del organicismo político, o del *laissez faire*. Una constitución está hecha para el pueblo, y el pueblo son personas cuyas ideas fundamentales y convicciones pueden no coincidir. Y el hecho de que pensemos que alguna idea es natural o evidente, o novedosa o incluso chocante, no debe influir sobre nuestro juicio acerca de la constitucionalidad de las leyes que son expresión de ellas.

Las ideas generales no sirven para resolver los casos concretos. La solución debe encontrarse mediante un juicio o una intuición bastante más sutiles que una deducción extraída de una premisa mayor general y abstracta. Creo que esta afirmación, si fuese llevada a la práctica, nos acercaría a la solución correcta. Todas las opiniones o ideas tienden a acabar recogidas en una ley. Creo que el término «libertad», tal y como figura en la 14.ª Enmienda, resulta desnaturalizado cuando se utiliza para impedir a la mayoría de los ciudadanos y, por tanto, a las convicciones mayoritarias, conseguir los fines que persiguen, a menos que sea posible demostrar que una persona sensata y razonable pueda considerar la ley de que se trate como contraria a nuestros principios fundamentales, según se derivan de las tradiciones del pueblo y del Derecho. No es preciso reflexionar mucho para darse cuenta de que la ley de Nueva York que ahora se somete a este Tribunal está muy lejos de merecer esta descalificación. Una persona razonable podría perfectamente ver en ella una medida destinada a proteger la salud. Otra

persona nada irrazonable la daría por buena como un primer paso hacia una regulación general de los horarios de trabajo. En lo referente a si esta ley podría ser cuestionada desde el punto de vista del principio de igualdad, no me parece que sea necesario discutirlo (Beltrán y González [2]2006: 175-176).

1) ¿Cuáles son los factores que explican el carácter «modélico» de ese voto disidente? ¿Quizás las grandes cualidades que Holmes tenía como escritor? Otro de los jueces disidentes, Harlan, había sostenido prácticamente las mismas ideas. Pero —como señala Peter Irons (1999: 258)— había necesitado para ello diez páginas de árida lectura que no iban más allá de los dos expresivos aforismos de Holmes: «todas las opiniones o ideas tienden a acabar recogidas en una ley»; «las ideas generales no sirven para resolver los casos concretos».

2) ¿En qué sentido puede decirse que Holmes (como él mismo afirma) no encuentra la solución del caso mediante una deducción extraída de una premisa mayor general y abstracta? ¿Acaso no puede ponerse el voto de Holmes en forma deductiva? Un posible candidato para funcionar como premisa mayor: «si una ley no va contra los principios fundamentales establecidos en la Constitución tal y como los entendería una persona sensata y razonable, entonces no debe ser declarada inconstitucional»? ¿No es bastante general y abstracta? Y, por cierto, ¿no es ésa una premisa aceptada también por los firmantes de la sentencia?

3) ¿Qué tipo de razón es la que esgrime aquí fundamentalmente Holmes: la deferencia al legislador, porque representa la opinión socialmente mayoritaria? ¿Quizás una razón institucional (*vid.* IV,5,A)?

7,C) EL IDEAL DEDUCTIVO EN EL DERECHO

En un trabajo publicado póstumamente con el título de *Sobre Derecho y lógica*[20], Carlos Alchourrón (2000) defiende que el valor de la lógica para el Derecho (y para la ciencia jurídica) consiste en ofrecer un ideal de organización deductiva, lo que le lleva a defender lo que llama la «concepción del sistema maestro». La idea central de ese ideal es que los jueces deben resolver todos los casos que se les sometan a juicio dentro del límite de su competencia mediante decisiones fundadas en normas jurídicas del sistema; ello implica, a su vez, que en todo sistema jurídico hay normas que proveen fundamentos para resolver todo caso posible. Alchourrón subraya que se trata de un ideal, de manera que defenderlo no supone afirmar que el mismo se vea concretado en algún sistema jurídico, ni tampoco que sea conveniente intentar maximizar sus exigencias. La razón para lo primero estribaría en las dificultades existentes para pasar del «libro maes-

20. El título original es «On Law and Logic» y se publicó en *Ratio Juris*, 9/4 (1996); la traducción castellana (a cargo de J. L. Rodríguez con la colaboración de S. A. Militello) apareció en *Isonomía*, 13 (2000).

tro» (el conjunto de los textos jurídicos) al «sistema maestro» (los textos interpretados), pues el ideal exige que haya uno y sólo un sistema maestro asociado al libro maestro. Las dificultades interpretativas pueden ser de carácter sistemático (cómo evitar o resolver lagunas y contradicciones) o provenientes de indeterminaciones lingüísticas (ambigüedad, derrotabilidad, vaguedad); la solución de esos problemas hace inevitable, en su opinión, el uso de consideraciones valorativas en la toma de decisiones judiciales. Y la razón para dudar de que sea conveniente acercarse lo más posible al ideal es que el mismo está diseñado para alcanzar ciertos valores, como la igualdad formal o la seguridad, pero no otros ideales, como la justicia o la equidad. El artículo termina con una referencia a la teoría de Dworkin y muestra cómo la concepción de este último, «la concepción de los derechos», no es tampoco ajena al modelo del sistema deductivo como ideal: «como en el enfoque de Dworkin, los principios morales forman parte del derecho, la completitud y la consistencia del Sistema Maestro reaparecen bajo un nuevo ropaje» (p. 33). La diferencia con la otra concepción estaría en que «en la concepción de los derechos, el modelo contiene no sólo los ideales formales de completitud y consistencia, sino también el ideal de justicia» (*ibid.*).

Los fragmentos que siguen están tomados de las páginas iniciales del trabajo:

El papel de la lógica en el derecho ha sido a veces sobreestimado y a veces subestimado. Hay diversas razones que pueden explicar estas equivocaciones. Una deriva de la idea de que la lógica se ocupa de las leyes del pensamiento, y su propósito es describir y guiar el modo en que la gente argumenta sobre distintos tópicos. Desde esta perspectiva, la función de la lógica en el derecho consistiría en la descripción de diferentes formas de argumentación desarrolladas para justificar posturas jurídicas a fin de descubrir cómo perfeccionarlas. Ésta sería una tarea maravillosa, pero, desafortunadamente, la lógica no es capaz de llevarla a cabo. La lógica no puede decirnos cómo mejorar nuestras habilidades argumentativas. Sólo puede mostrar si (y en su caso cómo) nuestras conclusiones se fundan en las premisas usadas en nuestros razonamientos. La justificación de la conclusión es siempre una cuestión relativa, ya que depende de las premisas consideradas. No obstante, lógicas diferentes pueden proporcionar diferentes clases de justificación. Un razonamiento inválido puede ser presentado como válido a través de un análisis lógico diferente de los enunciados involucrados, o desde la perspectiva de una lógica diferente. Desde el punto de vista metateórico, la lógica puede ser usada para evaluar la consistencia y la completitud de un sistema jurídico, pese a que no puede brindarnos ninguna ayuda para superar las inconsistencias o las lagunas que puedan encontrarse en él.

En la historia de la ciencia, la lógica se halla intrínsecamente conectada con uno de los ideales que caracterizan al pensamiento científico occidental: la organización deductiva o axiomática de un campo de investigación. [...]

El ideal de la organización deductiva también se encuentra presente en el campo del derecho, así como en la ciencia jurídica (dogmática jurídica). En este trabajo me gustaría formular algunos comentarios respecto de sus posibilidades, sus fundamentos políticos, sus limitaciones, la clase de concepción respecto de la naturaleza del derecho que supone y los compromisos que de él se derivan.

El derecho puede verse como una herramienta para organizar la forma de vida de una determinada sociedad. Ciertas pautas generales de conducta son necesarias para guiar las acciones que deben o pueden ser realizadas. Esto sugiere la conveniencia de tener una formulación explícita de las reglas diseñadas para llevar a cabo esa función de guía. Una vez que las tenemos, se supone que las decisiones particulares serán tomadas en concordancia con las reglas relevantes del conjunto. En este modelo ideal, el conjunto de reglas constituye el punto de partida (los axiomas) para la derivación de las instrucciones a seguir en cada situación concreta. Denominaré concepción del Sistema Maestro a la concepción jurídica que surge de este modelo ideal. Dicho ideal no es incompatible con la naturaleza dinámica del derecho. El sistema recibe continuamente suplementos que actualizan parte de su contenido. [...]

En la sociedad contemporánea existen al menos tres principios que poseen particular importancia con relación a la concepción del Sistema Maestro. Ellos son:

A) *El principio de inexcusabilidad*: Los jueces deben resolver todos los casos que se les someten a juzgamiento dentro de la esfera de su competencia. [...]

B) *El principio de justificación*: Una decisión judicial requiere un fundamento o razón y los jueces deben exponer las razones de sus decisiones. [...]

C) *El principio de legalidad*: Las decisiones judiciales deben ser fundadas en normas jurídicas del Estado [salvo que el propio derecho autorice a acudir a otro tipo de normas]. [...]

Los tres principios arriba mencionados pueden resumirse del siguiente modo:

D) Los jueces deben resolver todos los casos que se les sometan a juzgamiento dentro del límite de su competencia mediante decisiones fundadas en normas jurídicas del sistema.

Se presupone que este principio no impone una obligación imposible, que los jueces pueden cumplir con lo que él exige. La posibilidad de satisfacer (*D*) implica la verdad de:

E) En todo sistema jurídico hay normas que proveen fundamentos para resolver todo caso posible.

Éste es el Postulado de la Completitud (ausencia de lagunas) de los sistemas jurídicos. El argumento anterior muestra cómo se presupone la verdad de este postulado en un conjunto de reglas aparentemente inocentes.

La verdad o falsedad del postulado depende principalmente de (*i*) cómo se interprete la noción de justificación y (*ii*) cómo se identifiquen los elementos de un sistema jurídico.

En la versión ideal que estoy discutiendo deben satisfacerse dos condiciones a fin de proporcionar una justificación adecuada: (1) el contenido de una decisión debe ser una consecuencia lógica de las premisas que la fundamentan, y (2) las premisas normativas empleadas en la justificación deben ser generales. La única excepción admitida respecto de (1) está dada por el caso en el cual las reglas generales brindan al juez discreción para adoptar su decisión dentro de ciertos límites, como, por ejemplo, en el caso de las penas y los resarcimientos de daños.

El núcleo de esta noción de justificación posee sugestivas analogías con la teoría de la explicación de hechos particulares en las ciencias empíricas de Carl G. Hempel. De acuerdo con Hempel, una explicación de un hecho empírico es una deducción lógica cuya consecuencia es una descripción del hecho a explicar (el *explanandum*) y las premisas (el *explanans*) son enunciados de dos clases: un conjunto de leyes generales y un conjunto de enunciados individuales que describen las condiciones iniciales antecedentes. Toda explicación debe satisfacer diversas condiciones de adecuación: (*i*) el *explanandum* debe ser lógicamente implicado por el *explanans*, (*ii*) el *explanans* debe contener leyes generales y (*iii*)

las oraciones que constituyen el *explanandum* deben ser verdaderas. Una explicación consiste en mostrar que el fenómeno a explicar es un caso particular de una ley general. Las leyes generales brindan el componente explicativo básico en toda explicación y la lógica asume la tarea de vincular el contenido conceptual de esas leyes con lo que realmente acontece.

A pesar de que las ciencias empíricas no disponen de una explicación para todo hecho, la empresa de la investigación científica se funda en la creencia de que existe una explicación para todo hecho. El principio de causalidad universal (una versión del principio de razón suficiente) constituye el análogo del principio normativo de completitud.

Con respecto a la identificación de los elementos del sistema normativo a utilizarse como fundamento en una justificación, existen diferentes versiones de la teoría de acuerdo con diferentes formas de trazar la distinción entre las así llamadas fuentes formales y fuentes materiales del derecho (Alchourrón 2000: 11-15).

1) ¿Podría decirse que la concepción de la lógica que Alchourrón critica al comienzo del trabajo es la defendida por autores como Dewey (*vid.* II,1,A) o Peirce (*vid.* III,4,A)? ¿Cómo hay que entender la frase de que «la lógica no puede decirnos cómo mejorar nuestras habilidades argumentativas»? ¿No puede realmente hacerlo?

2) Lo que Alchourrón considera como «justificación adecuada» de una decisión judicial, ¿coincide con lo que Wróblewski llama «justificación interna»?

3) ¿Es compatible la postura que defiende aquí Alchourrón con una concepción post-positivista del Derecho (*vid.* I,4,C)? ¿Lo impide el hecho de que ve el Derecho exclusivamente como un sistema y no (además) como una actividad, como una praxis? La analogía que traza entre la justificación judicial y la explicación científica, ¿autorizaría a afirmar que Alchourrón defiende la tesis de la única respuesta correcta aproximadamente en el mismo sentido en que lo hace Alexy (como un ideal regulativo; *vid.* VII,3)?

IV

LA CONCEPCIÓN MATERIAL: PREMISAS Y RAZONES

1. EL ENFOQUE MATERIAL DE LA ARGUMENTACIÓN

Desde la perspectiva que hemos llamado «material», argumentar no consiste ya en presentar una serie de proposiciones estructuradas de una determinada manera, sino que es, más bien, la actividad de ofrecer razones (buenas razones) sobre cómo es el mundo (algún aspecto del mismo) o sobre cómo debe alguien actuar en él. El centro se sitúa, entonces, en las premisas (y en la conclusión), pero no entendidas en cuanto enunciados con una cierta forma, pues lo que interesa aquí es, precisamente, su contenido de verdad y de corrección: la premisa «el que matare a otro será [debe ser] castigado con la pena de 10 a 20 años» es una razón (para que un juez condene a alguien a esa pena) si hay una norma válida que deba aplicar y que tenga ese contenido; y algo parecido ocurre con «*F* ha dado muerte a *Z*», que sólo será una razón si el enunciado en cuestión es verdadero o, al menos, tiene la pretensión de serlo (se ha llegado al mismo siguiendo ciertas reglas procesales sobre la prueba). Eso no quiere decir que el estudio material de los argumentos tenga que hacerse caso por caso, considerando el contenido material concreto de un determinado argumento. También aquí es posible un estudio de tipo general, sistemático y que incluso podría denominarse «formal» en uno de los sentidos de esta última expresión. Pero sí es cierto que una concepción material de la argumentación es menos general que una de tipo formal, en cuanto que el primer enfoque es característicamente «sensible» a la materia sobre la que se argumenta: el que algo sea o no una buena razón depende, por ejemplo, de que se trate de una argumentación judicial y no de carácter moral o político, de que la enuncie un juez en materia penal y no sobre cuestiones civiles o administrativas, etc. Podríamos decir que esta concepción de la argumentación vendría a corresponderse con lo que tradicionalmente se ha llamado «lógica material».

Ese enfoque (consistente en ver la argumentación jurídica, en lo esencial, como una teoría de las premisas) ha caracterizado la obra de diversos teóricos del siglo XX. Es el que cabe encontrar en Viehweg y en la tradición de la tópica. El concepto de tópico o lugar común ha sido siempre muy oscuro; a veces se dice que los tópicos son «formas» o esquemas de argumentos, pero con ello se alude, en realidad, a la «forma» o a la estructura de una proposición; lo que quiere decir, en definitiva, es que en un mismo tópico, en un mismo enunciado general (por ejemplo, «si se puede lo más se puede también lo menos»), puede basarse en un número indeterminado de argumentos; pero parece claro que el tópico en cuanto tal no es una inferencia, sino lo que permite efectuar una inferencia (por ejemplo, en el tópico anterior es en lo que se basa un tipo de argumento *a fortiori*: «de mayor a menor»). También se encuentra esa aproximación en los estudios de Summers sobre los razonamientos justificativos de los jueces (del *common law*): a él le interesa estudiar la «fuerza justificativa» de los argumentos —de las razones— que los jueces aducen, no sus características lógicas o su posible capacidad de persuasión. Y algo parecido puede decirse de la teoría de Raz sobre las razones para la acción y de los tipos de razones justificativas que distingue. O de la contraposición que se encuentra en la obra de Dworkin entre reglas y principios y los diversos tipos de principios: se trata, cabría decir, de una teoría acerca del papel argumentativo que desempeñan estos diversos tipos de normas jurídicas, de premisas.

2. RAZONAMIENTO TEÓRICO Y PRÁCTICO

Quizás la distinción más básica que puede trazarse en materia de argumentación sea la que contrapone los razonamientos teóricos (dirigidos al conocimiento) a los prácticos (dirigidos a la acción). Por ejemplo: «varios testigos han afirmado que *F* amenazó de muerte a *Z* en diversas ocasiones; *F* estaba en el mismo lugar que *Z* cuando se produjo la muerte de este último; por lo tanto, *F* causó la muerte de *Z*» es un argumento teórico; mientras que «el que matare a otro será castigado como homicida con la pena de 10 a 20 años; *F* ha causado la muerte de *Z*; por lo tanto, *F* debe ser castigado con una pena de 10 a 20 años de prisión» es un argumento práctico. La diferencia estriba en que, en los argumentos teóricos, las premisas y la conclusión son enunciados descriptivos, mientras que en los prácticos, una de las premisas y la conclusión son normas (como ocurre en el ejemplo), o bien, sin ser normas (como pasa con los deseos o los intereses) tienen una dimensión práctica, están de alguna manera volcados a la acción. Otra manera de trazar esta última distinción consiste en decir que el primer tipo de enunciado (el teórico) tiene una dirección de ajuste lenguaje-a-mundo

(el enunciado «*F* causó la muerte a *Z*» es verdadero si, efectivamente, eso es lo que ocurrió en el mundo); mientras que en el segundo tipo (el práctico), la dirección de ajuste es la inversa: mundo-a-lenguaje («*F* debe ser castigado con la pena de 10 a 20 años» significa que el mundo debe modificarse en el sentido del enunciado).

Es importante darse cuenta de que tanto los argumentos teóricos como los prácticos implican la idea de compromiso. Las premisas no son aquí simplemente enunciados, sino razones —hechos— que se expresan mediante enunciados lingüísticos: el hecho de que varios testigos han afirmado... o el hecho de que el juez tiene el deber... El juez que efectúa esos razonamientos no está simplemente enunciando que si las premisas son verdaderas (o correctas) entonces también ha de serlo la conclusión; se está comprometiendo con la verdad o corrección de las premisas y, por tanto, también con la de las conclusiones: con la verdad de que *F* causó la muerte de *Z*; o con el deber de imponerle a *Z* tal tipo de sanción.

Esta idea de compromiso permite entender que Aristóteles, von Wright o Searle hayan defendido la tesis de que la conclusión de un razonamiento práctico es una acción o algún precursor o antecedente de la acción. El ejemplo que ponía von Wright (von Wright 1979) (las premisas son una combinación de un deseo y una creencia) era éste: «deseo calentar la cabaña; creo que sólo si enciendo la chimenea, la cabaña se calentará; por lo tanto, emprendo la acción de encender la chimenea». Si el razonamiento lo viéramos desde una perspectiva puramente formal, habría que decir que la conclusión tendría que ser el enunciado «debo (o tengo que) emprender la acción de encender la chimenea»; ese enunciado, esa norma, se distingue de la acción de encenderla, de manera semejante a como, en relación con el silogismo judicial, la conclusión «debo condenar a *X* a la pena *Y*», se distingue de la acción de condenarle. Ahora bien, consideradas las cosas desde una perspectiva material, no hay nada de extraño en lo que los anteriores autores sostienen: el «deber» de encender la chimenea o de condenar a alguien implica un compromiso, una actitud práctica que envuelve algún tipo de acción; aunque, por otro lado, es posible tener la intención de hacer algo (eso sería una acción mental) y no hacerlo.

También cabe entender que, desde esta perspectiva material de la argumentación (que es la que esencialmente asumen los jueces), no pueda trazarse con nitidez la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, entre el plano de los factores psicológicos, sociales, etc., que explican la decisión del juez y el de las buenas razones que la justifican. La acción de motivar, de justificar, una decisión implica la aceptación, por parte del juez, de que no puede haber razones que expliquen su decisión y que no estén justificadas. Puede que en ocasiones las cosas ocurran, de hecho, de otra manera; pero entonces el juez no estaría justificando en sentido

pleno sus decisiones; lo que nos estaría ofreciendo en su motivación sería una apariencia de justificación. Los jueces muestran una «resistencia» a aceptar la distinción entre las razones explicativas y las justificativas, precisamente porque para ellos motivar una decisión no significa simplemente motivarla en sentido formal, sino más bien en sentido material.

El razonamiento jurídico es, esencialmente, un tipo de razonamiento práctico, aunque en el mismo figuren también (y puedan ser decisivos) fragmentos de razonamiento teórico. Queda claro también que el razonamiento práctico no es simplemente el razonamiento referido a la acción. Un razonamiento dirigido a *explicar* la decisión de un juez no es, por ello, práctico, sino teórico; por ejemplo: «el juez *J* deseaba favorecer a la empresa *E*; el juez *J* creía que si tomaba la decisión *D*, favorecería a la empresa *E*; en consecuencia, el juez *J* tomó la decisión *D*». El razonamiento práctico es el encaminado a justificar acciones. Pero hay aquí dos sentidos de *justificación* que conviene distinguir. Uno es el de justificación instrumental o técnica, como ocurre con el ejemplo de calentar la cabaña: está justificado hacerlo («debe» hacerse) en el sentido de que se trata de un medio necesario para satisfacer un deseo o un interés. Otro es el de justificación en sentido estricto, que se basa en (o cuyas premisas son) normas —normas deónticas[1]— o valores: es lo que ocurre con el razonamiento judicial o con el razonamiento moral. La diferencia estriba en que las normas y los valores (a diferencia de los deseos, las preferencias o los intereses) tienen una dimensión objetiva, en el sentido de que respecto de ellas no se plantea únicamente la cuestión de su existencia, sino la de su validez[2]. En la motivación de sus decisiones, los jueces no pueden perseguir propósitos ajenos a las normas y a los valores de su sistema jurídico; no pueden actuar instrumentalmente. Pero en el Derecho hay muchos ámbitos en los que el razonamiento práctico de tipo instrumental (y no estrictamente justificativo) juega un papel de gran importancia: por ejemplo, en el razonamiento de los abogados o en el de los legisladores. Sin embargo, también en estos dos últimos casos no deja de haber un elemento justificativo: las finalidades perseguidas por el legislador deben ser conformes a las normas y valores constitucionales; y los abogados persiguen el interés de sus clientes, pero sólo pueden hacerlo dentro de ciertos límites.

1. En el anterior ejemplo de justificación figura también como premisa una norma, pero se trata de una norma técnica.

2. En relación con los deseos y las otras entidades «subjetivas» podría hablarse también de «validez», pero esa validez dependería, precisamente, de normas y de valores; se pasaría, por tanto, al otro tipo de justificación.

3. RAZONES Y TIPOS DE RAZONES

Las razones de los argumentos son, entonces, las premisas, pero no consideradas como simples enunciados lingüísticos (menos aún como la forma lógica de esos enunciados), sino como aquello de lo que depende que los enunciados en cuestión puedan calificarse como verdaderos o correctos. Y eso no puede ser otra cosa que algún «hecho», entendida la expresión en un sentido muy amplio: lo que tiene algún tipo de existencia. De ahí que se pueda afirmar que las razones son hechos.

Puede hablarse entonces de distintos tipos de hechos y, por lo tanto, de razones. Hay hechos del mundo externo, hechos físicos, que pueden ser independientes de la voluntad (sucesos naturales) o dependientes de la voluntad (acciones humanas). Pero hay también hechos del mundo interno, hechos psicológicos, que pueden consistir en estados mentales (deseos, intenciones, creencias, emociones) o en acciones mentales (calcular o decidir). O hechos del mundo institucional (dependientes de que existan normas, instituciones; los otros serían hechos naturales o hechos brutos), como promesas, deberes o el «hecho» de estar casado o de ser juez. Y, en fin, hechos generales o complejos que pueden verse como relaciones entre hechos simples (naturales o institucionales); es lo que ocurre con las normas (quizás también con los valores), con las leyes científicas o con las máximas de experiencia. Por eso puede decirse que «el calor es una razón para darse un baño en el mar», que «el deseo de agradar a *X* junto con la creencia de que *X* es un aficionado a la ópera es una razón para obsequiarle con una entrada en el Liceo para ver *Otello*», que «el hecho de que *F* haya dado muerte a *Z* junto con la norma que establece que si alguien mata a otro debe ser condenado a tal pena es una razón para que el juez condene a *F* a esa pena», etcétera.

De los anteriores hechos, unos son motivadores de la acción o, dicho de otra manera, se expresan en enunciados que tienen una dirección de ajuste mundo-a-lenguaje (como los deseos, los deberes, las normas o los valores) y otros no, su dirección de ajuste es lenguaje-a-mundo. En el contexto del razonamiento práctico, de las razones para la acción, a las del primer tipo, Raz (1975) las denomina *razones operativas*, y a las del segundo tipo, *razones auxiliares*; estas últimas vienen a ser como medios para satisfacer una razón operativa; a su vez, dentro de las razones auxiliares, unas permiten identificar cuáles son esas razones (operativas), y otras ayudan a determinar, en los conflictos de razones, qué razón tiene más peso y desplaza a las otras. Una *razón completa* sería el conjunto de premisas no superfluas de un razonamiento práctico válido. Un ejemplo que pone Raz: «yo deseo ayudarle; prestándole 400 libras le ayudaré; por consiguiente, tengo una razón para prestarle 400 libras» sería una inferencia práctica válida: la primera premisa establece una razón operativa; la segunda,

una razón auxiliar (identificativa) y el conjunto de ambas constituye una razón completa.

Hay, por supuesto, muchas maneras de clasificar las razones. Como ya hemos visto, hay razones teóricas (para creer en algo) y razones prácticas (para actuar); o razones explicativas (señalan cuáles son los antecedentes causales de un fenómeno o de una acción, o cuál el objetivo, la finalidad que se persigue con una acción) y justificativas (las que cabe aducir para que una acción resulte aceptable). Otras clasificaciones relevantes (y que se cruzan entre sí) son las siguientes: 1) Como las razones pueden referirse a otras razones, hay razones de primer nivel, de segundo nivel, etc.; una razón de segundo nivel puede atribuir un mayor o menor peso a las de primer nivel y servir así para resolver conflictos entre razones. 2) Desde la perspectiva del peso o de la fuerza de las razones, unas son *perentorias* (cuando se aplican, determinan por sí mismas un curso de acción) y otras *no perentorias* (contribuyen a la decisión, pero no la determinan). Además, la fuerza puede determinarse *prima facie* o bien *consideradas todas las circunstancias*; una razón (o un conjunto de razones) que prevalece sobre todas las otras dadas circunstancias del caso es una *razón definitiva, decisiva* o *concluyente*; mientras que una *razón absoluta* sería aquella que nunca, en ninguna circunstancia (en la que sea aplicable), puede ser derrotada. 3) La fuerza es cosa distinta del *alcance* de las razones; por eso, una razón puede tener una gran fuerza (en los casos en los que es aplicable), pero un corto alcance (hay pocos casos en los que se aplica). 4) Hay razones que son independientes del contenido (algo puede ser una razón porque es el deseo de alguien o la prescripción de una autoridad) y otras que dependen del contenido (el contenido de lo que se desea o de lo que se prescribe es valioso: en sí mismo, o porque es un medio para alcanzar un fin valioso).

4. RAZONES JURÍDICAS: SISTEMÁTICAS Y EXTRASISTEMÁTICAS

Como se ha visto, el Derecho puede verse como un sistema, pero también como una práctica social compleja dirigida a satisfacer determinadas funciones utilizando, entre otros, medios argumentativos. En los argumentos jurídicos, en sentido amplio, algunas de las premisas que figuran en los mismos provienen del propio sistema jurídico, son enunciados del sistema jurídico, mientras que otras son extrasistemáticas, aunque los elementos del sistema también contribuyan a fijarlas: por ejemplo, la premisa que da por acreditado un determinado hecho depende de reglas procesales, esto es, de enunciados del sistema.

Las premisas de carácter sistemático vienen a ser, en términos generales, las normas —válidas— del sistema jurídico en cuyo contexto tenga lugar la argumentación. Pero esa afirmación tiene que ser matizada en varios sentidos. Por un lado, el sistema contiene también

enunciados que, en sentido estricto, no son normas, como las definiciones y los valores: las definiciones funcionan en tanto razones auxiliares, en el sentido de que permiten identificar normas; los valores son enunciados (el sentido del enunciado) prácticos en los que, a diferencia de lo que pasa con las normas, el elemento justificativo prima sobre el directivo. Por otro lado, puede considerarse que también forman parte del sistema jurídico —a estos efectos— normas que, en sentido estricto, no son válidas ni inválidas (por ejemplo, normas de un Derecho extranjero) e incluso normas inválidas (mientras no haya sido declarada su invalidez). Y, finalmente, dentro de las normas válidas, las hay de distinto tipo y que, en consecuencia, juegan roles diferentes en la argumentación[3].

La primera distinción por hacer aquí es entre normas regulativas y normas constitutivas. Las normas regulativas tienen la forma: «si se dan las condiciones de aplicación *X*, entonces *Z* debe (puede, tiene prohibido) realizar la acción *Y* (o alcanzar el estado de cosas *E*)». A su vez, pueden subdistinguirse en reglas y principios, y unas y otros pueden ser de acción o de fin. Todas las normas regulativas funcionan en la argumentación como razones operativas, pero con distinta fuerza: las reglas son razones perentorias (aunque en algún caso, como se verá, pueden ser derrotadas); y los principios, razones no perentorias; además, las reglas son, básicamente, razones independientes del contenido, razones formales o autoritativas; mientras que los principios son, esencialmente, razones dependientes del contenido, razones sustantivas que, a su vez, pueden ser de corrección (los principios en sentido estricto) o de fin (las directrices). Por el contrario, las normas constitutivas tienen la forma: «si se dan las condiciones de aplicación *X* (y *Z* realiza una acción *Y*), entonces se produce el resultado normativo *R*» y funcionan como razones auxiliares: tanto si se trata de reglas que confieren poder (para realizar un contrato, un testamento, etc.) como si son normas meramente constitutivas; un ejemplo de esto último —de normas puramente constitutivas— son las presunciones (*iuris tantum* o *iuris et de iure*).

Por lo demás, la anterior clasificación debe entenderse de una manera flexible. Los que se han señalado son los tipos fundamentales de normas jurídicas (de enunciados jurídicos), pero no cabe excluir la posibilidad de que se den, por ejemplo, normas que combinan elementos de las reglas y de los principios; y, por supuesto, puede haber casos de penumbra, de incertidumbre, a la hora de decidir si algo es una definición o una norma meramente constitutiva, una regla de acción o de fin, una regla o un principio, etcétera.

3. La clasificación que sigue de tipos de enunciados jurídicos está tomada de Atienza y Ruiz Manero 1996.

En todos los contextos en los que se argumenta jurídicamente se utilizan premisas que no consisten en enunciados que integran el sistema jurídico. En la argumentación judicial subsuntiva o clasificatoria, ya hemos visto que una de las premisas (la premisa menor) es un enunciado de carácter fáctico, externo al sistema; y tampoco forman parte del sistema muchas de las premisas utilizadas para establecer que ha ocurrido ese hecho (la justificación externa de la premisa fáctica). Algo parecido puede decirse cuando se trata de una argumentación finalista, aunque, en este caso, la premisa fáctica (o una de ellas) no se refiere a hechos del pasado, sino a lo que ocurrirá en el futuro. Y, en fin, en la ponderación, las premisas fácticas (extrasistemáticas) juegan también un papel destacado: uno de los criterios que Alexy establecía para determinar qué principio prevalecía sobre otro se refería a eso: a la mayor o menor certeza de los enunciados empíricos.

En la argumentación de los abogados (no en las piezas dirigidas a los jueces, sino en su papel de consejeros de los clientes), la razón operativa no es una norma del sistema, sino el principio de maximizar los intereses de los clientes; las premisas provenientes del sistema ingresan en su razonamiento básicamente como razones auxiliares; por ejemplo: «debemos procurar que la empresa *E* reciba el tratamiento fiscal más ventajoso posible; si constituimos una sociedad de las características *X*, *Y* y *Z*, vamos a lograr esa finalidad; por lo tanto, debemos (o hay una razón para) constituir una sociedad de esas características».

El razonamiento legislativo también es, en lo esencial, un razonamiento de carácter finalista, pero con dos características diferenciales con relación al de los abogados. La primera es que la razón operativa no es —o no debe ser— un interés particular, sino intereses generales, valores sociales. Y la segunda es que la razón auxiliar no hace tampoco referencia (o no directamente) a normas del sistema. Las normas del sistema operan antes bien como premisas, más o menos explícitas, que trazan límites y que también señalan objetivos que perseguir; y, por supuesto, como conclusión: la argumentación legislativa se dirige al establecimiento de normas jurídicas. Un ejemplo de esto último: «se debe evitar el sufrimiento a los animales; prohibir las corridas de toros es una manera de evitar sufrimiento a esos animales; por lo tanto hay una razón para (se debe) dictar una norma que prohíba esos espectáculos».

5. RELEVANCIA Y PESO DE LAS RAZONES

En la dimensión material de la argumentación que se está considerando, la relevancia y el peso o la fuerza de las premisas son conceptos centrales.

La *relevancia* de las premisas en relación con la conclusión no es únicamente una cuestión formal. No se trata simplemente de comprobar que el argumento respeta una cierta forma, es un caso particular de un esquema general de argumento. La relevancia supone tres componentes, uno de los cuales tiene una naturaleza formal, pero no así los otros dos. El de carácter formal es lo que cabría llamar *aplicabilidad*: en el silogismo subsuntivo, se necesita una premisa normativa general que sea de aplicación a —en la que encajen— los hechos; en el razonamiento probatorio, la máxima de experiencia debe poder aplicarse a los hechos individuales recogidos en las otras premisas; etc. Pero otro factor fundamental para juzgar acerca de la relevancia de las premisas es la *interpretación*: el que una premisa, normativa o fáctica, sea o no relevante (materialmente relevante) depende de que a la misma se haya llegado mediante un proceso adecuado de interpretación: pues hay un paso, un paso interpretativo, entre el material normativo en bruto (los enunciados que el jurista encuentra en las leyes, en la jurisprudencia, etc.: en las fuentes del Derecho) y lo que constituye la premisa normativa de su razonamiento; y lo mismo cabe decir (aunque los criterios interpretativos no sean los mismos —o no exactamente los mismos—) entre lo manifestado por un testigo, un documento probatorio, un acontecimiento que ha tenido lugar, etc., y el significado atribuido a los mismos cuando se convierten en premisas de un razonamiento. Finalmente, la relevancia depende también de que lo enunciado en las premisas resulte *válido*, en un sentido amplio de la expresión. En relación con las premisas normativas, tendrá que tratarse de normas válidas de acuerdo con el criterio amplio de validez antes mencionado (de manera que una norma podría funcionar en ocasiones como una premisa relevante de un razonamiento jurídico justificativo, aunque pertenezca a un sistema jurídico distinto e incluso aunque contradiga los criterios de validez del sistema [mientras no haya sido anulada] o haya sido derogada [pero se trate de situaciones surgidas antes del acto de derogación]). Y en cuanto a las premisas fácticas, la validez hace referencia, en principio, a criterios externos al sistema (criterios epistemológicos) que pueden usarse para certificar su verdad; pero también a criterios provenientes del sistema (de las normas probatorias) que pueden hacer que una premisa fáctica que, desde el punto de vista externo al sistema, habría que considerar como verdadera (o como muy probablemente verdadera), no pueda, sin embargo, considerarse válida (prueba prohibida) o que una premisa fáctica que no podría considerarse como verdadera, el sistema la dote de validez (a través de una norma de presunción).

Desde el punto de vista de la lógica deductiva, no tiene sentido plantearse una cuestión como la del peso de las premisas: todas (todas las que no son superfluas) pesan lo mismo, tienen la misma fuerza, pues cada una de ellas es condición necesaria para que se pueda

llevar a cabo la inferencia. En el razonamiento inductivo no es así. El razonamiento probatorio en el Derecho suele esquematizarse mediante una inducción que concluye no en un enunciado de carácter general (una inducción ampliativa: «*x*, *y*, *z* son *P*; *x*, *y*, *z* son *Q*; por lo tanto, todos los *P* son *Q*»), sino individual («si *x* es *P*, *Q* y *R*, entonces probablemente *x* es también *S*; *x* es *P*, *Q* y *R*; por lo tanto, *x* es *S*»). Y en la inducción sí que importan las cuestiones de peso, esto es, los criterios que se utilizan para dotar de una mayor o menor fuerza a las premisas y, por tanto, a la conclusión: por ejemplo, los hechos probatorios (las premisas individuales) deben ser fiables, suficientes, variados; el enunciado que expresa una regularidad (el enunciado general) debe estar suficientemente fundado, establecer un grado de probabilidad causal satisfactorio; etcétera.

En realidad, la cuestión del peso de las premisas no se plantea en relación con los casos fáciles, esto es, aquellos casos en los que existe una única regla aplicable (o un conglomerado de reglas) cuyo sentido no es dudoso (no hay un problema de interpretación) y no plantea tampoco ninguna cuestión de validez. Aunque pudiera haber otras razones que pugnaran con las de la regla, estas últimas tienen fuerza suficiente como para desplazar las otras: las reglas son razones perentorias o protegidas, lo que quiere decir que, dentro de lo que es su alcance, derrotan (normalmente) todas las otras posibles razones concurrentes. La cuestión del peso se plantea en relación con los casos difíciles, esto es, cuando hay un vacío en el nivel de las reglas del sistema (una laguna normativa), o bien el caso no está adecuadamente resuelto en ese nivel (hay una laguna «axiológica»), porque hay un desajuste entre el aspecto directivo y el justificativo de las reglas. En esos supuestos se necesita recurrir a los principios (que son razones no perentorias), esto es, se necesita ponderar, sopesar, las diversas razones concurrentes para determinar cuál (qué conjunto) tiene un mayor peso. Ya antes se hizo referencia a la «fórmula del peso» ideada por Alexy para resolver esos conflictos entre razones; pero lo que la misma contiene no es otra cosa que un criterio formal y, por tanto, insuficiente; necesitamos recurrir también a otros criterios más o menos materiales (de universalidad, de coherencia, de adecuación de las consecuencias, etc.) y, en definitiva, a una filosofía moral y política que permita articular, establecer, algún orden entre los diversos tipos de razones justificativas que concurren en el Derecho: formales o autoritativas y sustantivas; de corrección y de fin; institucionales.

Tal y como las entiende Summers (Summers 1978), las razones formales o autoritativas consisten en apelar a algún tipo de autoridad jurídica: la ley, el precedente, etc. Las sustantivas derivan su fuerza justificativa de consideraciones de carácter moral, económico, político y, en general, social: en las finalistas, esa fuerza procede de que sirven para apoyar una decisión que previsiblemente contribuirá a un

fin valioso; las de corrección apelan a una norma moral válida que se aplica a la situación. Y las institucionales, en fin, son razones de los otros tipos que aparecen vinculadas a roles o procesos institucionales específicos. Pues bien, no es posible establecer una jerarquía estricta entre esos tipos de razones, pero sí cabría reconstruir el funcionamiento de los Derechos de los Estados constitucionales (su «lógica interna») diciendo que en los mismos opera una jerarquía débil, derrotable, de acuerdo con la cual, las razones sustantivas prevalecen (o tienden a prevalecer) frente a las formales o autoritativas, en el sentido de que el intérprete y/o aplicador del Derecho debe procurar que se satisfagan las razones subyacentes a las normas (que son de carácter sustantivo), si bien las razones autoritativas señalan un límite infranqueable. Dentro del grupo de las razones sustantivas, las razones de corrección gozan de prioridad *prima facie*, aunque en ciertas circunstancias excepcionales podrían ser derrotadas por razones de fin (por objetivos sociales); y unas y otras (las razones sustantivas de estos dos tipos) también podrían ser derrotadas por razones institucionales.

6. RAZONES JURÍDICAS Y RAZONES MORALES. LA UNIDAD DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO

El carácter institucional del Derecho (y por tanto, la importancia que en el mismo tienen las razones institucionales) pone de manifiesto una diferencia esencial entre el razonamiento moral y el jurídico: el primero (entendido como referido a la moral justificada; no el razonamiento moral anclado en la moral social) parece estar regido únicamente por razones sustantivas.

Las instituciones (*vid.* Atienza y Ruiz Manero 2001) son invenciones humanas, artefactos diseñados para cumplir determinadas funciones. En el caso del Derecho y de otras instituciones complejas, es posible distinguir entre funciones externas e internas: las primeras se refieren al mundo exterior al Derecho y consisten en resolver conflictos, distribuir cargas y responsabilidad, legitimar el poder, etc.; las segundas se refieren al sistema jurídico mismo: el funcionamiento adecuado del Derecho tiene que ser preservado para poder asegurar el cumplimiento de las otras funciones, de las funciones sociales. Ejemplos de razones institucionales son todas aquellas que apelan a la seguridad jurídica (cuando esa apelación es legítima), a la división de poderes, etc. Puede parecer paradójico que unas razones (las institucionales) que están al servicio de otras (las sustantivas) puedan, sin embargo, prevalecer sobre estas últimas; pero la paradoja se disuelve cuando se piensa que si un instrumento, un medio, resulta necesario para la consecución de un fin (y no hay ningún otro medio alternativo), entonces, en realidad, la misma distinción entre medios —instrumentos— y fines —objetivos últimos— desaparece.

El razonamiento jurídico no es completamente independiente del de carácter moral; tiene —cabría decir— una autonomía relativa, en el sentido de que, aunque el razonamiento jurídico está sometido al moral, eso no quiere decir que sea —como a veces se supone— un caso *especial* del razonamiento moral; no lo es, porque las reglas de la argumentación moral (racional) no se aplican siempre (o no todas ellas) a la argumentación jurídica en sus diversos contextos. Lo que sí es cierto es que las reglas que rigen los diversos ámbitos de la argumentación jurídica tienen que estar justificadas desde el punto de vista moral, esto es, tienen que poder derivarse de razones morales; eso quiere decir, por ejemplo, que no parece tener sentido exigir a un abogado (en un escrito de defensa o de acusación) una sinceridad plena (ésa sería una de las reglas del razonamiento moral), pero, sin embargo, la posibilidad de ocultar información cuando se desempeña ese rol tiene que poder justificarse mediante el discurso moral.

No cabe duda de que, en algunos aspectos, el razonamiento jurídico tiene límites que no existen en el de naturaleza moral. Nino lo explica así. El razonamiento jurídico justificativo (por ejemplo, el de un juez) se mueve en dos fases o en dos niveles. En el primero, de carácter más básico, se deben articular las razones que legitiman esa práctica social fundada en la Constitución. En el segundo nivel (cuando se trata de justificar acciones y decisiones: en el primero se justificaban instituciones) quedan excluidas las razones justificativas que sean incompatibles con la preservación de la Constitución; eso quiere decir que puede haber (que hay) razones moralmente justificadas que, sin embargo, no pueden utilizarse en la argumentación jurídica.

Con todo, el sometimiento de las razones jurídicas a las morales es una consecuencia de la unidad de la razón práctica, esto es, de que las razones morales sean las razones últimas de nuestros razonamientos prácticos. A veces se niega esto y se afirma que un razonamiento jurídico justificativo no tiene por qué contener premisas de carácter moral. Se pone el siguiente ejemplo (Moreso, Navarro y Redondo 1992): «si *z* es un residente en el ayuntamiento *A*, entonces debe pagar el impuesto *I*; *z* es un residente en el ayuntamiento *A*; por lo tanto, debe pagar el impuesto *I*». Se reconoce que, para que el anterior razonamiento sea completo, hay que agregar las razones que justifiquen que la primera premisa enuncia una norma básica del sistema. Pero se piensa que eso puede hacerse con un simple razonamiento teórico: «existe una norma que autoriza a los ayuntamientos a dictar normas sobre impuestos municipales; el ayuntamiento *A* ha dictado una norma sobre impuestos; por tanto, esa norma es jurídica». Como es lógico, podría seguir preguntándose de nuevo por qué la norma expresada en la primera premisa del anterior razonamiento es jurídica, y eso nos llevaría hasta lo que Hart llamó la regla de reconocimiento que, en el caso del Derecho español, diría algo así como

«son normas válidas del sistema la Constitución de 1978 y las dictadas posteriormente de acuerdo con la Constitución o existentes con anterioridad a la Constitución y que no la contradigan». A partir de ahí, podría agregarse la premisa de que la norma en cuestión se dictó de acuerdo con la Constitución; y concluir que, por lo tanto, esa norma es jurídica, jurídicamente válida. Pero ese razonamiento no sería válido; o sea, para ser completo, necesitamos una nueva premisa (que, en realidad, forma parte de la regla de reconocimiento: que no es un simple criterio teórico, sino —además— una norma de mandato) que establezca que «se deben obedecer las normas jurídicas». Y las razones que puedan darse para justificar que se debe obedecer el Derecho no pueden ser otra cosa que razones morales.

MATERIALES

1,A) LÓGICA MATERIAL

«Lógica material» (lógica *maior*) designaba al conjunto de tratados (colecciones o *libri* escolásticos) sobre los siguientes temas principales: la demostración (a partir de premisas ciertas, con los problemas epistemológicos que esto remueve), la unidad y distinción de las ciencias (es decir, los temas gnoseológicos tal como entendemos aquí esta palabra significando todo lo relativo a la teoría de la ciencia como institución). Podría decirse que la Lógica material contiene los temas gnoseológicos de toda la escolástica y, por tanto, los temas que más tarde se agruparán bajo la rúbrica de «Metodología de las ciencias».

Gustavo Bueno considera que no es fácil establecer cómo se conectan la lógica formal y la material y le parecen rechazables los dos esquemas principales que se han utilizado históricamente: El de la «continuidad lineal», según el cual, la lógica material (como metodología o tratado del método) se agregaría como una parte más a las tres partes de la lógica formal clásica: el concepto, el juicio y el raciocinio; a esos tres actos de la mente se agregaría un «cuarto acto de la mente cuyo contenido durante mucho tiempo fueron las reglas cartesianas». Y el «esquema de la aplicación», según el cual, la lógica formal sería la lógica pura general, y la lógica material, «la aplicación de la lógica pura a los cuerpos de doctrinas científicas» (Bueno 1973: 17-19).

En un texto posterior, Gustavo Bueno considera que al campo de la lógica material (entendida «no ya como mera *aplicación* de la Lógica Formal presupuesta, sino como una manifestación de la logicidad que puede darse al *margen* de la misma *Lógica Formal*, aunque también en interacción con ella») pertenecería la teoría de la clasificación, las relaciones de fundamentación o la teoría de la causalidad (Bueno 1989: x-xi).

1,B) INFERENCIA MATERIAL

Hemos visto que el enfoque «formal» de la argumentación se centra en la noción de «inferencia», mientras que el «material» consiste esencialmente en una teoría de las premisas. La inferencia se entiende, así, como un tipo de relación entre enunciados, y no como una actividad (la actividad de inferir). Sin embargo, hay ocasiones en que se habla de «inferencia material», lo cual supone abandonar esa perspectiva (formal) de la argumentación, para adentrarse en la que hemos llamado precisamente «material».

Una aproximación de este segundo tipo puede encontrarse en la «concepción inferencialista del conocimiento» del filósofo pragmatista Robert B. Brandom, que puede servir de apoyo a una de las tesis principales de este capítulo: el enfoque material de la argumentación invita a considerar (operar con) los conceptos jurídicos como premisas (y conclusiones) de

razonamientos jurídicos. Brandom, en efecto, defiende que el significado de una expresión está determinado por cómo se utiliza la misma en las inferencias, en la práctica social de dar y pedir razones. Reconoce que hay conceptos que tienen usos descriptivos o prácticos no inferenciales, pero considera que la articulación inferencial entendida en ese sentido amplio es suficiente para dar cuenta del contenido de un concepto (Brandom 2002: 35). Y no descarta que para determinar esos contenidos conceptuales jueguen un papel las inferencias formalmente válidas, aunque las que más importan en su concepción son las materialmente correctas (p. 70). De ahí el interés de la noción de «inferencia material», que presenta así:

> Siguiendo a Sellars, la clase de inferencias cuya corrección determina el contenido conceptual de sus premisas y conclusiones se puede denominar «inferencia *material*». Como ejemplos, considérese la inferencia de «Pittsburg está al oeste de Princeton» a «Princeton está al este de Pittsburg», y de «Ahora se ha visto el rayo» a «Pronto sonará el trueno». Son los contenidos de los conceptos *oeste* y *este* los que hacen del primer ejemplo una buena inferencia, y los contenidos de los conceptos *rayo* y *trueno*, así como los conceptos temporales, los que hacen correcta la segunda. El respaldo a esas inferencias constituye parte de la captación o el dominio de esos conceptos, independientemente de cualquier característica competencia *lógica* (Brandom 2002: 65-66).

1) ¿Podría expresarse la idea anterior diciendo que lo que determina la corrección de esas dos inferencias es una «garantía» (en el sentido de Toulmin) o premisa que, respectivamente, serían: «si una ciudad está al oeste de otra, entonces esta última está al este de la primera» y «si en un cierto momento se ve un rayo, poco después sonará un trueno»? Si fuera así, entonces parece que lo que se quiere decir con «inferencia material» no es otra cosa que una inferencia cuya validez depende de la corrección o verdad de sus premisas; en definitiva, una manera de entender la argumentación que descansa en la noción de premisa.

1,C) EL ARGUMENTO PATERNALISTA

Macario Alemany presenta en su trabajo «Democracia *versus* Constitución» (Alemany 2010) lo que llama «el argumento paternalista» y muestra que el mismo juega un papel relevante en la defensa de diversas tesis del constitucionalismo contemporáneo, como la de la rigidez constitucional o la del control jurisdiccional de constitucionalidad. Aquí nos interesa, sin embargo, el esquema general del argumento, tal y como es presentado por el autor, y tres ejemplos de aplicación del mismo: a la tesis de Hart de la necesidad de contar con un sistema jurídico que contenga normas coactivas; a la de Tocqueville, la cual justifica que el pueblo no debe elegir directamente a los gobernantes; y a la de Mill, que defiende el gobierno de tipo representativo.

Por «argumento paternalista» voy a entender un argumento práctico, cuya conclusión es la imposición de una medida política, jurídica, sanitaria, etc., a un individuo, grupo, comunidad, etc. (en adelante, me referiré a quien se le impone la medida como *sujeto B*), la cual se presenta como necesaria para (I) evitar daños a *B*, dada (II) la constatación de un déficit de comprensión o voluntad en el sujeto *B* [...]. Ordenado como una secuencia de premisas y conclusión, el argumento podría presentarse de la siguiente manera:

I. *Q* constituye el objeto de un deseo, un interés o una necesidad de *B*.

II. *X* es una medida idónea y necesaria para conseguir garantizar o promover *Q* para *B*.

III. *B* muestra un déficit de comprensión y/o voluntad sobre la necesidad de *X*.

IV. Es permisible (u obligatorio) imponer a *B* la medida *X*. [...]

El argumento hartiano podría esquematizarse de la siguiente manera:

I. Una comunidad humana quiere evitar su extinción.

II. El establecimiento de un sistema coercitivo es una medida idónea y necesaria para garantizar la supervivencia.

III. Dicha comunidad muestra una comprensión y fuerza de voluntad limitadas sobre la necesidad de un sistema coercitivo.

IV. Debe imponerse un sistema coercitivo. [...]

Ordenado esquemáticamente, el argumento de Tocqueville sería el siguiente

I. El pueblo quiere garantizar la elección de los mejores gobernantes.

II. Sólo pueden elegir a los mejores gobernantes quienes están versados en el «arte de juzgar los medios» y libres de emociones como la envidia.

III. El pueblo no puede estar versado en el arte de juzgar los medios y, con frecuencia, está dominado por la envidia.

IV. El pueblo no debe elegir a los gobernantes directamente. [...]

De nuevo, presentado el argumento como una secuencia de premisas y conclusión, adoptaría la siguiente forma:

I. El pueblo quiere garantizar un buen gobierno.

II. Para garantizar un buen gobierno, es necesario que gobiernen hombres instruidos y que lo hagan libremente.

III. El pueblo no está constituido mayoritariamente por hombres suficientemente instruidos para el buen gobierno.

IV. El pueblo no debe gobernar directamente por sí mismo, sino limitarse a elegir representantes, hombres instruidos, y dejarlos gobernar libremente (Alemany 2010: 62-66).

1) Macario Alemany entiende que el anterior argumento tiene, por supuesto, una forma lógica, pero que lo característico del mismo se encuentra en el nivel de la concepción material (y pragmática) de la teoría de la argumentación jurídica (p. 63, nota 4), puesto que lo esencial aquí radicaría en las premisas, esto es, en la teoría del paternalismo (justificado) que está en la base del argumento. ¿Es así?

2) ¿Podría esquematizarse el «argumento paternalista» siguiendo el modelo de Toulmin (*vid.* II,3), de manera que IV fuera la pretensión, I y II las razones y III la garantía? ¿Qué cumpliría entonces la función

del respaldo? ¿Quizás alguna teoría del paternalismo justificado? ¿Tiene alguna ventaja el esquema de Toulmin frente al de la lógica estándar (el argumento práctico o medio-fin)?

1,D) UNA CARACTERIZACIÓN DE LOS TÓPICOS

En *El arte de tener razón*, Schopenhauer, después de señalar que Aristóteles planteó su lógica (en los *Analíticos*) fundamentalmente como una base para la dialéctica (desarrollada por Aristóteles en su *Tópica*), esto es, la lógica se ocuparía de la mera forma de las proposiciones, mientras que la dialéctica lo haría de su contenido o materia, presenta la siguiente caracterización de los tópicos:

> [...] [L]os *loci* son ciertas *verdades generales válidas para clases enteras de conceptos, a las que, por tanto, se puede volver en los casos concretos que se presenten para extraer de ellos sus argumentos y también para apelar a ellos como universalmente evidentes.* Sin embargo, la mayoría de los *loci* son muy engañosos y están sujetos a numerosas excepciones. Por ejemplo, un *locus* es: las cosas opuestas tienen relaciones opuestas: la virtud es bella, el vicio es feo; la amistad es benevolente, la enemistad malevolente. Ahora bien: el derroche es un vicio y, por tanto, la avaricia es una virtud; los locos dicen la verdad, por tanto, los sabios mienten: no es así. La muerte es perecer, por tanto, la vida es nacer. Es falso. [...]
>
> [...] Tiene algo de plausible el que pudieran existir ciertas verdades de validez general aplicables a todo por medio de las cuales fuera posible decidir los casos singulares que se ofrecieran, por diferentes que fueran, sin entrar en lo que tuvieran de específico. (La ley de compensación es un *locus* muy bueno). Pero esto no funciona, precisamente, porque los conceptos surgen de la abstracción de las diferencias y, por tanto, comprenden las cosas más diversas, diversidad que vuelve a ponerse de manifiesto cuando por medio de los conceptos se relacionan cosas singulares de las más diversas especies y sólo se decide conforme a los conceptos superiores (Schopenhauer 2002: 21-22).

1) ¿Está de acuerdo con esa caracterización de los tópicos?

2,A) TODO EL RAZONAMIENTO ES PRÁCTICO

John Searle, en *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, sostiene que, en cierto sentido, todo razonamiento es práctico y que la razón teórica es un caso especial de la razón práctica:

> *Razonar es un proceso del yo a lo largo del tiempo y, para la razón práctica, razonar tiene siempre que ver con el tiempo.*
>
> La introducción de la noción de tiempo nos capacita para ver que la racionalidad en la acción es siempre un asunto que tiene que ver con el hecho de que un agente razone conscientemente a lo largo del tiempo, bajo la presuposición de libertad, sobre qué hacer en el futuro. En el caso de la razón teórica, se trata de un asunto que tiene que ver con qué aceptar, concluir o creer; en el caso de la razón práctica, es un asunto que tiene que ver con qué acciones realizar. Hay entonces un sentido en el que todo razonamiento es práctico, puesto que todo se resuelve

en hacer algo. En el caso de la razón teórica, el hacer es típicamente un asunto de *aceptar* una conclusión o hipótesis sobre la base del argumento o la evidencia. Pero la combinación del fenómeno de la brecha y del yo, la presuposición de toda racionalidad, tiene como consecuencia que la razón teórica es un caso especial de la razón práctica. La diferencia entre teórica y práctica está en la dirección de ajuste de la conclusión: mente-a-mundo en el caso en el que se extrae una conclusión a partir de evidencia o de premisas, y mundo-a-mente en el caso en que se forma una decisión y, por lo tanto, una intención sobre la base de determinadas consideraciones (Searle 2000: 108-109).

Para entender el anterior fragmento, debe tenerse en cuenta que Searle está considerando el razonamiento como una actividad y no, por tanto, como una concatenación de enunciados en el sentido de la lógica formal; que «el fenómeno de la brecha» hace referencia a que este autor considera que el conjunto de los deseos y creencias de un agente, previo a la realización de una acción, no es causalmente suficiente para determinar la acción; y que para dar cuenta de la actuación racional, hay que postular un «yo», esto es, un agente que es capaz de decidir, iniciar y llevar a cabo acciones bajo la presuposición de la libertad (el yo no *causa* el acto, sino que lo *realiza*). Por lo demás, el traductor del libro de Searle, Luis M. Valdés Villanueva, da, en el Glosario que acompaña a la obra, la siguiente explicación de lo que hay que entender por «dirección de ajuste»:

La mejor manera de ilustrar la noción de «dirección de ajuste» es por medio de un ejemplo utilizado por Elisabeth Anscombe en su libro *Intention* (Oxford, Blackwell, 1957). Imaginemos el caso siguiente: un hombre va al supermercado con una lista que le ha dado su mujer y que contiene las palabras «aceite, azúcar, vino y patatas». Se pasea por las estanterías con el carrito donde va depositando cada uno de los productos de la lista. Supongamos también que un detective lo sigue y va anotando en su libreta los nombres de los productos que nuestro comprador selecciona. Al final, cuando ambos salen a la calle, llevarán dos listas idénticas. Ahora bien, sus funciones son completamente distintas. En el caso de nuestro hombre, el propósito de la lista es hacer que el mundo se ajuste a lo que está escrito (dirección de ajuste mundo-a-palabras), mientras que en el caso del detective, el propósito de su lista consiste en que sus términos encajen con el mundo (dirección de ajuste palabras-a-mundo). La diferencia puede verse fácilmente si examinamos en qué consiste un error en cada uno de los casos y cómo corregirlo. Si el detective se da cuenta más tarde de que nuestro comprador se ha llevado pasta en lugar de azúcar, pongamos por caso, sólo tiene que tachar de su lista «azúcar» y sustituir este término por «pasta» para lograr el ajuste. Pero si al llegar a casa, nuestro hombre descubre que ha comprado pasta en vez de azúcar, no puede corregir su error (lograr el ajuste) substituyendo en su lista «azúcar» por «pasta» (*ibid.*: 269).

1) De acuerdo con todo esto, ¿tiene sentido decir que el razonamiento teórico también es razonamiento práctico? ¿Es verdad que «aceptar una conclusión» consiste en *hacer* algo? Pero si es así, ¿está justificado seguir manteniendo la distinción entre razonamiento teórico y práctico? ¿Por qué?

2,B) UN EJEMPLO DE RAZONAMIENTO TEÓRICO: LA TRANSMISIÓN DEL CÓLERA

En su libro *En casa. Una breve historia de la vida privada*, Bill Bryson expone el argumento que llevó al médico inglés John Snow a la conclusión (en un escrito que publicó en 1849, pero al que nadie hizo caso entonces) de que el medio de transmisión del cólera no era el aire impuro, sino el agua:

La teoría de los miasmas sólo tenía un punto débil destacado: carecía por completo de base. Por desgracia, sólo un hombre se dio cuenta de ello, y no consiguió que nadie estuviera de acuerdo con él. Se llamaba John Snow.

Snow nació en York, en 1813, en circunstancias modestas —su padre era un trabajador normal y corriente—, y por mucho que esto tal vez influyera negativamente en su vida social, le fue muy bien en cuanto a percepción y compasión, pues fue casi el único entre todas las autoridades médicas de la época que no culpó a los pobres de sus enfermedades, sino que comprendió que eran sus condiciones de vida lo que los hacía más vulnerables a influencias que escapaban de su control. Nadie jamás había abordado el estudio de la epidemiología con tamaña falta de prejuicios. [...]

Snow dedicaba gran parte de su tiempo a comprender de dónde provenían las enfermedades. Se preguntó en especial por qué el cólera devastaba de aquel modo algunos barrios mientras prácticamente pasaba por alto otros. En Southwark, el porcentaje de muertes por cólera era seis veces más elevado que en el vecino Lambeth. Si el cólera fuese consecuencia de un ambiente enrarecido, ¿por qué los habitantes de barrios colindantes, que respiraban el mismo aire, presentaban porcentajes de infección tan discrepantes? Además, si el cólera se transmitiera por el olor, los que realizaban tareas que obligaban a un contacto directo con los malos olores —los alcantarilleros, los desatascadores, los hombres de los excrementos y todos los que se ganaban la vida con la basura humana— tendrían que ser las víctimas más frecuentes. Pero no era así. Después del brote de 1884, Snow no consiguió encontrar ni un solo desatascador que hubiese fallecido.

El logro más perdurable de Snow fue no sólo comprender la causa del cólera, sino, además, recopilar evidencias de un modo científicamente riguroso. Realizó mapas detallados que mostraban la distribución exacta de las víctimas del cólera. Y los patrones descubiertos eran de lo más intrigante. Por ejemplo, el Hospital Bethlehem, el famoso manicomio, no tenía ni una sola víctima, mientras que los habitantes de las calles vecinas, en cualquier dirección, habían sucumbido en cantidades alarmantes. La diferencia estaba en que el hospital disponía de un suministro propio de agua, procedente de un pozo existente en sus terrenos, mientras que los que vivían en los alrededores se abastecían del agua de los pozos públicos. De la misma manera, los habitantes de Lambeth bebían agua que llegaba a través de un sistema de cañerías procedente de fuentes limpias de las afueras de la ciudad, mientras que los del vecino Southwark bebían agua que procedía directamente del contaminado Támesis.

Snow anunció sus descubrimientos en un panfleto publicado en 1849, *On the Mode of Communication of Cholera*, que demostraba un claro vínculo entre el cólera y el agua contaminada por heces humanas. Es uno de los documentos más importantes de la historia de la estadística, la salud pública, la demografía y la ciencia forense: uno de los documentos más importantes, en resumen, del siglo XIX. Nadie le hizo caso y las epidemias siguieron avanzando (Bryson 2011: 486-488).

1) Esquematice los argumentos utilizados en el texto: los que llevaron a Snow a descartar que fuera el aire el agente transmisor y los que le llevaron a fijarse en el agua. ¿Podría verse como una abducción?

2) ¿Se trata de argumentos teóricos (o de un argumento teórico complejo)? Si es así, ¿podría transformarse en —o servir como base para— un argumento práctico? ¿De qué manera?

3) Se han establecido muchas veces diversas analogías entre la medicina y el Derecho: ¿en qué consistiría ese paralelismo desde un punto de vista argumentativo? ¿En qué sentido es *práctica* la argumentación jurídica, y en qué sentido lo es la de carácter médico? ¿Cabría decir que la relación que puede establecerse (también en términos argumentativos) entre la epidemiología y la medicina clínica se corresponde con la que, en el campo del Derecho, existiría entre la legislación y la jurisdicción?

3,A) ¿QUÉ SON LAS RAZONES PARA LA ACCIÓN?

La noción de razón para la acción es de gran importancia en el razonamiento jurídico —y en el razonamiento práctico en general—, pero resulta notablemente oscura. En el artículo del que está tomado el texto que sigue, Juan Carlos Bayón presenta de manera sintética y particularmente clara los conceptos fundamentales de la teoría de las razones para la acción de Joseph Raz. Bayón tiene en cuenta tanto la primera como la segunda edición del libro de Raz, *Practical Reasons and Norms*[4], que ha tenido una gran influencia en la teoría del Derecho y en la teoría de la argumentación jurídica de las últimas décadas. El propósito del artículo es mostrar que la noción de *razón excluyente*, que juega un papel clave en la teoría de Raz, resulta por diversos motivos insatisfactoria y es, además, prescindible para una teoría adecuada del razonamiento práctico; pero ese aspecto podemos dejarlo aquí de lado:

> Al examinar la teoría de las razones para la acción que Raz nos ofrece, ha de tenerse en cuenta que su propósito fundamental no es otro que el de introducir la noción de «razón excluyente». Y aunque para alcanzar ese objetivo es preciso recorrer una serie de pasos previos, bien puede decirse que en cada uno de ellos el análisis de Raz se limita al mínimo estrictamente necesario para hacer posible, en su momento, la introducción de aquella idea clave. Esa forma de proceder tiene como consecuencia que alguno de los problemas más básicos o fundamentales que rodean a la idea misma de una «razón para actuar» sean despachados de forma excesivamente sumaria (o incluso francamente deficitaria). [...]
>
> A su juicio, las razones para actuar son «hechos», y los enunciados que son descriptivos de «hechos» que constituyen razones para la realización de cierta acción por un determinado agente actúan como premisas de inferencias prácticas.

4. La primera edición es de 1975 (Hutchinson, Londres) y la segunda, de 1990 (Princeton University Press). Hay traducción castellana de Juan Ruiz Manero: *Razón práctica y normas*, CEC, Madrid, 1991.

El conjunto de «hechos» tomados en cuenta en una inferencia práctica válida cuyas premisas no sean redundantes constituye una *razón completa* para la acción a la que se refiere su conclusión. Ahora bien, entre todos esos «hechos» hay algunos respecto de los cuales creer en su existencia implica tener una actitud crítica práctica (no sería posible, por ejemplo, «creer en la existencia de cierto valor sin aprobar *eo ipso* las acciones que lo promueven o lo materializan»). Los «hechos» de este tipo constituyen razones *operativas*. Todos los demás hechos que, junto a las razones operativas, integran razones completas —y respecto de los cuales creer en su existencia es compatible con no tener ninguna actitud crítica práctica determinada—, constituyen razones *auxiliares*[5]. La función de unas y otras dentro de un razonamiento práctico puede resultar más clara si se piensa en las primeras como en su «premisa mayor» y en las segundas como su «premisa menor»: los enunciados descriptivos de las razones auxiliares transferirían la actitud crítica práctica de la premisa mayor a la conclusión, señalando qué acción en concreto se tiene una razón para ejecutar habida cuenta de la validez de cierta razón operativa y de determinadas circunstancias contingentes que hacen que, en un caso dado, realizar aquella acción sea la forma de actuar de acuerdo con dicha razón operativa.

Las razones para actuar —operativas o completas— se relacionan entre sí por su *peso* o *fuerza* respectivos: si entran en conflicto, la razón de más peso prevalece sobre la de fuerza menor. Una razón es *concluyente* si, en una situación dada, ninguna otra prevalece por peso sobre ella; *absoluta*, si nunca es el caso que otra razón prevalece sobre ella; y meramente *prima facie* si no es ni absoluta ni concluyente. Como además —siempre a juicio de Raz— un enunciado del tipo «hay una razón para que x haga Ø» equivale a otro como «x debe hacer Ø», las distinciones que se acaban de presentar permitirían entender con facilidad las nociones de deber *prima facie*, deber concluyente (o «habida cuenta de todos los factores relevantes») y, eventualmente, deber absoluto.

Tomando en cuenta esta dimensión de peso o fuerza, la imagen resultante de la deliberación práctica sería la de un balance global en el que se sopesan todas las razones a favor y en contra de la acción acerca de cuya realización se delibera. De este modo, resultaría aparentemente indiscutible —por tautológico— un principio meramente formal de la racionalidad práctica en virtud del cual siempre se debe hacer lo que se tiene una razón concluyente para hacer, esto es, lo que resulte en cada ocasión del balance global de razones a favor y en contra sopesadas según su fuerza relativa. A este principio aparentemente indiscutible se refiere Raz como «P1». Pero de lo que Raz va a intentar convencernos es de que, sean cuales fueren las apariencias, P1 resulta excesivamente simplista como para hacer justicia a la verdadera complejidad potencial de la racionalidad práctica.

A juicio de Raz —que en este punto sigue ideas de Warnok— P1 no permitiría entender el papel de las *reglas* en el razonamiento práctico. En su opinión no puede decirse con propiedad que alguien «acepta una regla» si reconsidera la totalidad de razones a favor y en contra de hacer lo que la regla establece en *cada una* de las ocasiones de aplicación de la misma, porque «tener una regla es como haber decidido de antemano qué hacer». En ese sentido, una regla no sería meramente una razón más para actuar, ni siquiera una que *generalmente* prevalece en cierta clase de situaciones (y por ello mismo diferiría sustancialmente de un juicio de deber ordinario, que, siempre según Raz, equivaldría, como ya sabemos

5. Aquí se incluye una nota en la que Bayón explica que, entre las razones operativas, Raz incluye tanto los deseos, los intereses y los valores como (aunque éstas sean razones de un tipo especial) las normas. He prescindido del resto de las notas a pie de página.

a la afirmación de que hay cierta razón para actuar). El papel genuino de una regla consistiría en retirar o desplazar de antemano del razonamiento práctico de un agente un conjunto de posibles razones de signo contrario para todas y cada una de las ocasiones en las que la regla sea aplicable, de manera que la elección del agente para cada una de esas ocasiones quede prefigurada por la regla sin que proceda la reconsideración global caso por caso de la totalidad de razones concurrentes a favor y en contra. El razonamiento práctico en el que entran en juego reglas, en definitiva, no encajaría en el molde formal de P1.

Ahora bien, si aceptamos esa caracterización de la idea de regla, lo que no resulta tan claro es en qué sentido podría ser racional aceptar y seguir reglas; o lo que es lo mismo: en qué sentido podría sostenerse que apartarse de P1 no es *necesariamente* irracional. A juicio de Raz aceptar y seguir reglas *puede ser* racional (aunque no siempre lo es). Y para entender en qué sentido puede serlo habría que introducir la noción de «razones de segundo orden», puesto que sería la existencia de razones de segundo orden válidas la que determinaría que la racionalidad práctica no siempre quede confinada dentro de los márgenes de P1. Para entender este paso fundamental del análisis de Raz es preciso presentar toda una familia de conceptos nuevos.

Raz llama razones de primer orden a las razones para realizar o no realizar una acción. Las razones de segundo orden serían razones para actuar o no actuar por una razón de primer orden: en el primer caso se trataría de una «razón de segundo orden positiva»; en el segundo, de una «razón de segundo orden negativa» o razón *excluyente* para abstenerse de actuar por otras razones de primer orden en contra de Ø.

La distinción entre estas diversas clases de razones obligaría a trazar una tipología de los conflictos prácticos bastante más compleja que la que representa P1, que sólo sería apto para reflejar el modo en que se desenvuelven los conflictos entre razones de primer orden. En el esquema de Raz, una razón puede ser superada en peso por otra del mismo orden o excluida por otra de orden superior; y en este último caso, la razón excluyente prevalecería sobre las razones de primer orden que excluye no en virtud de su mayor peso —como si una y otras hubiesen de ser sopesadas dentro de un mismo balance—, sino en virtud de un principio general del razonamiento práctico a tenor del cual las razones para no actuar por otras razones prevalecerían siempre sobre éstas en el sentido de que las últimas quedarían retiradas o desplazadas de la consideración del agente por las primeras.

Dos datos suplementarios complican aún más la tipología de los conflictos prácticos. En primer lugar, nos advierte Raz, las razones excluyentes tienen un alcance (*scope*): lo que eso significa es que una razón excluyente válida puede excluir sólo una parte, y no la totalidad, de las razones de primer orden relevantes, de manera que el alcance de una razón excluyente es el conjunto de razones de primer orden que excluye. Si es además una «razón protegida», el conflicto entre ella en su dimensión de razón de primer orden y las razones de primer orden que no excluye —*i.e.*, que quedan fuera de su alcance— se decide en términos de peso o fuerza con arreglo a P1. Y en segundo lugar, también serían concebibles conflictos entre razones de segundo orden de signo contrario, que se decidirían en términos de peso o fuerza. De cualquier razón no superada en peso por otra del mismo orden ni excluida por otra de orden superior podríamos decir que es una razón «no derrotada» (*undefeated*). Y con todos estos elementos a la vista habríamos de concluir que la racionalidad práctica no queda definida necesariamente por P1 dada la validez de un principio complementario —P2— que cabría formular como «no se debe actuar según el balance de razones si las razones que lo deciden son excluidas por una razón excluyente no derrotada». Y si qui-

siéramos extraer un principio aplicable por igual a las situaciones en las que es válido P1 y a aquellas en las que es válido P2, obtendríamos P3: «siempre es el caso que uno debe, habida cuenta de todos los factores relevantes, actuar por una razón no derrotada». La verdadera racionalidad práctica consistiría según Raz en actuar *siempre* de acuerdo con P3, lo que sólo *algunas veces* —a saber: cuando no entraran en juego razones de segundo orden válidas— equivaldría a actuar según P1.

Ahora ya es posible entender en qué sentido quien acepta una regla y consiguientemente se aparta de P1, no sería necesariamente irracional. Para Raz, las reglas son razones excluyentes (aunque no todas las razones excluyentes son reglas [también lo serían las decisiones, las órdenes, las promesas...]), y sólo puede decirse que acepta una regla de aquel agente que la considera una razón excluyente (Bayón 1991).

1) Si, como dice Juan Carlos Bayón, la función de las razones operativas y de las razones auxiliares en el razonamiento práctico resulta más clara de entender cuando se ven, respectivamente, en términos de premisa mayor y premisa menor de un razonamiento, ¿qué es lo que aporta una concepción como la de Raz en relación con las presentaciones más o menos habituales del razonamiento práctico en términos de la lógica formal? ¿Quizás que se está fijando en la dimensión «material» de la argumentación?

2) ¿Podría decirse que la concepción de las *reglas* de Raz, el sentido en el que son razones para la acción, explica por qué en el razonamiento jurídico, salvo en supuestos más o menos excepcionales, no se necesita *ponderar*? ¿Constituye, entonces, esta teoría de las razones para la acción, por así decirlo, la otra cara de las concepciones «principialistas» del Derecho que dan especial relieve a la necesidad de la ponderación?

4,A) EL CARÁCTER SUBINCLUYENTE Y SOBREINCLUYENTE DE LAS REGLAS

En su libro *Las reglas en juego* (editado en inglés por primera vez en 1991), Frederick Schauer (2004) popularizó las expresiones «subinclusión» y «sobreinclusión» para referirse a una característica de las reglas (no sólo de las reglas jurídicas, sino de las reglas en general) que es de gran importancia para entender el razonamiento jurídico y el fenómeno de la interpretación: las reglas constituyen, obviamente, un tipo fundamental de premisa en los razonamientos jurídicos. Para entender bien el texto de Schauer que sigue (tomado de uno de los apartados del capítulo II de su libro), conviene hacer algunas aclaraciones previas.

Schauer entiende por *reglas* los enunciados prescriptivos que establecen que, si se dan una serie de condiciones —de propiedades—, entonces alguien debe o tiene prohibido realizar alguna acción; en el concepto no se incluirían, por lo tanto, las normas constitutivas o los principios. Para poner un ejemplo que ya conocemos (el que utilizaba Recaséns) y muy

parecido a otro manejado por Schauer: «Está prohibido que los perros suban a los vagones de los pasajeros». Las reglas, nos dice Schauer, son «generalizaciones probabilísticas». La «generalización» consiste en que los predicados fácticos de las reglas no son predicados de individuos, sino que se refieren a clases, a todos los miembros de una categoría: la de los perros o la de los vagones de pasajeros. Pero, además, las normas hablan «en general», porque estarían teniendo en cuenta lo que normalmente ocurre si los perros acceden a los vagones de ferrocarril de los pasajeros: les ocasionan molestias. Pues bien, las reglas se dictan para cumplir ciertos propósitos que constituyen su justificación subyacente: está prohibido que los perros puedan acceder a los vagones de los pasajeros, porque es probable que, si accedieran, les ocasionaran molestias. Ahora bien, es posible que esas generalizaciones sean inadecuadas, de manera que lo que la norma expresa no coincida con las razones que justifican las reglas: porque la regla no incluye casos que debieran incluirse (subinclusión: no sólo los perros causan molestias) o porque incluye casos que no debieran incluirse (sobreinclusión: no todos los perros ocasionan molestias) A esto, Schauer lo llama «experiencias recalcitrantes»: los posibles desajustes entre lo que expresa una regla y las razones subyacentes a la misma implican que seguir una regla puede llevar a errores o a resultados sub-óptimos. Ese fenómeno tiene que ver con que para Schauer, las reglas tienen cierta «autonomía semántica», en el sentido de que el significado de la formulación de una regla es parcialmente acontextual, puede establecerse con independencia de las circunstancias o del contexto inmediato[6].

El problema que se plantea a partir de aquí es el de qué hacer en tales casos, cómo reaccionar ante tales experiencias. Schauer distingue al respecto dos modelos: el modelo conversacional y el modelo atrincherado. El primero consiste en tener en cuenta las circunstancias —particulares— del caso, para tomar la decisión conforme con las razones subyacentes, con la justificación de la regla (las reglas serían, pues, «transparentes» —en relación con sus razones subyacentes—). El segundo, el modelo atrincherado, que es el que defiende Schauer, significa que las reglas deben entenderse como una forma de tomar decisiones en que las «generalizaciones atrincheradas» suministran razones para las decisiones «independientemente de las razones ofrecidas por las justificaciones subyacentes» (p. 54).

6. En el «Estudio preliminar» de los traductores hay una aclaración que merece la pena recoger: «Schauer considera que la conveniencia de evitar resultados absurdos no debe encubrirse bajo el ropaje de una teoría del significado escasamente plausible, que confunde lo que el lenguaje [el lenguaje de las reglas] significa con lo que desearíamos que nuestro sistema jurídico haga. Este tipo de argumentos, que a menudo recurren a una interpretación más que discutible de algunas observaciones de Wittgenstein que podrían resumirse en el eslogan 'el significado es uso', no advierten que una cosa es que el significado dependa del modo en el que [el lenguaje] es usado por una cierta comunidad lingüística, y otra bien diferente que el significado dependa de cómo se usa en una ocasión particular» (p. 24).

Las reglas poseen, pues, cierta «opacidad», pero Schauer no considera que sean totalmente «opacas»; si lo fueran, ello significaría que quien las aplica no tomaría en cuenta en absoluto las razones subyacentes a las reglas. En definitiva, para Schauer, la toma de decisiones basada en reglas —lo que caracteriza las decisiones judiciales— es un procedimiento «subóptimo», pero dotado de importantes virtudes: permite precaverse frente a los posibles errores de un decisor que llevara a cabo una aplicación directa de las justificaciones subyacentes; y funcionan como mecanismos para la distribución del poder, en cuanto establecen quién debe tomar qué tipo de decisiones. La idea de que las decisiones jurídicas, al menos de una manera parcial, están basadas en reglas le lleva a Schauer a defender lo que en ese libro llama una postura de «positivismo presuntivo»:

> El predicado fáctico de una regla no sólo es una generalización en el sentido de que incluye a todos los elementos de algún tipo. Cuando decimos de cierto enunciado, un tanto peyorativamente, que es 'sólo una generalización' queremos significar que por más que el enunciado pueda ser verdadero para *algunos* o para *la mayoría* de los casos, no es necesariamente verdadero para *todos* los casos. En teoría, podríamos excluir tales generalizaciones probabilísticas [...] Pero para hacer esto [...] deberíamos hablar un lenguaje inconcebiblemente engorroso [...]. [G]eneralizamos de manera probabilística y no inexorable, admitiendo el uso de generalizaciones descriptivas en la medida en que sean estadísticamente justificables [...]. [U]no no comete un error lingüístico al decir que el vino alemán es dulce, que en Noruega hace frío, que fumar provoca cáncer o que los filósofos son inteligentes. [...]
>
> El predicado fáctico de una regla *pres*criptiva es comúnmente sólo una generalización probabilística de este tipo. Ya se trate de «no se admiten perros», «velocidad máxima 55 millas por hora», «los menores de veintiún años no podrán consumir bebidas alcohólicas» o «no matarás», el predicado fáctico de una regla es una generalización probabilística respecto de alguna justificación (habitual aunque no necesariamente implícita). En la medida en que algunos perros no causan molestias, que algunas veces conducir a más de 55 millas por hora no es peligroso, que algunos menores de veintiún años pueden beber alcohol de manera responsable y que algunas muertes podrían ser moralmente justificables, la generalización del predicado fáctico de la regla es *sobreincluyente*. Comprende estados de cosas que, en casos particulares, podrían no producir la consecuencia que representa la justificación de la regla, aunque el estado de cosas, *en tanto tipo*, esté relacionado de manera probabilística con la plausibilidad o incidencia de la justificación. [...]
>
> El ejemplo de la regla «no se admiten perros [en los restaurantes]» nos permitió ver no sólo que algunos perros pueden no causar molestias, sino también que algunas molestias pueden ser causadas por agentes distintos de los perros. El predicado fáctico es, pues, *subincluyente* tanto como sobreincluyente. Así como el predicado fáctico puede a veces dar indicios de la presencia de la justificación en casos en que ésta se halla ausente, también puede ocasionalmente no dar indicios de la justificación en casos en la que ésta se halla presente. En consecuencia, existe subinclusión cuando reconocemos que algunas persona por *sobre* los veintiún años podrían ser incapaces de beber en forma responsable y que los accidentes de tránsito son a menudo consecuencia de condiciones distintas del exceso de velocidad. Muchas reglas son de este tipo, pues incorporan predicados

fácticos que no cubren algunos estados de cosas que en casos particulares producirían la consecuencia que representa la justificación de la regla.

A diferencia de las generalizaciones sobreincluyentes, las subincluyentes no necesitan ser meramente probabilísticas para ser subincluyentes. «Todos los *x* son *y*» es compatible con que algunos no-x sean y. Pero, por supuesto, de esto se sigue *a fortiori* que la subinclusión puede existir aun cuando el predicado fáctico de una regla se relacione sólo de manera probabilística con la justificación. [...]

Las reglas dependen, pues, de predicados fácticos que son (habitualmente) generalizaciones probabilísticas y subincluyentes respecto de la justificación de la regla. Puesto que las generalizaciones son necesariamente selectivas, las generalizaciones probabilísticas incluirán propiedades que en ciertos casos particulares serán irrelevantes y todas las generalizaciones, probabilísticas o no, excluirán propiedades que en ciertos casos particulares serán relevantes. Por lo tanto, en algunos casos, los predicados fácticos volverán operativas características del caso que no sirven a la justificación de la regla y, en otros casos, no reconocerán características del caso cuyo reconocimiento *serviría* a la justificación de la regla.

Por consiguiente, dado que el predicado fáctico de una regla es (actual o potencialmente [...]) subincluyente o sobreincluyente (o ambas cosas) desde la perspectiva de la justificación de la regla, puede ser que a veces ese predicado fáctico no favorezca la justificación de la regla sino que la obstaculice. Si una regla se aplica incluso cuando su aplicación no sirve a su justificación y si una regla no se aplica incluso cuando su aplicación serviría a esa justificación, ¿es una mala regla? ¿O simplemente la hemos aplicado mal? ¿O es esto sencillamente un rasgo distintivo de las reglas? [...] (Schauer 2004: 89-92).

1) En qué sentido lo que Schauer dice de las reglas es distinto de las afirmaciones usuales de que las reglas (el tipo de norma característico del Derecho moderno) son generales y abstractas y, por ello, tienen que ser aplicadas a los casos concretos según criterios de equidad?

2) Schauer refiere la característica de la sobreinclusión y la subinclusión a las reglas y no a los principios. ¿Por qué? ¿O podría servir también para caracterizar los principios?

3) Esquematice el argumento *a fortiori* que utiliza Schauer (en el cuarto párrafo).

4) Los traductores y autores del «estudio preliminar» escriben hacia el comienzo del mismo:

[...] el uso de reglas para la resolución de problemas prácticos parece conducir al siguiente dilema: o aceptamos la orientación que nos ofrecen las reglas, lo cual resultaría en última instancia una forma de descalificación por anticipado de ciertos factores potencialmente relevantes en la dilucidación de lo que se debe hacer y, consiguientemente, una forma de irracionalidad, o dejamos de lado la guía que ofrecen las reglas y nos concentramos en lo particular en cada situación para decidir cómo actuar de conformidad con el plexo completo de razones en juego, con lo que las reglas se tornan irrelevantes.

El intentar ofrecer una respuesta a esta tensión entre irracionalidad e irrelevancia en lo que respecta al seguimiento de reglas constituye el tema central de *Las reglas en juego* (p. 14).

¿Cómo le parece que habría que salir de esa tensión, de ese dilema, en el caso de la toma de decisión por parte de los jueces? ¿Qué peso deben otorgar los jueces a las premisas de sus razonamientos constituidas por reglas?

5) El artículo 40 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial dice así: «El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan». ¿Está en línea con las tesis de Schauer? ¿Cómo habría que interpretar ese artículo?

4,B) PRINCIPIOS Y REGLAS

En el libro *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero 1996), los autores construyeron una tipología de los diversos tipos de enunciados que pueden encontrarse en un sistema jurídico y que, por tanto, pueden funcionar como premisas en un razonamiento jurídico. Dentro de los enunciados de carácter normativo —como se ha visto— la distinción fundamental es la que tiene lugar entre las normas regulativas o deónticas, por un lado, y las constitutivas, por el otro; y, dentro de las normas regulativas, entre las reglas y los principios, pudiendo ser, tanto las reglas como los principios, de acción o de fin, con lo que resultan cuatro tipos fundamentales de normas deónticas o regulativas: reglas de acción, reglas de fin; principios de acción (principios en sentido estricto) y principios de fin (directrices o normas programáticas). En una obra posterior (Atienza y Ruiz Manero 2000) —que los autores consideran como una «continuación» de aquel libro (p. 9)— precisan en qué sentido los principios se diferencian de las reglas y, en particular, cómo debe entenderse el carácter «abierto» o «cerrado» de sus condiciones de aplicación, y por qué los principios, a diferencia de las reglas, no pretenden excluir la deliberación del destinatario:

> Pues bien, todos los anteriores son ejemplos [se refieren a las normas que castigan la calumnia o la injuria, o que establecen el derecho a una indemnización a favor de la persona injuriada] de *reglas de acción*, esto es, de pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones y que se caracterizan por los dos siguientes rasgos. El primero es que su estructura consiste en un antecedente o condición de aplicación, que contienen un conjunto cerrado de propiedades; y un consecuente o solución normativa en donde cabe distinguir, a su vez, dos elementos: una acción (mejor, una clase de acciones) y su calificación deóntica como obligatoria, prohibida, permitida, etc. Decimos un conjunto «cerrado» de propiedades porque, por ejemplo en relación con la norma que castiga la calumnia con publicidad, la obligación que tiene el juez de imponer esa pena de prisión o de multa requiere que se den tres circunstancias: que se impute a otro un delito; que exista el conocimiento de su falsedad o un temerario desprecio hacia la verdad; y que se haga con publicidad. Pero, ciertamente, esas propiedades pueden muy bien carecer de límites precisos, esto es, padecer de vaguedad (por ejemplo, ¿qué significa «temerario desprecio hacia la verdad»?); o bien, en relación con la publicidad, el código establece que «la calumnia y la

injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante», pero ¿en qué condiciones puede afirmarse que otro medio tiene una «eficacia semejante»? Igualmente, las acciones mencionadas en el consecuente (las consecuencias jurídicas) pueden estar más o menos indeterminadas (la pena puede ser de prisión o de multa y la prisión oscilar entre seis meses y dos años), pero esa indeterminación se encuentra siempre circunscrita en una clase de acciones que se debe (si la norma es de mandato) o se puede (si es permisiva) realizar; en ese sentido, puede decirse también que la acción (o acciones) ordenadas en el consecuente es (son) «cerrada(s)». La segunda característica —consecuencia de lo anterior— es que las reglas de acción pretenden regular la conducta de sus destinatarios excluyendo su propia deliberación como base para la determinación de la conducta a seguir: el juez debe aplicar tal pena cuando se encuentra frente a (es competente para juzgar) un caso que cumpla tales y cuales propiedades; los ciudadanos deben abstenerse de realizar tal tipo de acción, o bien pueden realizar la acción en cuestión si concurren determinadas circunstancias (con lo que, en cierto modo, se trata ya de otra acción), etcétera.

Hay, sin embargo, otro tipo de reglas —*reglas de fin*— que se diferencian de las anteriores —de las reglas de acción— únicamente en que en el consecuente establecen el deber o la permisión no de realizar una determinada acción, sino de dar lugar a un cierto estado de cosas. Por ejemplo, pensemos en una disposición administrativa que fija a tal órgano administrativo el objetivo (la obligación) de lograr que los funcionarios que de él dependen (o un cierto porcentaje de los mismos, digamos, al menos el 50%) aprendan la lengua vernácula. Para cumplir esa regla, el destinatario (el órgano) tiene una variedad de medios entre los cuales puede optar: puede ofrecer clases gratuitas, ventajas de promoción en el empleo, amenazas con sanciones, etc. Pero el objetivo fijado —el estado de cosas a alcanzar— es cerrado: se consigue si, por seguir con el ejemplo, más del 50% de los funcionarios, al cabo de un tiempo, logran pasar un test que mide su competencia en tal lengua.

Ahora bien, en nuestros sistemas jurídicos no existen únicamente normas de los tipos antes descritos (reglas de acción y reglas de fin), sino también otras a las que suele llamarse *principios*, y en las que cabe, a su vez, distinguir entre *principios en sentido estricto* y *directrices* o *normas programáticas*. Tales principios sirven, por un lado, como justificación de las reglas, de las pautas específicas. [...]

Pero, por otro lado, los principios cumplen también una función de regulación de la conducta, especialmente de la conducta consistente en establecer normas o en aplicar las normas existentes a la resolución de casos concretos; esto último (la dimensión directiva de los principios en relación con los órganos aplicadores) ocurre cuando no existen reglas específicas aplicables, cuando éstas presentan problemas de indeterminación en su formulación, o cuando las reglas existentes parecen estar en conflicto con los principios que las justifican o con otros principios del sistema. Lo característico de los principios se halla en que en su antecedente o condición de aplicación no se contiene otra cosa sino la propiedad de que haya una oportunidad de realizar la conducta prescrita en el consecuente; y en este último, o solución normativa, se contiene una prohibición, un deber o una permisión *prima facie* de realizar una cierta acción (en el caso de los principios en sentido estricto) o de dar lugar a un cierto estado de cosas en la mayor medida posible (en el caso de las directrices o normas programáticas). Así, el principio de libertad de expresión (entendido como principio dirigido a los órganos públicos) establece que siempre que se dé una ocasión de expresar pensamientos, ideas u opiniones, y si no concurre otro principio que en relación

con el caso tenga un mayor peso y opere en sentido contrario, está prohibido establecer prohibiciones u obligaciones relativas a esas conductas, impedir de algún modo su realización o imponer sanciones como consecuencia de las mismas. Y la directriz de procurar el desarrollo y mantenimiento de las lenguas vernáculas establece que, siempre que exista la oportunidad de favorecer ese estado de cosas, los órganos públicos (o determinados órganos públicos) deben procurar en la mayor medida posible que aumente o se consolide entre la población la utilización de esa lengua como vehículo de comunicación.

De esta forma, los principios —a diferencia de las reglas— no pretenden excluir la deliberación del destinatario como base de la determinación de la conducta a seguir, sino que, bien al contrario, exigen tal deliberación. Cuando los destinatarios son los órganos legislativos o administrativos, éstos deben determinar bajo qué condiciones un cierto principio (en sentido estricto) prevalece sobre otros (dando lugar a alguna regla como la de los ejemplos señalados), o bien trazar cursos de acción que aseguren la obtención, en la mayor medida posible, de diversos estados de cosas causalmente interrelacionados entre sí y exigidos por directrices diversas (dando lugar, por ejemplo, a reglas de fin como la antes mencionada o a reglas de acción idóneas para facilitar el objetivo propuesto: estipulando, por ejemplo, que los tribunales de oposiciones concedan una cierta prima a los candidatos o funcionarios que conozcan la lengua vernácula). Cuando los destinatarios son los jueces, los principios sirven de guía de comportamiento cuando —como antes decíamos— no existen reglas específicas que se apliquen a un caso, cuando éstas son indeterminadas en su formulación, o cuando aparece algún tipo de desacuerdo entre las reglas y los principios que las justifican. En tales supuestos, el juez lleva a cabo una *ponderación* entre principios, cuyo resultado es precisamente una regla. Por eso, tiene pleno sentido decir que los principios no determinan directamente (es decir, sin la mediación de las reglas) una solución. Precisamente por lo anterior, puede decirse (desde otra perspectiva) que la distinción entre reglas y principios sólo tiene pleno sentido en el nivel del análisis *prima facie*, pero no una vez establecidos todos los factores, esto es, a la luz de todos los elementos pertenecientes al caso de que se trate, pues entonces la ponderación entre principios debe haber dado lugar ya a una regla. [...]

En un trabajo anterior [en *Las piezas del Derecho*], al hablar de las normas como razones para la acción, mostrábamos que había que distinguir entre el elemento propiamente directivo de las normas: su función de dirigir la conducta, y el elemento justificativo: lo que hace que la conducta prohibida aparezca como disvaliosa, la obligatoria como valiosa y la permitida como indiferente (no hay nada que reprochar al que hace o al que deja de hacer lo que está permitido). [...]

Pues bien, los principios en sentido estricto incorporan valores que se consideran —que el ordenamiento jurídico considera— como *últimos*. Atribuir a una acción o a un estado de cosas un valor último significa que no se toman en cuenta sus consecuencias (las consecuencias de la acción o del estado de cosas), pues si lo que los hiciera valiosos fueran esas consecuencias, lo que se calificaría en último término como valioso serían esas consecuencias, no las acciones o los estados de cosas que serían su causa [...] Ello implica que en este ámbito (el de los principios en sentido estricto) la distinción entre acciones y estados de cosas pierde en buena medida su sentido, pues los únicos estados de cosas que aquí nos interesan son los vinculados no causalmente, sino conceptualmente, a las acciones. [...] En el caso de los principios en sentido estricto se puede determinar que una acción está justificada con independencia del proceso causal, esto es, sin considerar sus consecuencias; o, en otras palabras, lo que aquí usamos son criterios de corrección que implican una exigencia todo o nada, en el sentido de

que el juicio de corrección no es graduable: una acción o una decisión es o no es correcta. [...]

Las cosas son distintas si lo que se consideran son los valores incorporados al sistema jurídico por las directrices o normas programáticas: los valores utilitarios que, en nuestra reconstrucción, tienen carácter intrínseco pero no último. Lo que caracteriza a los valores utilitarios es que las acciones y los estados de cosas así calificados son susceptibles de un criterio superior de valoración. Por ejemplo, valoramos positivamente el estado de cosas en que la inmensa mayoría de los habitantes de un territorio conocen una determinada lengua; pero fundamentalmente lo hacemos por sus consecuencias: porque eso permite la integración social, afianzar el sentimiento de pertenencia a una comunidad, etc. Por esa razón, aceptamos, en general, que ese valor se vea limitado por otros, como el de la libertad o el de la igualdad de trato. A diferencia de lo que ocurría con los principios en sentido estricto, en el caso de las directrices la relación relevante entre estados de cosas y acciones es extrínseca o causal. Desde el punto de vista de las directrices, una acción justificada es la que, respetando las otras normas del ordenamiento (y en especial los límites que derivan de los principios en sentido estricto), es la más eficiente, esto es, facilita la obtención del estado de cosas ordenado con el menor sacrificio de los otros fines. A diferencia del criterio de corrección, el criterio de eficiencia puede ser satisfecho en distintos grados, aunque pueda haber acciones que quepa calificar de absolutamente ineficientes, esto es, absolutamente inidóneas para procurar en grado alguno el estado de cosas ordenado (Atienza y Ruiz Manero 2000: 16-22).

1) ¿Qué consecuencias tiene, en relación con una teoría de la ponderación como la de Alexy, el entender de la manera que se ha indicado en el texto los principios: sólo las directrices, pero no los principios en sentido estricto, pueden verse como mandatos de optimización? ¿Está de acuerdo con las siguientes afirmaciones referidas a la teoría de la ponderación de Alexy?

Hay una crítica más de fondo que dirigirle a Alexy y que tiene que ver con su forma de entender los principios, todos los principios, como mandatos de optimización. Desde 1991 he escrito, en colaboración con Juan Ruiz Manero, una serie de trabajos en los que hemos defendido una concepción de los principios parcialmente opuesta a la de Alexy (en Atienza y Ruiz Manero 1991, 1996): para nosotros, no todos los principios, sino sólo una especie de ellos, las directrices, deberían verse como mandatos de optimización. Hemos discutido desde entonces con Alexy en diversos lugares a propósito de este asunto y no es cuestión de entrar aquí en detalles. Sigo pensando que la doble articulación de los principios (en directrices y principios en sentido estricto) es preferible al modelo uniformizador alexyano pero, en realidad, las dos posturas, la de Alexy y la nuestra, son bastante similares a efectos prácticos. Al partir de esa distinción, nuestra postura tiene, me parece, una doble ventaja argumentativa: 1) la jerarquía que se establece en favor de los principios en sentido estricto (su prevalencia frente a las directrices) es lo que configura el elemento más importante del «orden débil» entre principios del que —con razón— habla Alexy; y 2) la dualidad interna de los principios permite mostrar (yo creo que con más nitidez que el modelo de Alexy) que la racionalidad de los principios no es sólo de tipo económico o instrumental, sino también político-moral. Pero si digo que nuestras posturas son muy semejantes es, por un lado (digamos, por nuestro lado), porque la prevalencia a favor de

los principios en sentido estricto no puede verse como de carácter absoluto: las razones provenientes de una directriz pueden, en algún caso, tener una fuerza superior a las dimanantes de un principio [...]. Mientras que, por otro lado (por el de Alexy), aunque niegue en principio la distinción, la misma juega un papel destacado a través de los elementos del peso abstracto de los principios (digamos, los principios en sentido estricto tienen también para Alexy un mayor peso abstracto que las directrices) y de las reglas sobre la carga de la argumentación. De manera que, una vez más, a lo que se llega es a la conveniencia de hacer un uso instrumental, pragmático y desprejuiciado de las teorías. Lo que, por cierto, no quiere decir tomárselas menos en serio (Atienza 2010d).

4,C) REGLAS CONSTITUTIVAS

Se acaba de recordar la distinción que los autores de *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero 2006) efectuaron entre las normas deónticas o regulativas, por un lado, y las normas (o reglas) constitutivas, por el otro; a su vez, dentro de las reglas constitutivas establecieron una distinción entre las reglas que confieren poder y las reglas puramente constitutivas. A diferencia de las normas regulativas, que funcionarían como razones operativas en el razonamiento jurídico, las reglas constitutivas —de uno u otro tipo— cumplirían el papel de razones auxiliares. En un trabajo posterior a aquel libro (Atienza y Ruiz Manero 2003; incluido en Atienza y Ruiz Manero 2009), los autores precisaron (o completaron) la caracterización de las reglas constitutivas, sin que ello afecte a su papel en el razonamiento jurídico:

De acuerdo con la tipología de las normas que elaboramos en *Las piezas del Derecho*, las normas que establecen las condiciones o antecedentes para la producción o el surgimiento de resultados institucionales [un contrato, una ley, una costumbre, una sentencia judicial, alcanzar la condición de heredero o de funcionario...] deben entenderse como normas constitutivas (categoría que se contrapone a la de las normas regulativas, esto es, a las que estipulan obligaciones, prohibiciones o permisos). Las normas constitutivas presentan una estructura condicional que puede reducirse al siguiente esquema general: si se dan determinadas circunstancias, entonces se produce el resultado institucional *R*. Este esquema general es, como puede verse sin dificultad, estrictamente equivalente al de Searle: *X* cuenta como *Y* en las circunstancias *C*. Ahora bien: en el caso de los sistemas normativos complejos, tales como el Derecho, es esencial distinguir entre dos tipos de normas constitutivas, según que en el antecedente figure o no una acción (o una serie de acciones: un procedimiento) que ha de realizar un determinado sujeto (o sujetos) para producir el resultado. De manera que hemos de distinguir entre dos tipos de normas constitutivas. El primer tipo está integrado por aquellas que establecen meramente que si se da un cierto estado de cosas *X*, entonces se produce un cierto resultado institucional *R*. Denominamos a las normas de este tipo *normas puramente constitutivas*. El segundo tipo está integrado por aquellas normas cuyo antecedente contiene un elemento ulterior: una acción o procedimiento. De manera que el esquema de estas normas sería el siguiente: si se da el estado de cosas *X* y un sujeto (o sujetos) *Z* realiza la acción (o serie de acciones: procedimiento) *Y*, entonces se produce el resultado institucional *R*. Las normas de este tipo son las *normas que confieren poderes normativos*. [...]

El análisis de los dos tipos de normas constitutivas [...] necesita, creemos, ser afinado, básicamente en el sentido de mostrar cómo deben ser interpretados los diferentes elementos que distinguíamos en estos dos tipos de normas. [...] El estado de cosas *X* comprendería, en el caso de la norma que confiere poder para la producción legislativa, los diversos ámbitos de competencia (ámbitos de validez) de la norma a producir, de la ley: material, personal (los destinatarios), temporal y espacial. [...]

El problema que surge con el anterior esquema es que en el mismo no parece haber lugar para el contenido proposicional expresado en el texto de la ley. Y es el caso, sin embargo, que, por ejemplo, las reglas constitucionales que confieren el poder de legislar imponen límites al contenido admisible de las leyes. Así, por ejemplo, el legislador orgánico puede, de acuerdo con ellas, legislar en materia de derechos fundamentales, pero, al hacerlo, debe respetar el «contenido esencial» de los mismos. [...]. [N]o puede [...] dictar una norma, en materia de derechos fundamentales, cuyo contenido vulnere el «contenido esencial» de tales derechos. [...]. Pero [...] una cosa es acerca de qué (de qué porción del mundo, lo que dependerá de la perspectiva adoptada) versa una norma y otra cosa es la manera, el cómo (con qué contenido proposicional), esa regla regula esa porción del mundo. Parece, pues, que a nuestro esquema inicial debe añadirse al elemento *X* (estado de cosas, en el que incluimos la materia), al elemento *Z* (sujeto o sujetos), y al elemento *Y* (acción o procedimiento) un nuevo elemento *C*, con el que aludiríamos al contenido (o a los límites de contenido). De manera que el esquema vendría a ser, finalmente, el siguiente: si se da el estado de cosas *X* y los sujetos *Z* realizan la serie de acciones (el procedimiento) *Y* dando lugar a un contenido *C*, entonces se produce el resultado institucional *R* (esto es, en el caso que nos ocupa, una ley válida) (Atienza y Ruiz Manero 2009: 38, 41-43).

4,D) LAS PRESUNCIONES EN EL RAZONAMIENTO TEÓRICO Y EN EL PRÁCTICO

Josep Aguiló (2008) entiende que la diferencia que puede trazarse entre el papel de las presunciones en el discurso teórico y en el práctico viene a reducirse a la distinción que va entre el sintagma «es presumible» y «se presumirá (o debe presumirse)». O sea, si el razonamiento presuntivo lo esquematizáramos de acuerdo con el modelo de Toulmin, nos encontraríamos con que siempre va a haber un hecho presunto (la pretensión del argumento), un hecho base (las razones o fundamentos para la pretensión) y una regla de presunción (la garantía). Y la diferencia estribaría, precisamente, en la naturaleza de la garantía: en los razonamientos teóricos, sería una especie de máxima de experiencia, expresada con un «es presumible»; mientras que en los razonamientos prácticos se trataría de una norma a la que, por tanto, convendrá el sintagma «se presumirá», entendiendo por tal «debe presumirse». En los ejemplos que pone Aguiló: a partir del hecho base de que el barco en el que viajaba el hijo de tal persona se hundió hace tres meses y que desde entonces no se tienen noticias de su paradero, y de la regla de presunción (máxima) de que si se produce el hundimiento de un barco y no se tiene noticia del paradero

de un pasajero durante un tiempo razonable es presumible la muerte de ese pasajero, se infiere (hecho presunto) que el hijo de tal persona ha muerto; y a partir del hecho base de que *Y* es hijo de *Z*, esposa de *X*, y de que *Y* nació mientras *X* y *Z* estaban casados, y de la norma de presunción (el art. 116 CC español) de que se presumen (se presumirán o deben presumirse) hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o separación, se infiere que *X* es el padre de *Y*, o, todavía mejor, que un juez debe considerar probado que *X* es padre de *Y*, pues Aguiló entiende que la función primaria de las normas de presunción no es establecer verdades materiales, sino verdades procesales.

Lo anterior permite ver también con claridad la diferencia que va entre un argumento presuntivo (teórico o práctico) y un enunciado de presunción (una de las premisas del argumento). Aguiló presta una especial atención en su trabajo a los enunciados de presunción que son normas jurídicas, y eso le permite distinguir entre presunciones-reglas (enunciados de presunción que son reglas) y presunciones-principio. En el caso de las presunciones-reglas (como ejemplo puede servir el del artículo 116 del CC ya mencionado), la obligación del juez de dar por probado un hecho (de aceptar una verdad procesal), está sometida a la condición de probar el hecho base, de manera que la norma (y el argumento construido a partir de ella) es derrotable. Pero en el caso de las presunciones-principio (como la presunción de inocencia, de la buena fe en la posesión o de la constitucionalidad de las leyes), la obligación no depende de la prueba de ningún hecho base, puesto que en los principios no existen hechos base (las normas que son principios, para Aguiló, son normas categóricas en el sentido de von Wright: no tienen más condiciones de aplicación —el hecho base sería la condición de aplicación— que las que se desprenden del contenido de la norma); el deber aquí se traduce en una serie de cargas de la prueba y/o de la argumentación para quien alega la culpabilidad, la mala fe o la inconstitucionalidad de una ley. Todas las anteriores son, en consecuencia, presunciones *iuris tantum* (enunciados normativos derrotables y que dan lugar a razonamientos derrotables), pues Aguiló entiende que las llamadas presunciones *iuris et de iure* (enunciados no derrotables, que no admiten prueba en contrario; por ejemplo: se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años) no son propiamente normas de presunción, sino normas *basadas* en una presunción, cuya función es precisamente la de eliminar el razonamiento presuntivo.

He aquí algunos fragmentos del texto de Aguiló:

> De todo lo dicho hasta aquí [sobre el razonamiento presuntivo teórico], y a modo de resumen, pueden formularse las siguientes tesis:
>
> 1. Hay presunciones y razonamientos presuntivos de naturaleza estrictamente teórica o proposicional.

2. El hecho de que estas presunciones puedan formar parte (o ser un fragmento) de un razonamiento práctico no altera su naturaleza teórica.

3. Estas presunciones presuponen una regla de presunción teórica formulable con un «es presumible».

4. Estas reglas de presunción expresan un juicio de regularidad fundado en la experiencia al que se reconoce una alta probabilidad de verdad.

5. La aceptación (y el fundamento) de una regla de presunción como garantía radica en que ella nos aproxima a la verdad en sentido material: aceptando la regla de presunción es más probable acertar en la determinación de la verdad material.

6. La aceptación de una regla de presunción como garantía supone aceptar también su derrotabilidad para un caso particular. El razonamiento presuntivo es típicamente un razonamiento derrotable: si contamos con más información es posible rechazar la conclusión.

7. De lo dicho en 5 y en 6 se sigue una función secundaria (derivada) que cumplen las reglas de presunción del tipo aquí considerado: En términos dialécticos o procedimentales distribuyen las cargas de la argumentación y/o de la prueba. Quien acepta la regla de presunción y el hecho base pero rechaza la conclusión corre con la carga de mostrar que el caso en cuestión es una excepción a la regla de presunción.

[...] Lo anterior apunta a lo siguiente: la función primaria que cumplen las normas de presunción no es tanto establecer una verdad material cuanto una verdad procesal, procedimental o dialéctica. Aceptar y aplicar una norma de presunción no obliga a creer en la ocurrencia de un hecho, sino a considerar probado o no probado un cierto hecho bajo ciertas circunstancias. Es decir, sin la noción de proceso, las normas de presunción carecen de sentido; cosa que no ocurría en el caso de las reglas de presunción teóricas. Por ello, lo que en las presunciones teóricas aparecía como secundario o derivado (el papel de las reglas de presunción como reglas de distribución de las cargas de la prueba) aparece aquí como primario, básico y común a todas las normas de presunción. Nótese que, si a la idea de proceso le añadimos el carácter contradictorio de los procesos jurídicos, es fácil ver por qué las normas de presunción, al establecer verdades procesales, siempre benefician a (facilitan las pretensiones de) una parte y perjudican a (dificultan las pretensiones de) la otra. El «deber» del juez se traduce en un «tener que probar» o un «no tener que probar» para las partes. [...]

Con todo lo dicho hasta aquí pueden formularse, me parece, algunas tesis generales respecto de las normas de presunción. Algunas de ellas deberán matizarse después, una vez que hayamos introducido algunas distinciones dentro de las normas de presunción.

1. Las normas de presunción operan estrictamente como tales en el ámbito del razonamiento práctico de sus destinatarios; y éstos son sujetos llamados a actuar en algún sentido.

2. Ello no obsta para que un sujeto que no es destinatario de la norma pueda usarla y aceptarla como garantía (premisa) de un razonamiento teórico.

3. Sin la noción de proceso decisorio, las normas de presunción carecen de sentido; cosa que no ocurre con las reglas de presunción meramente teóricas.

4. El sentido de las normas de presunción es establecer una verdad procesal (o una verdad en el proceso); es decir, obligan al juez, bajo ciertas circunstancias, a tomar como probado o no probado un hecho. Constituyen, por tanto, puntos de partida y de llegada en un proceso decisorio.

5. Las verdades procesales (en el proceso) son derrotables, vencibles.

6. En los procesos contradictorios, los deberes del juez relativos a las verdades procesales se traducen en un «no tener que probar» o en un «tener que probar» para las partes en conflicto; es decir, en beneficios y cargas procesales. En este sentido, siempre benefician (facilitan) las pretensiones de una parte y perjudican (dificultan) las pretensiones de la otra. Por ello, siempre y necesariamente tienen una dimensión de distribución y carga de la prueba y/o de la argumentación.

7. La relación entre la verdad procesal establecida por una norma de presunción y la probabilidad de la verdad material del hecho presunto es contingente, es decir, no es necesaria; en consecuencia, la obligación de aceptar una verdad procesal no depende de la aceptación de una cierta probabilidad de verdad en sentido material.

[...] [C]reo que para dar cuenta de las normas de presunción en el Derecho hay que distinguir entre normas de presunción-regla (presunciones-regla) y normas de presunción-principio (presunciones-principio). La diferencia estructural está clara. En las presunciones-regla, la obligación del juez de asumir una verdad procesal (de dar un hecho por probado, el hecho presunto) está sometida a una condición, cual es la prueba del hecho base. Si no se prueba el hecho base, no surge la obligación de asumir la ocurrencia del hecho presunto. En cualquier caso, como estamos ante presunciones *iuris tantum*, la obligación en cuestión es derrotable mediante prueba en contra del hecho presunto. Por el contrario, en las normas de presunción que propongo llamar presunciones-principio, el deber de aceptar la verdad procesal en que consiste el contenido de la norma de presunción no está sometida a más condiciones que las que derivan de su propio contenido, es decir, la obligación no depende de la prueba de ningún hecho base.

Ejemplos del primer tipo (de presunciones-regla) hay muchísimos y bien puede decirse que la mayoría de las normas de presunción responden a este esquema. A modo de ilustración piénsese, por ejemplo, en todas las reglas de presunción contenidas en el artículo 194 del CC vinculadas con la declaración de fallecimiento. Más interesante resulta detenerse en las que he llamado presunciones-principio.

Ejemplos de presunciones-principio pueden ser la presunción de inocencia, la de buena fe en la posesión, la de la constitucionalidad de las leyes, la de la legalidad de los actos de la Administración y un largo etcétera. [...]

¿Qué ordenan todas ellas [las presunciones-principio]? Lo mismo que las presunciones-regla, pero sin someter la obligación a condición alguna; es decir, obligan al juez a asumir una verdad procesal (a dar un hecho por probado, el hecho presunto). En este punto me interesa llamar la atención sobre dos cosas. La primera nos remonta de nuevo a la relación entre la verdad procesal y la verdad material. Estas presunciones no imponen ninguna creencia sobre la sustancia de fondo, sino más bien un «no está probado que». En puridad sería mejor hablar de presunción de no culpabilidad, de no mala fe, de no inconstitucionalidad o de no ilegalidad. Este deber se traduce en cargas de la prueba y/o de la argumentación para quien alega la culpabilidad, la mala fe, la inconstitucionalidad o la ilegalidad. [...]

Hay normas (muchísimas normas) que no son normas de presunción, es decir, que no están formuladas (ni se ganaría nada formulándolas) con un «se presumirá o deberá presumirse» y que, sin embargo, bien puede decirse que están basadas en (o que a ellas subyace) un «es presumible» teórico. Es decir, que el legislador hizo una presunción, pero no dictó una norma de presunción. Piénsese, por ejemplo, en la norma que establece que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. Nadie diría, me parece, que se trata de una norma de presunción; pero probablemente todo el mundo aceptaría que a ella subyace un «es presumible» teórico. Esta norma es explicable a partir de la combinación de un «es

presumible» teórico y un juicio de valor; es decir, de la aceptación combinada de una regla de presunción teórica del tipo «cuando una persona ha cumplido 18 años *es presumible* que ha alcanzado un cierto grado de desarrollo intelectual y moral» y de un juicio de valor que *valora* ese grado como suficiente para adquirir el estatus jurídico de la mayoría de edad. Hay, como digo, muchísimas normas, tanto constitutivas como regulativas, que son explicables a partir de la aceptación combinada por parte del legislador de un «es presumible» teórico y un determinado juicio de valor. Pero el que ello sea así no lleva a considerarlas normas de presunción, porque, entre otras cosas, hacerlo supondría que la noción de norma de presunción quedaría totalmente desdibujada, pues la práctica totalidad de las normas jurídicas pasarían a ser normas de presunción; es decir, la noción de norma de presunción dejaría de ser teóricamente relevante. [...]

Es obvio que la LEC española reconoce las presunciones *iuris et de iure* en su artículo 385 al disponer que «las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba». Pero es obvio también que no resulta nada fácil encontrar ejemplos claros de normas de presunción que reúnan las características que se predican de las mismas. Es decir, de normas formuladas (o formulables) con un *se presumirá* (*o debe presumirse*), que establezcan una conexión entre un hecho base que debe probarse, un hecho presunto que debe ser asumido y una prohibición de prueba en contra del hecho presunto. Esta dificultad contrasta con la relativa facilidad con la que muchos juristas aluden a una gran variedad de situaciones jurídicas como explicables con la noción de presunción *iuris et de iure*. Por ello he decidido tratarlas dentro de la categoría de normas basadas en una presunción, en lugar de en la categoría de normas de presunción. [...]

Hemos caracterizado las normas de presunción a partir de la noción de verdad procesal y hemos dicho que esa verdad era vencible (derrotable) y que mantenía relaciones contingentes con la verdad material. Sin la idea de proceso, sin el aspecto dialéctico —hemos dicho—, estas normas carecen de sentido. Pero, en mi opinión, la idea de una verdad procesal (entendida como verdad en el proceso) no derrotable suena realmente muy extraña, tiene algo de paradójica o contradictoria. Si esto es así, nos encontramos, me parece, ante la siguiente alternativa teórica. O bien abandonamos la caracterización que hemos hecho de las normas de presunción en términos de verdad procesal [...] para poder incluir a las normas que dan pie a los juristas para hablar de presunciones *iuris et de iure*. O bien salvamos esa caracterización y mostramos que estas normas nada tienen que ver con la noción de verdad procesal (de verdad en el proceso). Esta última es la solución por la que he optado. Es más, en mi opinión, el sentido que tiene el dictado por parte del legislador de las normas que los juristas analizan como presunciones *iuris et de iure* es precisamente negar la idea de verdad procesal: sustraer una cuestión del ámbito de la verdad y/o del ámbito del proceso. O dicho en otras palabras, el legislador hace —si se quiere decir así— una presunción, pero no ordena presumir nada; la finalidad específica es eliminar todo rastro de razonamiento presuntivo por parte de los destinatarios de esas normas. [...]

Consideremos finalmente otro ejemplo de situación normativa que muchos juristas interpretan como presunción *iuris et de iure*. El artículo 181.1 del C. Penal dice que «el que, sin violencia o intimidación, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado como responsable de abuso sexual...». Y en su inciso 2 establece que «se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años». No me voy a detener en la exégesis de este artículo ni en el tratamiento jurisprudencial que ha recibido; lo único que me interesa mostrar es que este tipo de situaciones norma-

tivas son descritas con gran frecuencia por los juristas como presunciones *iuris et de iure*. El legislador —se dice— presume que cuando se trata de un menor de trece años, no hay consentimiento (o que sólo lo hay en apariencia porque no es válido) y, en consecuencia, prohíbe la prueba en contrario. Es una forma de verlo y explicarlo. Pero también hay otras. Por ejemplo, que lo que hace el legislador es una estipulación relativa al tipo de los abusos sexuales (qué conductas entran dentro de los abusos sexuales); es decir, incluye en el tipo las relaciones sexuales con un menor de trece años con independencia de cualquier acción o manifestación del menor susceptible de ser interpretada como consentimiento. En ambos casos, el efecto es el mismo, el legislador sustrae la cuestión del consentimiento del ámbito de la verdad y/o del proceso, pero la segunda me parece teóricamente mucho más clara. [...]

De todo lo dicho en este apartado pueden formularse algunas tesis relativas a las normas basadas en una presunción.

1. Hay normas (muchísimas normas) que no son normas de presunción, es decir, que no están formuladas (ni se ganaría nada formulándolas) con un «se presumirá o deberá presumirse» y que, sin embargo, bien puede decirse que están basadas en (o que a ellas subyace) un «es presumible» teórico aceptado por el legislador. Es decir, que el legislador hizo una presunción, pero no dictó una norma de presunción.

2. Las situaciones que los juristas llaman presunciones *iuris et de iure* se caracterizan por la concurrencia de dos notas: a) los juristas interpretan que en el dictado de la norma el legislador ha asumido un «es presumible» teórico; y b) que el legislador ha prohibido la prueba en contra del hecho presunto, es decir, la derrotabilidad de la presunción.

3. Sin embargo, estas normas no obligan al destinatario de las mismas a presumir ninguna verdad procesal (verdad en el proceso); sólo le obligan a aplicar las consecuencias jurídicas derivadas de la ocurrencia de ciertos hechos.

4. Tratar a estas normas como normas de presunción trae consigo un sinfín de problemas conceptuales, porque la idea de una verdad procesal (en el proceso) no derrotable tiene algo de contradictorio o paradójico.

5. El sentido preciso de este tipo de normas es negar todo rastro de razonamiento presuntivo en el destinatario de las mismas y, por ello, en términos conceptuales hay que oponerlas a (en lugar de confundirlas con) las normas de presunción. Las normas de presunción imponen una verdad procesal (en el proceso) vencible; por el contrario, estas normas sustraen la cuestión objeto de las mismas del ámbito de la verdad material y/o del ámbito del proceso.

6. Hay rastros de esencialismo en el uso que los juristas hacen de las presunciones *iuris et de iure*, pues supone creer que hay cuestiones que en «esencia» o «por naturaleza» pertenecerían a la *quaestio facti* (a la premisa fáctica) y no a la *quaestio iuris* (a la premisa normativa) y que la intervención del legislador invirtiendo estos términos tendría algo de acto «contra natura». En mi opinión, en estas decisiones del legislador no hay nada esencialmente incorrecto o deficitario, de donde no se sigue, por cierto, que siempre estén justificadas.

7. La categoría de normas de presunción *iuris et de iure* es perfectamente prescindible en términos teóricos. Todas las situaciones que los juristas califican como presunciones *iuris et de iure* son susceptibles de recibir una explicación teórica alternativa más potente y clara que la de tratarlas como normas de presunción (Aguiló 2008: 93-117).

1) En el texto se ha dicho que las presunciones (las normas que establecen presunciones) serían un ejemplo de normas puramente consti-

tutivas. Sin embargo, eso parece estar en contra de la clasificación que hace Aguiló entre presunciones-reglas y presunciones-principios. ¿Pero es así? En la nota 33 de su trabajo, Aguiló señala que en un artículo anterior había trazado la diferencia entre presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure*, de manera que las primeras se basaban en la relación hecho probado/hecho presunto, y las segundas en la relación hecho probado/hecho constituido (el consecuente de una norma puramente constitutiva es un «resultado normativo», un hecho constituido), pero eso le parece ahora insatisfactorio, pues, cuando el hecho presunto (en las presunciones *iuris tantum*) no resulta derrotado, es también un hecho constituido. ¿No cabría entonces considerar que tanto unas como otras (las presunciones *iuris tantum* y las *iuris et de iure*) son normas puramente constitutivas? Ello llevaría a considerar que esas dos categorías pertenecen, por así decirlo, a un mismo género, ¿pero no es acaso eso una ventaja? Si así se hiciera (considerar las normas de presunción como normas puramente constitutivas), entonces la noción de «verdad procesal» habría que sustituirla por la de «resultado normativo». ¿Implica ello algún tipo de inconveniente?

Que las normas de presunción son normas puramente constitutivas es una de las conclusiones (la número 8) a las que llega Raymundo Gama en su tesis de doctorado (leída y defendida en Alicante en 2010). En su opinión, ello es compatible con (mejor: un desarrollo de) lo sostenido por Aguiló:

> Por otra parte, además de que en las presunciones está presente un aspecto prescriptivo que es característico de su funcionamiento, me parece que también puede advertirse que las presunciones presentan una dimensión constitutiva que resulta relevante para entender la manera en que operan. De hecho creo que podría decirse que la categoría en la que cabe encuadrar a las normas de presunción es en la de las normas constitutivas. Como trataré de mostrar a continuación, la dimensión constitutiva de las presunciones ha estado presente en muchas de las intuiciones y reconstrucciones de los juristas. Pero antes de mostrar que esta propuesta encaja con muchas de las ideas que hemos venido examinando en este trabajo, es conveniente precisar a grandes rasgos las características de este tipo de enunciados.
>
> [...] [L]as normas constitutivas señalan que si se dan ciertas circunstancias, entonces se produce un determinado resultado institucional o cambio normativo. Pues bien, al reparar en la manera en que operan las presunciones puede advertirse que se asemejan en buena medida a las reglas constitutivas. En cierto modo, puede decirse que las presunciones establecen las condiciones que tienen que darse para que se produzca un determinado resultado institucional o cambio normativo. El resultado institucional que se produce como resultado de la aplicación de presunciones sería, por ejemplo, la imputación de que una persona debe ser considerada como *padre* de otra; que se considere que ha *muerto* una persona que se encontraba ausente; que la posesión de un bien es de *buena fe* o que una persona ha de ser considerada *inocente* cuando haya una acusación en su contra. En todos estos casos, las normas de presunción establecen cómo

calificar una determinada situación con la finalidad de atribuirle unas u otras consecuencias jurídicas.

A la luz de lo que se ha examinado en este trabajo me parece que esta interpretación no es ajena a las ideas de los juristas. Todo lo contrario. Creo que los juristas han advertido en distintos momentos la dimensión constitutiva de las presunciones y buena parte de sus planteamientos pueden reconducirse a este esquema. [...]

Josep Aguiló hacía un planteamiento análogo en su artículo de 1999, pero primordialmente en relación con las presunciones absolutas o *iuris et de iure*. La tesis que avanzaba en ese momento era que muchas de las llamadas presunciones *iuris et de iure* se aproximan a las normas que determinan la producción de un determinado resultado institucional, por lo que cabría encuadrarlas en la categoría de normas constitutivas. Con todo, si se toma en cuenta lo que el propio autor manifestó posteriormente en su artículo de 2006, en el sentido de que la función de las normas en general (ya sea que se trate de presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure*) no es establecer una determinada verdad fáctica, sino dar por probado o no probado un hecho bajo ciertas circunstancias, me parece que su propuesta de considerar las presunciones como normas constitutivas no sólo es aplicable a las presunciones *iuris et de iure*, sino a las presunciones en general. Ya sea que se trate de una presunción absoluta o relativa, la norma de presunción establece las condiciones que tienen que verificarse para la producción de ciertos efectos jurídicos o resultados institucionales. En todo caso, lo peculiar de las presunciones *iuris tantum* sería que la producción de un resultado institucional o cambio normativo no es infalible, puede verse truncada si la parte contraria acredita que el hecho presumido es falso. [...]

Fuera del Derecho también se ha planteado que las presunciones pueden ser consideradas como normas constitutivas. Quizá el expositor más claro de esta posición es Douglas Walton, en el ámbito de la teoría de la argumentación. Como se recordará, al examinar la dimensión argumentativa de las presunciones, Walton plantea que muchas de las presunciones que operan tanto en la argumentación jurídica como en la argumentación cotidiana operan como «reglas constitutivas» y en algunos casos incluso como «reglas puramente constitutivas» [...]. Walton ilustraba este punto con la presunción de consentimiento derivada de la negativa de una respuesta. En su opinión, esta presunción opera como una regla puramente constitutiva en algunos contextos. A manera de ilustración, siguiendo el ejemplo que plantea este autor, piénsese en una persona que envía por correo electrónico una propuesta a sus colegas advirtiéndoles que si no formulan alguna observación a la misma, considerará que es aceptada en sus términos. En este caso, Walton señala que la falta de respuesta ha de ser considerada, o cuenta como, si se hubiera consentido la propuesta planteada.

Antes de terminar este punto me gustaría formular algunas observaciones.

En primer lugar, se podría objetar que la reconstrucción de las presunciones como normas constitutivas descuida un aspecto fundamental de este tipo de reglas. A saber, que en la mayoría de presunciones, el juez está obligado a considerar como probado el hecho presumido y a aplicar las consecuencias jurídicas que se siguen de ello. Esta objeción es análoga a la que anticipaban Atienza y Ruiz Manero en su caracterización de las reglas constitutivas (1996). La respuesta que ofrecían entonces estos autores me parece aplicable en este caso. Parafraseándolos, podría decirse que una cosa es la regla que establece que si se presentan determinadas condiciones se produce un determinado resultado institucional o cambio normativo (que en el caso de las presunciones sería la declaración de buena fe en la posesión, o que una persona desaparecida

se considera que ha muerto, etc.) y otra, la norma regulativa que establece que si se acredita el hecho base, es obligatorio considerar que el hecho presumido ha sido también acreditado y se deben aplicar las consecuencias jurídicas que se siguen de ello (por ejemplo, si se considera que la posesión es de buena fe, el poseedor tiene ciertos derechos en relación con el bien poseído). Continuando con la paráfrasis, se podría decir que el mismo resultado institucional —buena fe, inocencia, paternidad, medianería, etc.— es, por un lado, el consecuente de una regla constitutiva y, por otro lado, es también el consecuente de una norma regulativa. De este modo, al plantear que las presunciones entran en la categoría de las normas constitutivas, no se excluye que éstas presenten también una dimensión regulativa o deóntica y que puedan configurarse como normas regulativas.

Otra cuestión por examinar es si la propuesta de entender las presunciones como reglas constitutivas plantea algún problema de cara a la distinción entre presunciones-regla y presunciones-principio. A mi modo de ver, asumir la tesis de las presunciones como reglas constitutivas no es incompatible con adoptar la distinción entre presunciones-regla y presunciones-principio que desarrolla Josep Aguiló. De entrada, me parece que habría que insistir en que la categoría en la que se ubican las presunciones es la de las normas constitutivas. Esto no es óbice para distinguir dos tipos de estructura al interior de las presunciones. Por un lado, algunas presunciones, quizá la mayoría, adoptan una estructura similar a las presunciones-reglas, pues establecen condiciones de aplicación adicionales a las que derivan de su propio contenido. Un ejemplo de ello sería la presunción de paternidad, pues además de la existencia de un hijo del que se reputa la paternidad, tiene que acreditarse que ha nacido dentro de los plazos establecidos por la ley. Otras presunciones, en cambio, adoptan una estructura similar a lo que Aguiló identifica como presunciones-principio, pues sus condiciones de aplicación derivan exclusivamente de su propio contenido. Éste sería el caso de la presunción de inocencia o la presunción de buena fe (entre otras presunciones). Con independencia de su estructura, en los dos casos se produce un resultado institucional como consecuencia de la aplicación de la presunción. En el primer caso, que una persona sea considerada como padre del hijo concebido por la madre y en el segundo, que una persona sea considerada como inocente hasta en tanto se pronuncie una sentencia condenatoria en su contra. Esta reconstrucción no excluye que las presunciones puedan estar también vinculadas con normas regulativas, pues como se señaló anteriormente, el mismo resultado institucional —buena fe, inocencia, paternidad, medianería, etc.— es, por un lado, el consecuente de una regla constitutiva y, por el otro, es también el consecuente de una norma regulativa.

2) En el texto se ha señalado también que las normas puramente constitutivas operan como razones auxiliares en el razonamiento práctico. ¿Pero cuál sería entonces la «razón operativa» en un argumento cuya conclusión fuera, por ejemplo, que el juez debe declarar que *Y* es el hijo de *X*? ¿Podría servir el siguiente esquema de argumentación?

— Si *Y* es biológicamente hijo de *X* (un varón), entonces (cuando se han cumplido además ciertos requisitos procesales: existencia de una demanda de paternidad, etc.), el juez debe declarar a *X* padre de *Y*.

— Si *Y* nació durante el tiempo en el que su madre estaba casada con *X*, entonces (se produce el resultado normativo de que) *Y* es hijo de *X*.

— *Y* nació durante el tiempo en el que su madre estaba casada con *X* (y se han cumplido ciertos requisitos procesales).

— Por lo tanto, el juez debe declarar a *X* padre de *Y*.

¿Cómo sería el esquema para concluir (recuérdese el ejemplo de presunción *iuris et de iure*) que Fulano ha cometido un abuso sexual no consentido? ¿Y para concluir que debe ser castigado a la pena *P*?

3) ¿El argumento presuntivo en materia teórica (sobre cuestiones de hecho), es algo distinto al argumento basado en indicios?

4) Cuando Aguiló habla de «normas basadas en una presunción teórica» (frente a las normas de presunción: las que establecen una presunción), ¿se está refiriendo a algo distinto a lo que Schauer llama «generalizaciones probabilísticas» (*vid.* IV,4,A)?

5,A) RAZONES JUDICIALES

En un importante trabajo de 1978, «Two Types of Sustantive Reasons. The Core of Common Law Justification» (Summers 1978), Robert S. Summers analizó, a partir de numerosas sentencias del *common law* de los Estados Unidos, de qué manera los jueces de ese sistema construyen las premisas, las razones que deben servir como justificación de sus decisiones. Distinguió cinco clases de razones: sustantivas, autoritativas, fácticas, interpretativas y críticas; pero, en realidad, todas ellas podrían reducirse a las dos primeras, las razones sustantivas y las autoritativas; a su vez, las razones sustantivas podrían ser de tres tipos: razones finalistas, razones de corrección y razones institucionales. La aproximación a la argumentación jurídica de Summers encaja claramente dentro de lo que aquí se ha llamado «concepción material». Lo que a él le interesa no es ni la validez lógica —la forma— de los argumentos, ni la fuerza persuasiva de los mismos, sino su fuerza justificativa; por lo demás, Summers no pretende simplemente describir el proceso de justificación de las decisiones por parte de los jueces del *common law*, sino que presenta también (al mismo tiempo) un modelo normativo de lo que debe ser esa práctica. Y, en ese sentido, el aspecto más importante de su enfoque «reconstructivo» consiste en señalar que el centro de la justificación en el *common law* son las razones sustantivas, las cuales tienen primacía sobre las otras, sobre las razones autoritativas.

En un Apéndice al libro escrito en colaboración con Robert A. Hillman, *Contract and Related Obligation. Theory, Doctrine and Practice* (Summers y Hillman 2001), Summers presenta una síntesis de su concepción de las razones judiciales. Para entender el texto que sigue, conviene tener en cuenta que en el caso que utiliza como ejemplo, Sullivan *vs.* O'Connor (resuelto por la Corte Suprema de Massachussets en 1973

[363 Mass. 579, 296 NE 2d 183]), la demandante era una mujer que se había sometido a una operación de cirugía estética (para corregir una nariz prominente) con el resultado de que su aspecto externo en lugar de mejorar había empeorado claramente; el demandado era el cirujano que había llevado a cabo la operación. El jurado había tenido que decidir sobre dos cuestiones: si era un supuesto de negligencia; y si era un supuesto de incumplimiento de contrato (el cirujano habría incumplido la promesa que le habría hecho a la mujer sobre los resultados que se obtendrían con la operación):

Las razones establecidas por los jueces para apoyar sus decisiones son de gran importancia. No es posible comprender la decisión de un tribunal sin entender a fondo esas razones.

Es útil distinguir entre tres tipos básicos de razones: (1) razones autoritativas, (2) razones sustantivas, y (3) razones institucionales. Las razones autoritativas apelan a autoridades reconocidas, incluyendo el *case law*, el Derecho legislado, las regulaciones administrativas y las constituciones. Estas autoridades son jurídicamente vinculantes dentro de las jurisdicciones donde son aplicables. Y son también autoridades «persuasivas», o autoridades por analogía, en otras jurisdicciones. Otras autoridades no-vinculantes (*non-binding authorities*) que generan razones autoritativas son las recopilaciones (*restatement*)[7], los tratados, los artículos de revistas jurídicas y otras semejantes. [...]

La fuerza justificativa de las razones autoritativas que apelan a autoridades vinculantes deriva de al menos dos fuentes: (1) los diversos valores que se satisfacen cuando los tribunales siguen el Derecho previamente establecido, cualquiera que sea su contenido: certeza, predecibilidad, igualdad ante la ley, eficiencia, etc., y (2) los diversos valores que pueden informar el contenido del *case law*, del Derecho legislado y de otras autoridades implicadas. A la primera clase de valores se la puede llamar «valores formales del Estado de Derecho», y a la segunda clase, simplemente, «valores sustantivos». La regla general que niega daños punitivos invocada como una razón autoritativa por el tribunal en White *vs.* Bankowski, refleja no sólo valores del primer tipo, sino también valores sustantivos, incluidos los valores asociados con la libertad de contratación. Esto es, las partes contratarán de manera más libre si saben que los daños por incumplimiento no incluyen generalmente una suma dineraria como sanción.

Las razones autoritativas no incorporan necesariamente valores de ambos tipos. Así, una determinada razón autoritativa puede satisfacer valores formales del «Estado de Derecho», pero no valores sustantivos relevantes. La regla invocada por el tribunal tiene, de hecho, fuerza por el carácter relevante y autoritati-

7. Las *Restatements of the Law* son enciclopédicas formulaciones y sistematizaciones del Derecho *jurisprudencial* estadounidense en sus diversas ramas. Las *Restatements* «destilan» las reglas, doctrinas y principios contenidos en las fundamentaciones de las sentencias, y las «fijan» reformulándolas (*restate*) con una expresión breve y precisa («black letter law»). Además, sistematizan dichas formulaciones en cada rama del Derecho, en capítulos, títulos y secciones. También contienen análisis doctrinales e incluso propuestas de mejora. Sin carácter oficial vinculante, pero muy persuasivos y utilizados por los jueces, son elaborados desde 1923 por el American Law Institute, una asociación de prestigiosos juristas académicos y prácticos.

vo de la regla, pero la regla puede no ser sustantivamente correcta (*sustantively unsound*).

Es importante desarrollar la capacidad para entender y evaluar razones autoritativas. Una posible crítica de una razón autoritativa es que la misma no es aplicable. Por ejemplo, una regla puede no ser aplicable porque el caso del que deriva es susceptible de ser «distinguido», no va «al punto». En relación con ello, una regla de *case law* puede no ser de aplicación porque las razones para la adopción de la regla no son aplicables al caso en cuestión. Otra posible crítica es que el contenido sustantivo de la regla es incorrecto en algún sentido (por ejemplo, tal vez los daños punitivos no tengan efecto sobre la disposición de una parte por contratar). [...]

Las razones sustantivas no suponen apelaciones a la autoridad. Estas razones consisten en consideraciones morales, económicas, políticas o de otro carácter social. Los que no tienen familiaridad con el Derecho pueden pensar que los jueces deben decidir los casos de acuerdo con el Derecho previamente establecido y, de esa manera, pueden aducir sólo razones autoritativas, preferiblemente las que tienen una naturaleza vinculante. Este punto de vista resulta reforzado por filosofías jurídicas crudamente positivistas que implícitamente sostienen que las razones verdaderamente jurídicas apelan necesariamente a la autoridad vinculante precedente. Pero, de hecho, los jueces frecuentemente dan razones sustantivas para apoyar sus decisiones. Un juez puede dar no sólo una razón autoritativa, sino que puede ofrecer también una razón sustantiva que apoya el mismo resultado. O un juez puede enfrentarse con una cuestión no decidida previamente en su jurisdicción. En tal caso, el juez decide usualmente comparando la fuerza justificativa de las razones sustantivas de cada lado de la cuestión. O un juez puede enfrentarse con una cuestión sobre la que las autoridades están en conflicto, o una cuestión sobre si se debe anular o no un caso anterior. Aquí, también, el juez decide usualmente de acuerdo con el peso de las razones sustantivas que compiten entre sí.

Como ocurre con las razones autoritativas, es importante desarrollar la capacidad de entender y evaluar críticamente razones sustantivas. En este aspecto, es útil distinguir entre dos tipos diferentes de razones sustantivas. El primer tipo de razón sustantiva es una razón «de fin». En Sullivan *vs.* O'Connor, el juez Kaplan declaró que: «Si las acciones por incumplimiento de promesa pudiesen hacerse valer con facilidad, los médicos, así se dice, sentirían temor de practicar 'medicina preventiva'». Una razón de fin, entonces, para no facilitar tales acciones podría ser que con ello se promovería un efectivo cuidado de la salud. Puede verse que la fuerza justificativa de una razón de fin deriva de los efectos positivos para la salud que cabe prever tendría la decisión a la que apoya. Dos de los posibles motivos para criticar una razón de fin son que la decisión no tendría los efectos que satisfacen ese fin y que el fin no es un buen fin.

Un segundo tipo de razón sustantiva puede llamarse razón «de corrección». En Sullivan *vs.* O'Connor, el juez Kaplan ofreció una razón de corrección cuando declaró: «Debemos recordar que los honorarios pagados por el paciente al médico por la alegada promesa serían usualmente bastante desproporcionados en relación con la presunta expectativa de recuperación». Esto es esencialmente un argumento de corrección sobre la falta de justicia en relación con la expectativa de recuperación. A diferencia de una buena razón de fin, la fuerza justificativa de una buena razón de corrección no depende de los efectos previstos por la decisión a la que apoya. Más bien, la fuerza justificativa de una buena razón de corrección depende de la validez (*soundless*) y aplicabilidad de la norma de corrección en la que se basa la razón. Así, la fuerza de la razón de corrección establecida por el juez Kaplan depende de una norma que, en este contexto, puede articularse como

sigue: «En ausencia de circunstancias especiales, la responsabilidad potencial de una parte contratante debería ser proporcionada en relación con las expectativas de ganancias de esa parte». Una razón de corrección está sujeta a críticas sobre diversas bases, incluida la posible inaplicabilidad de la norma a los hechos y la posible incorrección de la norma.

Otro tipo de razón que puede encontrarse en las motivaciones judiciales es la de carácter «institucional». En Sullivan *vs.* O'Connor, el juez Kaplan estableció una razón institucional cuando dijo: «Pero los pacientes pueden transformar en sus mentes tales declaraciones [pronósticos optimistas de los médicos que pueden tener un valor terapéutico] en promesas firmes, especialmente cuando han quedado defraudados con la intervención y testifican en este sentido a jurados que les ven con simpatía». He aquí algunos ejemplos más de razones institucionales:

— Dado que la reclamación del demandado exige un cambio en el Derecho que no puede justificadamente ser hecho sin tener acceso a «hechos sociales de carácter general» que sólo un órgano legislativo puede adecuadamente investigar o evaluar, el tribunal no debe hacer el cambio, sino que debe dejarlo en manos del legislador.

— Dado que el tribunal no podría supervisar la implementación de lo que decreta sin un gasto indebido de recursos, una orden para una ejecución específica de un contrato debe ser denegada.

— Dadas las dificultades de medición, los daños por incumplimiento de contrato no deben incluir el dolor y el sufrimiento.

A partir de estos ejemplos, puede verse que una razón institucional es un tipo especial de razón de fin o de razón de corrección. Tales razones son con frecuencia influyentes, y es importante desarrollar la capacidad de entenderlas y evaluarlas. Ello requiere, entre otras cosas, la adquisición de conocimiento «institucional» acerca de los procesos, del personal y de los roles implicados (Summers y Hillman 2001: *appendix* A).

1) ¿Cabe hablar de algún tipo de prioridad entre las razones sustantivas y las autoritativas? Summers, en su trabajo de 1978, entendió que las primeras primaban sobre las segundas, pero luego parece haber cambiado de opinión.

2) ¿Es aceptable considerar que las razones institucionales son razones sustantivas?

3) ¿Se pueden vincular las razones de corrección y las razones finalistas, respectivamente, con las normas de acción y las normas de fin?

5,B) EXCEPCIONES A LAS REGLAS Y CASOS FUERA DEL ALCANCE DE LAS REGLAS

Para justificar una decisión, los jueces, normalmente, utilizan como premisas de sus razonamientos (aunque no sólo) reglas válidas de su sistema jurídico. Para explicar cómo esas reglas (reglas de mandato), entendidas como razones para la acción, se integran en el razonamiento judicial han surgido diversas teorías. En su artículo «Entre la transparencia y la opacidad» (Ródenas 1998), Ángeles Ródenas se ocupa de cuatro de ellas: las

de Donald Regan, Joseph Raz, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, y Frederick Schauer. En opinión de la autora, aunque la terminología varía de unos autores a otros, todos ellos estarían entendiendo el papel de las reglas de manera muy semejante: ni como totalmente transparentes ni como totalmente opacas. Eso quiere decir que la existencia de una regla (las razones que provee) no puede ser irrelevante para el juez que ha de resolver un caso (esto es, él no puede ponerse a deliberar sin más sobre las razones a favor o en contra que pudiera encontrar para decidir de una manera o de otra) pero, al mismo tiempo, tampoco puede considerar que las reglas resuelven siempre todos los problemas prácticos, sin necesidad de recurrir a las razones subyacentes a esas mismas reglas o a otro tipo de razones.

En IV,4,A (a propósito de los planteamientos de Schauer) se ha visto que los posibles desajustes entre las formulaciones de las reglas y sus razones subyacentes daban lugar a los supuestos de subinclusión y de sobreinclusión. Y esa falta de adecuación por sobreinclusión (la formulación de la regla incluye casos que no debería incluir) —nos dice Ródenas— se manifiesta en los supuestos que son excepciones a las reglas o que quedan fuera del alcance de las reglas. La solución de esos casos supone que los jueces deben dar prioridad —para resolverlos— a las razones subyacentes a las reglas, frente a las razones de la regla (de la formulación normativa). A diferencia de otros casos más graves, en los cuales cabría decir que el desajuste se produce entre las razones subyacentes a la regla y otras razones extraíbles de otras reglas o principios del ordenamiento. Ródenas habla, en relación con estos últimos supuestos, de «errores de segundo grado», y en relación con los primeros, de «errores de primer grado»:

> Lo característico de los errores de segundo grado es que la regla fracasa como razón perentoria [o excluyente]. No se trata, como en los errores de primer grado, de problemas producidos por el carácter supraincluyente [o «sobreincluyente»] del *significado de la formulación normativa*, que en nada cuestionan el juicio de prevalencia entre razones de primer orden contenido en la regla; lo que se refuta por erróneo es *el propio compromiso entre razones* que la regla expresa, por lo que se asume que ésta no debe jugar ningún papel en la toma de decisiones futura (p. 117).

Ródenas introduce así, siguiendo a Raz, los conceptos de «alcance» y de «excepción»:

> Para empezar es menester que recordemos alguna cosa sobre la concepción de las reglas de Raz y sobre las nociones de *alcance* y de *excepción*. Como ya sabemos, Raz considera que «las reglas son expresiones de compromisos (*compromisos*), o juicios acerca del resultado de conflictos entre razones de primer orden». Volviendo al ejemplo del parque [se refiere al de un parque en el que hay una señal que prohíbe la entrada de vehículos], supongamos que lo que ha llevado al

establecimiento de la señal de prohibición ha sido la intención de que prevalezca la seguridad de los peatones que lo transitan (razón 1), frente a la notable agilización del tráfico que se produciría si se permitiera atravesar el parque para ir de un extremo a otro de la ciudad (razón 2). Aunque para la mayoría de casos la presencia de reglas es decisiva —una señal que prohíbe la entrada de vehículos a un parque no suele suscitar muchas dudas en cuanto a su aplicación—, como hemos visto, Raz advierte que hay factores de complicación que se presentan en una minoría de supuestos. Por lo tanto, las reglas no siempre resuelven automáticamente los problemas prácticos. Puede haber otras razones en conflicto no excluidas por las reglas. Por ejemplo, Raz señala que puede haber consideraciones que afecten al alcance de las reglas, o excepciones a las mismas.

Un caso está fuera del alcance de una regla si las principales razones que respaldan la regla no son aplicables a tal caso. En cambio, un caso cae bajo una excepción a la regla cuando le es aplicable algunas de las principales razones en pro de la regla, pero el *compromiso (o juicio de prevalencia) expresado en la regla* determina que prevalezcan otras consideraciones en conflicto. Aunque la distinción entre la noción de alcance y la de excepción a las reglas puede parecer en ocasiones un tanto borrosa, voy a mantenerla aquí con el fin de no alejarme excesivamente del instrumental analítico de Raz. Si volvemos nuevamente al ejemplo del parque, el supuesto del todoterreno de los veteranos de guerra podría considerarse como un caso fuera del alcance de la regla, ya que el todoterreno no pondría en riesgo la seguridad vial de nadie, ni su introducción en el parque —como es obvio— afecta en nada a la fluidez del tráfico de la ciudad. En cambio, si fuera necesario que una ambulancia atravesara el parque para conducir a un accidentado a un hospital, podríamos entender que estamos en presencia de una excepción a la regla, ya que, ciertamente, la ambulancia puede poner en peligro la seguridad vial; lo que sucede es que el valor de la vida humana prevalece sobre las razones contempladas en el compromiso (o juicio de prevalencia) expresado en la regla. Dicho de otro modo, lo que la regla contempla es simplemente que la seguridad vial (razón 1) prevalece frente a la agilización del tráfico (razón 2), pero no frente a la necesidad de salvar una vida humana (razón 3) (pp. 113-114).

1) ¿Sería exacto decir que no ser sensible a los fenómenos de subinclusión y sobreinclusión y, por tanto, a la posible existencia de excepciones y de casos que quedan fuera del alcance de las reglas, es una muestra de formalismo jurídico?

2) ¿Hay algún método que nos permita —o nos ayude a— detectar las excepciones a las reglas y los supuestos fuera del alcance de las reglas? ¿O la distinción debería considerarse como un subterfugio para facilitar el activismo judicial?

5,C) TRES TIPOS DE DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS

En su artículo «En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas» (Ródenas 2001) (que, en buena medida, es una continuación de Ródenas 1998), Ángeles Ródenas distingue tres sentidos en los que cabe hablar de derrotabilidad de las reglas, o sea, tres supuestos en los que las reglas dejarían de ser tomadas como razo-

nes excluyentes. Uno se produce cuando la derrotabilidad se predica de «la prescripción contenida en la formulación normativa mediante la que la regla se expresa, pero no del balance de razones subyacentes a la misma» (p. 74); es lo que ocurre en los supuestos de excepciones o de casos fuera del alcance de las reglas. Otro, al que llama «derrotabilidad radical», tendría lugar cuando «de acuerdo con el Derecho, concurren razones para basar la respuesta a un problema de indeterminación en criterios extrajurídicos, es decir, criterios ajenos a los que el propio Derecho establece» (p. 77). Ródenas parece seguir aquí a Juan Carlos Bayón y considera que la existencia de derrotabilidad en este sentido radical depende «de la existencia o no en el Derecho de reglas de clausura respecto de la relevancia»; y de «la existencia o no en el Derecho de relaciones de preferencia preestablecidas para el caso de colisión entre dos normas» (p. 78). El texto que sigue se refiere a un tercer sentido de derrotabilidad de las reglas, intermedio, por así decirlo, entre los dos anteriores: la derrotabilidad en relación con las razones subyacentes a las reglas:

> Ahora bien, si hemos distinguido entre prescripciones contenidas en la formulación normativa de las reglas, de un lado, y justificaciones subyacentes a las mismas, de otro, tiene sentido hablar de derrotabilidad en ambos niveles. Es posible que lo que se derrote sea —como en los ejemplos anteriores— la prescripción contenida en la formulación normativa —prohibidos los aparatos de radio en la biblioteca—, pero también cabe la derrotabilidad de los compromisos (o juicios de prevalencia) entre razones subyacentes a las reglas. De manera que es posible también que, en segundo término, de forma excepcional, los jueces y demás aplicadores del Derecho consideren derrotada una regla cuando estimen que el compromiso entre razones que subyace a la formulación normativa está mal construido. Tal cosa sucede cuando, a la luz de otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones, que se hallan implícitos o explícitos en otras partes del sistema jurídico y que son aplicables al caso en cuestión, se aprecia un error en el propio compromiso entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla. Lo característico de esta derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas, frente a la derrotabilidad en el de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas, es que la regla fracasa, tanto en este caso como en casos sucesivos, como razón protegida. No se trata, como en los ejemplos anteriores, de problemas producidos por el carácter supraincluyente de la *prescripción contenida en la formulación normativa*, que en nada cuestionan el juicio de prevalencia entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla; lo que se refuta por erróneo es *el propio juicio de prevalencia* que opera como razón subyacente de la regla, por lo que se asume que ésta no debe jugar ningún papel en la toma de decisiones futuras[8].

8. La autora incluye aquí una nota en la que señala que lo que ahora llama «derrotabilidad en el nivel de las formulaciones normativas» se correspondería con lo que en un trabajo anterior (*vid.* IV,5,B) había denominado «errores de primer grado»; mientras que la «derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes» estaría vinculada con «los errores de segundo grado».

Abundando en esta idea, podríamos añadir que, mientras que lo que se cuestiona en el primer tipo de supuestos es la aplicabilidad de la prescripción al caso concreto, en el segundo es su validez. De manera que, mientras que en el primer caso decimos que la norma queda desplazada, en el segundo nos referimos a su nulidad. Por cierto, en sistemas jurídicos como el nuestro [el español] de control de constitucionalidad concentrado, no está previsto que los jueces ordinarios declaren la nulidad de una regla (de rango legal), sino que suspendan la aplicación de la regla y planteen una cuestión de inconstitucionalidad. En los sistemas de control de constitucionalidad difuso, por el contrario, es el propio órgano de aplicación el que debe desarrollar una argumentación que demuestre que el sistema jurídico contiene otro juicio de prevalencia de las razones aplicables al caso que es opuesto al que opera como razón subyacente a la regla y que es aquél el que debe prevalecer (Ródenas 2001: 75-76).

1) ¿Qué ejemplo podría ponerse de ese tipo de derrotabilidad de las razones subyacentes? ¿Podría considerarse como «activista» la decisión de un juez de «dejar de aplicar» una regla en tales casos? ¿Se trataría de «dejar de aplicar» o de «reformular» una norma? ¿Es lo mismo?

2) ¿Qué relación tiene esa «derrotabilidad» de las razones subyacentes con la utilización de principios? ¿Y con la ponderación?

3) ¿Existe realmente algún supuesto de «indeterminación radical»? ¿Cómo podría el juez justificar la utilización de criterios «extrajurídicos»?

5,D) LA FUERZA DE LOS INDICIOS

Como se ha señalado en el texto, el peso que atribuir a cada una de las premisas no es una cuestión relevante en un razonamiento deductivo; pero es determinante a la hora de evaluar los argumentos inductivos, como son los destinados a dar por probado un hecho.

En «Los indicios tomados en serio», Juan Igartua (2009), después de señalar varios sentidos de «indicio», entiende que, en su significado técnico-jurídico, el indicio (o prueba indiciaria) sería un tipo de prueba que no versa directamente sobre el hecho que ha de ser probado (el *factum probandum* o hipótesis probatoria), sino sobre un hecho diferente y conectado inferencialmente con el que debe ser probado como jurídicamente relevante para los fines de la decisión. Tomemos un ejemplo del propio Igartua: el testimonio de quien ha presenciado el robo constituye una prueba directa (del robo); el testimonio de quien ha visto al imputado comprarse un pasamontañas, una prueba indirecta: la compra del pasamontañas por *A* (en determinadas circunstancias) es un indicio de que *A* ha cometido el robo. La diferencia es que en este segundo caso (en la prueba indirecta o indiciaria) hay un paso, una inferencia, entre el dato indiciario y el resultado probatorio que se pretende (la confirmación de la hipótesis). Surge así la cuestión de cuándo puede atribuirse fuerza de convicción a los indicios. La tesis

de Igartua es que ello no depende únicamente de las condiciones que la jurisprudencia suele exigir para enervar la presunción de inocencia, sino que además debe tenerse en cuenta una determinada tipología de los indicios:

2. *Una tipología de los «indicios»*

En la cuantiosa prosa [...] consagrada a los «indicios», éstos han merecido clasificaciones de lo más variopintas [...]. Pero escaso mimo se ha regalado a la que considero la más determinante: la que se construye en torno al grado de convicción que los indicios son razonablemente capaces de suscitar. [...]

Si [...] la fuerza de un indicio estriba de lleno en la mayor o menor conclusividad del razonamiento inferencial que une el dato indiciante (o indicio, a secas) con el hecho indiciable (la hipótesis a probar), de ahí se sigue que los indicios pueden generar resultados probatorios de distinta intensidad. [...]

[...] [A]tendiendo a su diversa eficacia probante (y de menos a más), los indicios tolerarían ser clasificados como sigue:

a) Indicios *equiprobables*. Aquellos que son reconducibles, además de a la hipótesis acusatoria, a otra hipótesis con el mismo o parecido grado de probabilidad. Por ejemplo, en la pistola de la que partió el tiro que mató a Ticio aparecen las huellas de Cayo y Sempronio. El indicio de las huellas apunta indistintamente a Cayo o a Sempronio como autor del homicidio.

b) Indicios *orientados* (o de probabilidad prevalente). Son aquellos que conectan, además de con la hipótesis acusatoria, con otra hipótesis alternativa pero con un grado de probabilidad superior a favor de la primera. Por ejemplo, en el lugar del homicidio aparecen casquillos de bala de dos calibres distintos, lo que implica el uso de dos armas diferentes. Este indicio permite sustentar dos hipótesis: que participaron dos individuos en los disparos o que un único individuo utilizó, sucesiva o contemporáneamente, dos armas. Si tomamos como máxima de experiencia el *principio de economía del comportamiento humano* («simplicidad» en la explicación y «adecuación» de medio a fin), no hay duda de que el empleo de dos armas a cargo de dos personas parece de más simple ejecución que lo supuesto en la hipótesis alternativa. Pero no por eso ésta queda excluida ni reducida a la irrelevancia (pues bien pudo suceder que el atacante quiso incrementar la eficacia de su acción empuñando dos armas). Esta última puntualización se revela indispensable para entender la siguiente categoría de indicios.

c) Indicios *cualificados* (o de alta probabilidad). Son aquellos que acrecientan sobremanera la probabilidad de la hipótesis acusatoria, fundamentalmente porque no se vislumbra ninguna hipótesis alternativa (y si, de verdad, los hechos hubieran ocurrido de otro modo, sólo el imputado estaría en condición de formular la contrahipótesis correspondiente). Por ejemplo, si tras el asalto a un banco, se encuentran en el interior de la caja fuerte las huellas del imputado, quien nunca ha mantenido relación alguna con la entidad bancaria, no se ve qué hipótesis se puede manejar contrapuesta a la de su participación en el evento (salvo que las explicaciones del interesado confieran alguna verosimilitud a algo que no se nos ha pasado por la cabeza).

d) Indicios *necesarios*. Son aquellos que, en aplicación de leyes científicas o de constataciones sin excepción, excluyen la posibilidad de cualquier alternativa a la hipótesis acusatoria. No son los indicios más frecuentes pero sí los más seguros. Los ejemplos citados con más recurrencia al respecto [...] suelen ser los

relacionados con la comparación del ADN o con las características dactiloscópicas del imputado.

3. *Un breve repaso a los requisitos que la jurisprudencia exige a la «prueba indiciaria»*

[...] Aunque el listado de las condiciones requeridas para enervar la presunción de inocencia (pues ahí radica el meollo del proceso penal) que la jurisprudencia ha canonizado presenta cierta elasticidad [...] formularé un elenco que [...] no traiciona [...] la rigurosidad con la que nuestros máximos tribunales han buscado garantizar el legítimo uso de las pruebas indiciarias; o sea, el que sigue: *a*) los indicios han de ser plurales; *b*) los indicios han de acreditarse mediante prueba directa; *c*) el enlace entre los indicios y la hipótesis a probar debe ajustarse a las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de experiencia convenientemente explicitadas en la motivación de la sentencia; *d*) los indicios, además de tener todos relación con la hipótesis en juego, deben estar interrelacionados entre sí.

Pues bien, de seguido expresaré algunas consideraciones [...] a propósito de este manojo de exigencias con pretensiones garantistas.

a) *Pluralidad de indicios*. Nuestros tribunales cimeros no cuantifican (reconociendo que tampoco pueden) el número de indicios que se precisa para fundamentar una condena penal; pero son firmes en exigir que ésos han de ser varios, no bastando un indicio aislado debido a la naturaleza inconsistente y ambigua de éstos (si bien en algunos supuestos —referidos al tráfico de drogas— se admite la validez de una prueba indiciaria que descansa en un único indicio). [...]

La mera acumulación de datos indiciantes (en tanto que inconsistentes y ambiguos) no transforma el valor que ésos tenían en su origen [...]; así, una inconsistencia, unida a tres inconsistencias más, suman cuatro inconsistencias. [...] Para que la pluralidad de indicios sea fecunda a efectos probatorios, ante todo hemos de precisar cuál es el fuste mínimo que aquéllos han de tener y, luego, de qué manera combinarlos [...] para sacarles provecho. [...]

[...] [N]uestros tribunales admiten que el requisito de la «pluralidad» no corta el paso a las excepciones (de modo que, a veces, un único indicio basta), pero no definen cuándo ni por qué. Estas carencias encontrarían remedio si la doctrina hubiera efectuado alguna discriminación entre los indicios conforme a un criterio clasificatorio (al estilo de la tipología construida páginas atrás). En efecto, en el caso de un indicio *necesario*, éste contará con una valencia probatoria autónoma y suficiente; es decir, se bastará por sí solo [...]. Y quizás algo similar sea predicable también del indicio *cualificado*.

b) *Indicios acreditados mediante prueba directa*. Era previsible que, por coherencia, nuestros tribunales iban a compensar la (para ellos) natural debilidad de los indicios protegiéndolos con el contrafuerte de una robusta acreditación; o sea: el indicio (dato indiciante) —se dirá en la STC 174/1985— ha de estar «plenamente probado, pues, no cabe, evidentemente, construir certezas sobre la base de simples probabilidades». Y el TS interpretará que sólo la prueba directa está en sazón de garantizar la plena prueba de un dato indiciante (indicio); pues, de lo contrario, se montaría «una deducción partiendo de otra» y bien se sabe que «ex nihilo, nihil facit» (STS de 6/03/ 1993)[...]. El TS nos planta, pues, ante un dilema cuyos cuernos son la *prueba directa* o la *nada*.

Al menos el TS (porque el TC se ha abstenido de formular opciones tan extremas y zanjantes [...]) incurre en una contradicción con su propia doctrina. Si antes aquél admitió, para legitimar el uso de las pruebas indiciarias en el pro-

ceso penal, que el hecho principal (la hipótesis) puede ser probado(a) no sólo con prueba directa sino también mediante prueba indiciaria, ¿qué impedimento existe para que ese mismo régimen se extienda a la prueba del dato indiciante o indicio?[...] Ninguno. Sin duda sigue revoloteando aquí la consigna de «inferencias, las justas», alimentada por la idea (ya discutida antes) de que un razonamiento que comprometa sólo una inferencia es más sólido que si necesitara de dos. Reiteraré que lo decisivo no es el *menor número* de inferencias sino la *mayor calidad* de las mismas. A ver, descendamos a un ejemplo. Cayo es acusado de haber matado a Ticio de un balazo en la cabeza; no existen testigos del homicidio pero hay un indicio: Cayo había comprado la pistola de la que partió el disparo en una armería dos horas antes de la muerte de Ticio. Es necesario, por tanto, acreditar la veracidad del indicio; lo que puede hacerse bien por prueba directa (preguntando al armero si reconoce a Cayo como el comprador de la pistola), o por prueba indirecta (verificando a nombre de quién está expedido el permiso de armas —de preceptiva presentación por quien desee adquirir una— cuya fotocopia obra en la armería, quién es el titular del DNI que se exhibió para ser cotejado con el beneficiario del permiso y con la persona que lo presentaba, y para confirmar también que ésta es la titular de la tarjeta —de la que existe copia— con la que se pagó el arma adquirida). Y si las dos pruebas condujeran a resultados distintos (el dependiente afirma no haber visto en su vida a Cayo, mientras que la documentación guardada en el registro de la armería figura a nombre de Cayo), ¿tendría la prueba directa (fundada en el recuerdo del dependiente que vendió el arma) mayor fuerza acreditativa que la prueba indirecta (los tres rastros documentales)? Lo dudo.

c) *El enlace entre el indicio y la hipótesis a probar debe respetar las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia*. Como los tradicionales (y aún vigentes en países cercanos) predicados de mayor solera que encumbran a un indicio que se precie (el de la «gravedad» y el de la «precisión») constituyen el tejido interior de este tercer requisito, rindámosles el homenaje de siquiera un mínimo comentario.

La «gravedad» de un indicio está en proporción directa con la fuerza concluyente del mismo. Por eso, la gravedad no reside en el dato indiciante sino en la inferencia que éste provoca. De ahí que el indicio se calificará de «grave» cuando el criterio inferencial que une al dato indiciante con la hipótesis a probar está dotado de un alto grado de conclusividad. [...]

De su lado, la «precisión» de un indicio se gradúa con el parámetro de la univocidad (contrapuesto al de la vaguedad y al de la equivocidad) [...]. El indicio preciso por antonomasia se solaparía con el anteriormente calificado como «indicio *necesario*» o incluso hasta con el llamado «indicio *cualificado*». Pero hay quienes se contentan con niveles inferiores de «precisión» conformándose con un grado de probabilidad prevalente (o sea, con el equivalente al «indicio *orientado*»). [...]

De cualquier modo, vistas las cosas de cerca, la «precisión» nada nuevo añade a la «gravedad»

[...] [A]quí asoma su cabeza un nuevo problema, a saber: si la «gravedad» y «precisión» son requisitos exigibles bien a cada uno de los indicios, o bien a los indicios en su conjunto. Problema que se disuelve ante los indicios necesarios y los indicios cualificados (pues, bastándose por sí solos, no necesitan acompañarse de más indicios). Pero ¿qué pasa cuando nos encontramos ante un complejo de indicios ninguno de los cuales es autónomamente resolutivo? ¿Podrían predicarse también del *conjunto* de indicios las propiedades de «gravedad» y «precisión»? Las posturas divergen, pero prospera más el «sí» que el «no». [...]

d) *Los indicios han de relacionarse con la hipótesis y estar interrelacionados entre sí*. Esta directiva jurisprudencial se condensa en el tradicional concepto de la «concordancia» (de los indicios), pertinente si, en un conjunto de indicios, no topamos con ninguno grave y preciso que, por sí sólo, tuviera potencia para probar una hipótesis [...]. O sea, la concordancia encuentra su ámbito cuando los indicios ostentan la condición de «equiprobables» y de «orientados» (en la terminología que he adoptado).

Ahora bien, la «concordancia» aúna dos perspectivas [...]: una, hacia lo alto; otra, hacia los lados. En primer término, la concordancia coincide con el concepto de «convergencia» de los indicios en una única dirección (todos apuntan hacia la misma hipótesis). En segundo lugar, la convergencia significa también la «compatibilidad» recíproca de los indicios. Doble dimensión, por tanto, expresamente identificada por el TS cuando subraya que los datos indiciantes han de estar «no sólo relacionados con el hecho nuclear precisado de la prueba, sino también interrelacionados, es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada uno de ellos repercute sobre los restantes en tanto en cuanto forman parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación» (STS 22/06/1998) (Igartua 2009, 478-508).

1) ¿Podría decirse que la tipología de los indicios que maneja Igartua viene a coincidir con uno de los criterios exigidos por la jurisprudencia para entender que los indicios tienen fuerza de convicción: el que sean «graves» o «precisos»?

2) ¿Cabría sintetizar la crítica de Igartua a la doctrina jurisprudencial en materia de indicios diciendo que lo que él propone es una lectura de cada uno de esos criterios no en términos de reglas, sino de principios, esto es, como razones no concluyentes y de fuerza graduable; por ejemplo: «cuanto más plurales sean los indicios, tanto mayor la probabilidad de considerar acreditada la hipótesis, a no ser que...», etcétera?

3) ¿Es realmente posible construir criterios precisos (criterios que adopten la forma de reglas) para medir la fuerza de los indicios? ¿O habría que reconocer que, para evaluar una inducción, hay que contar siempre con un elemento contextual que obliga a que los criterios por utilizar tengan inevitablemente que quedar abiertos?

5,E) INDETERMINACIÓN GENUINA, POSITIVISMO JURÍDICO Y RAZONES MORALES

La noción de norma derrotable en un sentido poco preciso (que sería aproximadamente intercambiable con las de norma *prima facie* o norma abierta) se utiliza para dar cuenta del fenómeno de que las normas (jurídicas) contienen (siempre o a menudo) excepciones implícitas, de manera que para identificar cuál es el Derecho aplicable a un caso, no basta con encontrar una norma bajo cuyo supuesto de hecho se subsuma el caso; es obvio que no puede bastar si las condiciones de aplicación de las mismas incluyen —como eficazmente escribió Hart en una ocasión— una cláusula de «a menos que...», o, dicho de otra manera, si no se trata

de condiciones suficientes, sino de condiciones simplemente contribuyentes. Después de referirse a esa problemática y a las diversas discusiones que ha generado en la teoría del Derecho de los últimos tiempos, Juan Carlos Bayón se plantea, en «Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico» (Bayón 2000), la cuestión de si existen en el Derecho normas que sean derrotables, pero una vez efectuada la operación de tomar en consideración todas esas excepciones implícitas que habría que establecer siguiendo las «convenciones interpretativas» existentes en un ordenamiento jurídico (o, dicho con otra terminología, consideradas también las razones subyacentes); a eso es a lo que llama «derrotabilidad genuina» (o indeterminación radical del Derecho [*vid.* IV,5,C]). En su opinión, ese fenómeno puede darse de manera contingente (si el ordenamiento jurídico en cuestión no contiene reglas de clausura respecto a qué propiedades considera relevantes, o bien relaciones de preferencia preestablecidas entre las diversas normas concurrentes en el caso), pero «tiene menor relevancia en nuestras prácticas jurídicas reales que el que a veces se le atribuye» y, además, la admisión de que exista ese tipo de normas derrotables «es compatible con los postulados del positivismo jurídico» (p. 109).

Para entender el texto que sigue (el final de su artículo) conviene indicar que Bayón arranca de un ejemplo que toma de Raz: el de una norma que establece que los contratos son válidos sólo si no son inmorales:

> [...] Para cualquier positivista, la realidad del derecho es *convencional*, esto es, está construida por la actividad de seres humanos y consiste en un conjunto de creencias compartidas y de actitudes y expectativas interdependientes constitutivas de una práctica social. En ese sentido, los límites de las convenciones son los límites del derecho. Si el derecho dispone que los contratos son válidos sólo si no son inmorales, una primera forma de entender cómo habría de identificarse el contenido de la norma que expresa este enunciado consiste, efectivamente, en sostener que viene determinado por las creencias compartidas en la comunidad jurídica correspondiente acerca de qué cuenta a los efectos del derecho como un contrato inmoral. En ese caso, las condiciones de verdad de una proposición del tipo «es jurídicamente concluyente que este contrato es válido» incluyen todo ese conjunto de convenciones interpretativas, lo que es tanto como decir que hay que recurrir a éstas para identificar cuál es realmente la norma —que, por supuesto, puede ser considerablemente compleja y que, como toda norma, adolecerá de un grado mayor o menor de vaguedad— expresada por la formulación normativa aludida. Pero, una vez identificada, no parece que nada autorice a afirmar que la norma misma es derrotable o —como dice Raz— tiene fuerza *prima facie*.
>
> La situación es diferente, en cambio, si existe la convención interpretativa según la cual la disposición que establece que los contratos sólo son válidos si no son inmorales no supedita la validez de éstos a criterios *definidos convencionalmente*, es decir, a las creencias compartidas en la comunidad acerca de qué es inmoral, sino justamente a criterios *no convencionales* (o, como dice literalmente Raz, a «consideraciones no basadas en fuentes»). Qué es lo que esto implica exactamente dependerá, como es obvio, de si se acepta o no alguna clase de objetivismo moral. Pero, en cualquier caso, la totalidad de convenciones constitu-

tivas del derecho dejará entonces *indefinido* qué cuenta como contrato inmoral: puede decirse que dichas convenciones dejan librada esa definición a una presunta realidad moral objetiva —si es que se acepta que hablar de ese modo tiene sentido—, o puede decirse que la dejan librada al criterio del aplicador acerca de qué es inmoral; pero lo decisivo es que, en cualquiera de esos casos, no serán eventuales creencias compartidas de la comunidad las que cuenten para definir qué es un contrato inmoral. [...]

Creo que para dar cuenta de una situación como ésta puede ser ilustrativo hablar de una *convención que se autoanula*. Una convención que se autoanula establece al menos cargas de la argumentación—de otro modo inexistentes— para justificar que procede apreciar la concurrencia en el caso concreto de alguna excepción al criterio convencionalmente fijado a la luz de los criterios no convencionales a los que la propia convención se supedita. Pero, precisamente porque se supedita a éstos, de ella no pueden derivarse calificaciones normativas concluyentes para ningún caso individual. Puede decirse, con las palabras de Hart, que en este caso, la regla convencional concluye con un «a menos que...», pero lo decisivo es entender que aquí los puntos suspensivos se rellenarían con criterios *externos* a la totalidad de convenciones relevantes (y, por tanto, desde el punto de vista de dichas convenciones, cualquier decisión que se tome respecto a un caso individual será inevitablemente una elección entre alternativas abiertas, es decir, un ejercicio de discrecionalidad).

Completamente distinta es la situación en la que —volviendo a la primera de las interpretaciones posibles del ejemplo de Raz— se entiende que el derecho no sólo proscribe expresamente los contratos inmorales, sino que las prácticas de los operadores jurídicos incluyen convenciones interpretativas que se consideran definitorias de qué cuenta como tales. En ese caso no procede hablar de una convención que se autoanula. La totalidad de convenciones relevantes no sólo fija, en primer lugar, los «requisitos valorativamente neutros» para la validez de un contrato, sino que fija, además, en segundo lugar, el conjunto de criterios en virtud de los cuales, a pesar de haber quedado satisfechos aquellos requisitos, el contrato será reputado inválido. Aquí podría hablarse, todo lo más, de derrotabilidad del significado *prima facie* atribuible a la formulación normativa correspondiente —lo que no sería sino una forma de aludir al carácter provisional de los pasos intermedios del proceso de identificación del derecho—, o, como dije anteriormente, de la derrotabilidad de nuestras creencias acerca de la validez de un contrato determinado generadas bajo condiciones de información incompleta. Pero el producto final del proceso de identificación del derecho será una norma que permite sin la menor duda derivar calificaciones normativas concluyentes para casos individuales, y de la que, por tanto, no se alcanza a ver qué sentido tendría decir que su fuerza es *prima facie* o que es derrotable.

Me parece que muchos casos de normas jurídicas que a veces se consideran derrotables son en realidad de este último tipo (y por eso, como señalé anteriormente, creo que la genuina derrotabilidad normativa ocupa en nuestras prácticas jurídicas un espacio menor que el que con frecuencia se le atribuye). En muchas situaciones en las que, por la vía de la reducción teleológica, se introducen excepciones en el supuesto de hecho expresamente configurado en una formulación normativa, puede afirmarse que ni se ha transgredido el derecho ni se ha tomado una decisión discrecional en el espacio de indeterminación generado por una genuina norma derrotable —como sucedería si no existiera en relación con ella una regla de clausura respecto a la relevancia—, sino que se trata de excepciones cuya admisibilidad está predeterminada por las convenciones interpretativas existentes. Del mismo modo, dichas convenciones predeterminan múltiples relaciones

de prioridad —en especial, relaciones de prioridad *condicionadas*— entre normas en colisión, lo que hace posible que en muchas ocasiones —aunque, desde luego, no siempre— la llamada «ponderación» de derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional en conflicto no consista en una elección discrecional del aplicador entre alternativas abiertas (un «atribuir peso» a lo que hasta entonces no lo tenía), sino en el seguimiento de un criterio convencionalmente predeterminado (un «reconocimiento» del peso que algo tiene previamente atribuido).

Las genuinas normas jurídicas derrotables se ajustan, en cambio, a la idea de una convención que se autoanula. En el caso de ausencia de una regla de clausura respecto a la relevancia, la calificación normativa de una conducta se hace depender de la concurrencia de ciertas propiedades cuya relevancia está determinada convencionalmente, pero sólo en la medida en que no se juzguen también como relevantes otras propiedades distintas, seleccionadas según criterios que la totalidad de convenciones relevantes deja sin determinar. En el caso de ausencia de regla de prioridad entre dos normas en colisión, hay una determinación convencional de pautas de conducta cada una de las cuales supedita su aplicabilidad a que no proceda en cada caso, según criterios que las convenciones no determinan, dar prioridad a la otra. Por eso, cuando una parte del sistema jurídico se configura como una convención que se autoanula —en el sentido indicado— se ha de reconocer que en ese espacio el derecho queda indeterminado: una norma jurídica derrotable no determina por sí sola de manera completa ninguna decisión particular, porque hay siempre un hiato entre ella y sus aplicaciones que, para ser salvado, requiere inevitablemente ir más allá de la totalidad de convenciones que definen los límites del derecho.

Cabría entonces preguntarse, para finalizar, si la admisión de la posibilidad de que existan normas jurídicas derrotables es compatible con los postulados básicos del positivismo jurídico.

[...] [E]n mi opinión no hay ningún reparo para sostener coherentemente, desde las premisas del positivismo jurídico, que la presencia en el derecho de normas derrotables es contingente; que en un sistema jurídico puede haber a la vez normas derrotables e inderrotables; y que la derrotabilidad de una norma jurídica abre en el derecho un espacio de indeterminación. En cuanto a lo primero y a lo segundo, todo depende —como se ha visto— del modo en que estén configuradas las convenciones que constituyen la práctica jurídica: pero el núcleo irrenunciable del positivismo jurídico es la tesis según la cual el derecho es una realidad convencional, no la pretensión de que las convenciones que lo constituyen tengan cierto contenido en particular (el convencionalismo no dicta *cómo debe ser* el mundo social). Y en cuanto a lo tercero —que la derrotabilidad genera indeterminación—, que el derecho es parcialmente indeterminado es sin duda una tesis típicamente positivista (de hecho, es una consecuencia de la aceptación de la tesis convencionalista y del reconocimiento de que las convenciones tienen límites): pero es obvio que diferentes sistemas jurídicos pueden ser más o menos indeterminados, y el positivismo jurídico no es en modo alguno una teoría acerca del grado de indeterminación que, de hecho, haya de afectar a un sistema jurídico en particular.

Podría pensarse, en todo caso, que lo que un positivista no puede aceptar es la posibilidad de un derecho compuesto *en su totalidad* por normas derrotables, es decir, configurado *en su conjunto* como una convención que se autoanula. Pero ni siquiera me parece claro por qué habría que aceptar esta conclusión. La tesis positivista fundamental de que el derecho es una realidad convencional y no existe más allá de las convenciones es compatible con el hecho de que todo lo que exista sea una convención que se autoanula, como lo sería también, por

cierto, con que no existiera ninguna clase de convención en absoluto (*i.e.*, con que en un lugar y un tiempo dados no existiera el derecho).

Ciertamente, la conclusión de que el derecho no puede estar compuesto en su totalidad por normas derrotables se podría intentar defender de otro modo: no porque semejante posibilidad esté en contradicción con la tesis convencionalista que constituye el núcleo del positivismo jurídico —que, como he dicho, creo que no lo está—, sino a partir de una pura definición estipulativa según la cual un sistema jurídico cuyas convenciones interpretativas fuesen configurándose de un modo tal que todas sus normas llegaran a ser derrotables no podría seguir siendo llamado «derecho» en sentido estricto. Si se acepta una estipulación verbal semejante, la tesis de que el derecho no puede estar compuesto en su totalidad por normas derrotables se vuelve tautológica y, como tal, obviamente inobjetable. Pero no está claro por qué un positivista debería aceptar esa estipulación, ni por qué, eventualmente, debería mantenerla frente a una comunidad de participantes en una práctica semejante que continuara refiriéndose a ella como su «derecho». Porque, ciertamente, acabar dictándole a la realidad social cómo debería estar configurada sería un destino altamente paradójico para una teoría cuyo lema ha sido siempre ocuparse del derecho como es, y no como debería ser (Bayón 2000: 110-117).

1) ¿Le parece que es suficiente, para caracterizar el positivismo jurídico, la tesis de la convencionalidad del Derecho? ¿Y no resulta paradójico considerar que el Derecho es «una realidad convencional» también cuando la convención requiere «ir más allá de la totalidad de convenciones que definen los límites del derecho»? ¿Cómo hay que entender el concepto de Bayón de «una convención que se autoanula»? Dado que él lo vincula a la idea de «cargas de la argumentación», ¿habría que entenderlo en el sentido de que «se autoanula, pero no del todo», esto es, de que hay algo de la convención —la exigencia de justificar la excepción— que sigue vigente?

2) ¿Son tan infrecuentes los supuestos de derrotabilidad genuina como parece suponer Bayón? ¿Lo son —tan infrecuentes— en todas las ramas del Derecho? Dado que Bayón refiere las convenciones a las «creencias compartidas de la comunidad», ¿cabría decir que los supuestos de normas genuinamente derrotables serían aquellos en los que el Derecho —la argumentación jurídica— se abre no a las razones de la moral social, sino de la moral crítica? ¿Y no ocurriría eso en todo el razonamiento jurídico justificativo si uno aceptase una tesis como la de Nino (*vid.* IV,6,D), según la cual las razones (premisas) jurídicas no tienen por sí mismas fuerza justificativa?

5,F) EL PESO DE LAS RAZONES INSTITUCIONALES

En la tipología de las razones que presenta Summers, las razones institucionales ocupan una posición ambigua (*vid.* IV,5 y IV,5,A). Summers entiende que son razones de corrección o razones de fin (por tanto, razones sustantivas) vinculadas a roles o a procesos institucionales específicos. Pero también parece posible conectarlas con la autoridad del Derecho, lo que llevaría a considerarlas más bien como razones formales.

En todo caso, lo importante con respecto a las razones institucionales no es sólo determinar a qué categoría pertenecen (cómo caracterizarlas) y qué razones (en los argumentos judiciales de carácter justificativo) pueden considerarse institucionales, sino también (quizás sobre todo) qué peso debemos atribuir a las razones de este tipo, cuándo son válidas y cuándo derrotan a las razones que compiten con ellas. ¿Y qué pasa si se produce un conflicto entre razones institucionales?

1) A propósito del caso Wanninkhof (*vid.* II,4,C), el magistrado discrepante, y partidario de no anular la sentencia del Tribunal del Jurado, adujo para ello (entre otras) una razón institucional: si la obligación de motivar se interpretase —vino a decir— en el sentido sugerido por la mayoría, se produciría una «reiterada anulación» (fundamento 4) de los veredictos del jurado, o sea, se dificultaría el funcionamiento de esa institución ¿Qué peso le atribuye el magistrado disidente a esa razón? ¿Es una razón válida? ¿Cabría, por ejemplo, decir que a esa razón de la preservación de la institución del jurado se contraponen las razones basadas en el buen funcionamiento de la institución de la motivación? ¿De qué depende, en definitiva, la validez y el mayor o menor peso de las razones institucionales?

2) En un artículo de 2001, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2001; incorporado en Atienza y Ruiz Manero 2009) sostuvieron que la reconstrucción del razonamiento justificativo que habían llevado a cabo en su libro conjunto *Las piezas del Derecho* (en términos de reglas y de principios) presentaba algún déficit por el hecho de que no habían tomado (suficientemente) en consideración la dimensión institucional del Derecho. Por esa razón, a su esquema inicial le añadieron una nueva categoría: la de las normas (en especial, los principios) institucionales. La noción de institución tiene para ellos un sentido eminentemente funcional y subrayan que en el Derecho visto como institución pueden distinguirse las funciones consistentes en regular el mundo externo, pero también las que miran hacia el buen funcionamiento del propio Derecho (y que son una condición para que puedan satisfacerse las otras). Subrayan luego la posibilidad de que las exigencias institucionales se hallen en tensión con las de carácter sustantivo, y sostienen que, en tales casos, las razones institucionales pueden llegar a derrotar (aunque eso no quiere decir que derroten siempre) a las razones sustantivas:

> Esto [tomar en consideración la vertiente institucional del Derecho], naturalmente, implica una rectificación o (si se quiere decirlo en términos más benévolos) un desarrollo de lo que sostuvimos en *Las piezas del Derecho*. Presentábamos en aquel texto el razonamiento jurídico como articulado en dos niveles, el de las reglas y el de los principios, y distinguíamos, dentro de estos últimos, entre principios en sentido estricto y directrices. Pero nuestra consideración quedaba limitada a lo que aquí hemos llamado principios sustantivos en sentido amplio y no integraba las exigencias, los principios, derivados de la dimensión institucional del Derecho. Esta manera de presentar las cosas reflejaba, a nuestro juicio

presente, solamente una parte del juego del Derecho, la que tiene que ver con el Derecho como una institución que trata de ordenar el mundo exterior a ella misma de una cierta manera, pero dejaba fuera otra parte del mismo juego, la que se refiere al Derecho en cuanto institución que mira hacia sí misma. Para integrar esta parte hay que empezar por admitir que, en el nivel de los principios, no existe sólo un razonamiento en términos sustantivos. Después de llevada a cabo esa fase (hablamos siempre en términos de reconstrucción racional, no en términos de un proceso psicológico), el resultado a que se llegue debe ser sometido a un nuevo test: el de los principios o las razones institucionales. Muchas veces (digamos en la mayoría de las ocasiones) ellos no suministran razones para otra decisión, o bien las razones que ofrecen no tienen suficiente peso como para desplazar la solución a la que se ha llegado desde los principios sustantivos. Otras veces, los principios institucionales suministran argumentos que refuerzan la decisión tomada de acuerdo con los principios sustantivos. Y, en algunos casos, los principios institucionales pueden tener peso suficiente como para (justificadamente) modificarla (Atienza y Ruiz Manero 2009: 30-31).

¿Está de acuerdo con esta manera de ver la dimensión institucional del Derecho? ¿Se desprende de la misma algún criterio sobre qué peso debe atribuirse a las razones institucionales (en relación con las sustantivas)?

5,G) LAS FUENTES DEL DERECHO Y LAS NORMAS DE ORIGEN JUDICIAL

Desde el punto de vista argumentativo, las fuentes del Derecho son los materiales que un jurista puede (o debe) utilizar como premisa de sus razonamientos (justificativos); o, mejor dicho, como premisa normativa: cumplen por ello —como señala Josep Aguiló (2012)— tanto el papel de identificar el Derecho como el de «darle unidad», esto es, contribuir a que pueda haber para cada caso una solución jurídicamente justificada, la «solución según el Derecho»; las fuentes, en este último sentido, son «razones relevantes que quien decide puede alegar a favor de la decisión considerada correcta».

En su trabajo *Fuentes del Derecho*, que es, en parte, una síntesis y, en parte, una reelaboración de su anterior libro *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)* (Aguiló 2012 y 2000), Josep Aguiló analiza desde una perspectiva fundamentalmente argumentativa diversos tipos de fuentes frecuentes en nuestros ordenamientos jurídicos: la ley (como ejemplo de fuente-acto), la costumbre (de fuente-hecho), las normas de origen judicial (precedentes y jurisprudencia) y lo que él llama el «Derecho implícito», o sea, las normas que son producto de la elaboración doctrinal del propio Derecho mediante el método jurídico.

A propósito de las normas de origen judicial, después de explicar la diferencia entre precedente y jurisprudencia, Aguiló muestra por qué es «casi» inevitable que exista ese tipo de normas (de fuentes del Derecho):

7.3. *El modelo del precedente y el modelo de la jurisprudencia*. A grandes rasgos, puede hablarse de dos modelos básicos de incorporación de normas de origen

judicial al Derecho objetivo: el modelo del precedente (propio de los sistemas jurídicos de *common law*) y el modelo de la jurisprudencia (característico de los sistemas de *civil law*). Es importante darse cuenta de que ambos modelos pueden estar presentes en ambos tipos de sistemas jurídicos: el modelo del precedente no es completamente extraño a los sistemas de *civil law* y el apoyo institucional que un precedente recibe en los sistemas de *common law* genera también líneas jurisprudenciales.

La doctrina del *stare decisis* o del precedente puede definirse del siguiente modo: «Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión...». Es decir, la *ratio decidendi* (la razón, el criterio o norma) que resuelve el caso vincula en el futuro al tribunal que la ha utilizado y a los tribunales inferiores. Esta doctrina deja sólo tres alternativas al juez que debe decidir en el futuro: *a*) declarar y aplicar el precedente ya existente (*declare*); *b*) distinguir su caso (mostrar que difiere del anterior en alguna propiedad relevante) y apartarse del precedente (*distinguish*); y *c*) si el precedente no lo hubiera establecido un tribunal superior, anularlo por mal decidido (*overrule*).

En la tradición jurídica del *civil law* se habla de «jurisprudencia» para referirse al conjunto de las sentencias judiciales; pero lo importante es que no se las ve sólo como documentos en los que se declara el Derecho existente, ni como meras fuentes de normas individuales (dirigidas a las partes del proceso), sino como un conjunto de documentos del que se pueden extraer o inferir normas jurídicas generales. Es decir, que en esos documentos se contiene parte del Derecho objetivo. Este modelo supone que la incorporación al Derecho objetivo de las normas que los jueces utilizan (y que no se han incorporado por otra vía) se produce por la *reiteración* de decisiones que recurren a un mismo criterio o estándar. Por ello, dentro de la tradición continental es común recurrir a la expresión «línea jurisprudencial» en lugar de la de «precedente». Con respecto a este modelo, la noción de jerarquía judicial juega también un papel importante. La jurisprudencia «obligatoria» se extrae de las sentencias de los tribunales superiores, los situados en la cúspide judicial. A estos tribunales se les confiere poder no sólo para ser la última instancia en la impartición de justicia, sino además y principalmente para unificar «doctrina jurisprudencial». Los criterios que ellos utilizan para resolver los casos individuales tienen, pues, una dimensión de generalidad vinculada no sólo a exigencias de racionalidad e igualdad, sino también de poder y de competencia.

[...] En mi opinión, la clave para entender la presencia —casi inevitable— de normas de origen judicial dentro de nuestros órdenes jurídicos está en entender bien los aspectos de justificación del fallo presentes en la sentencia. Tratemos, pues, de aclarar algunos presupuestos.

7.4. *La justificación del fallo.* En relación con la fundamentación del fallo suelen reiterarse dos lugares comunes. El primero es que, dado que los jueces tienen el deber de resolver los casos aplicando normas preexistentes (el Derecho objetivo), la fundamentación consistirá en mostrar que el fallo es el resultado de aplicar dichas normas. El segundo lugar común es que el razonamiento justificativo sigue el esquema del llamado «silogismo judicial». [...] Estos dos lugares comunes no es que sean falsos —son ciertos—, pero combinados entre sí e interpretados de manera ligera pueden acabar ocultando diferencias fundamentales entre las normas del Derecho objetivo (*las normas que el juez tiene el deber de aplicar*) y la norma que el juez aplica (*la norma que sirve de premisa mayor o nor-*

mativa de su razonamiento) y, en consecuencia, impidiendo ver en qué consiste la creación judicial de normas jurídicas.

Las normas del Derecho objetivo (las normas generales que el juez tiene el deber de aplicar) presentan dos propiedades sobresalientes: 1. Son normas jurídicas que mantienen relaciones sistemáticas de muy diversa naturaleza con otras normas que pertenecen también al Derecho objetivo. 2. Las consecuencias jurídicas previstas en las normas del Derecho objetivo son siempre *prima facie*, siempre pueden ser derrotadas por otras normas en el momento de su aplicación.

La norma que el juez aplica (la premisa mayor de su razonamiento justificativo), a diferencia de las normas del Derecho objetivo, no tiene ese carácter de *prima facie*: es la norma aplicable «consideradas todas las cosas» (es decir, vistas todas las propiedades del caso y revisado todo el orden jurídico). En este sentido, la consecuencia jurídica que ella prevé es absoluta, no relativa (o, dicho en otras palabras, es definitiva). Esta diferencia entre unas y otras normas está siempre presente. El tránsito de norma del Derecho objetivo a premisa normativa de un razonamiento justificativo comporta siempre como mínimo ese cambio de *prima facie* a «consideradas todas las cosas». La decisión de usar una norma para resolver un caso implica ese cambio. Ello es así porque la norma que opera como premisa de un razonamiento jurídico acabado tiene la fuerza del Derecho, del orden jurídico en su conjunto. En el momento de la aplicación, la diversidad de normas del Derecho objetivo se transforma, como hemos visto, en la unidad del Derecho.

En muchas ocasiones, al decidir los casos, los jueces tienen que afrontar problemas de indeterminación del Derecho objetivo. Para resolver estos problemas, usan múltiples y variados criterios con el fin de llegar a formular (y justificar) la norma con la que resuelven el caso. *Estos criterios junto con la (por así decir, «nueva») norma son los candidatos para llegar a ser normas de origen judicial*. Todo ello les lleva (o debería llevarles) a desplegar una intensa actividad argumentativa destinada a *justificar* las decisiones que toman.

En el contexto de aplicación del Derecho —aunque no sólo en él— justificar una decisión requiere la utilización de una norma universal (es decir, una norma formulable mediante un cuantificador universal en la forma de «para todo *x*, tal que *x* reúna las propiedades *a*, *b*, *c*...»). [...] Afirmar de una decisión que satisface el requisito de la universalidad (esto es, que es universalizable porque se funda en una norma universal) supone reconocer que esa decisión tiene implicaciones hacia el futuro. O dicho en otros términos, la universalidad presupone el *compromiso* de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido. Para explicar este compromiso hacia el futuro puede recurrirse a dos expedientes distintos, aunque íntimamente relacionados entre sí. El primero de ellos supone ver la universalidad como condición de posibilidad de cualquier discurso racional, sea éste teórico o práctico. El segundo supone ver la universalidad como condición de la igualdad formal en el ámbito normativo. En efecto, desde la primera perspectiva, el compromiso representado por la universalidad puede expresarse recurriendo a las palabras de Robert Alexy: «Si se aplica un predicado *F* a un hecho (objeto u evento) *a* se debe estar dispuesto a aplicar *F* a cualquier otro hecho igual a *a* en todos los aspectos relevantes». Así, por ejemplo, puede decirse que una proposición como «*X* es rojo» implica la proposición «todo lo que es como *X* en los aspectos relevantes es rojo», porque, en otro caso, «rojo» no significaría nada y la comunicación devendría imposible. Desde la segunda perspectiva, la valorativa, el requisito de la universalidad se nos presenta como una condición de la igualdad formal. La igualdad formal supone que todos los que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de la misma manera. En

este contexto, el compromiso que supone hacia el futuro la universalidad es el de la igualdad de trato. Si desde la primera perspectiva vulnerar las implicaciones de la universalidad desemboca en la irracionalidad, desde la segunda desemboca en la arbitrariedad (la arbitrariedad no es otra cosa que la violación del principio de universalidad en el ámbito normativo).

Si para justificar una decisión el juez debe invocar una norma universal y ello supone un compromiso hacia el futuro, entonces una vez que el juez ha resuelto un caso, ha adquirido un compromiso de resolver del mismo modo los casos futuros iguales al caso ya decidido. Y si no lo ha adquirido es que no ha justificado (todo lo más habrá simulado que justificaba). Justificar no es sólo una cuestión de palabras. Por ello, puede decirse que, en la medida en que el Derecho objetivo haya permanecido estable (no haya cambiado), un juez que tiene que resolver un caso semejante a otro caso anterior ya resuelto se encuentra, so pena de incurrir en irracionalidad o arbitrariedad, exclusivamente ante las siguientes tres alternativas aceptables: *a*) resolver el nuevo caso de la misma forma que el caso anterior; *b*) mostrar que el nuevo caso, a pesar de sus semejanzas con el caso anterior, presenta alguna propiedad relevante que lo hace diferente del anterior y que, por tanto, requiere una solución distinta; y *c*) mostrar que el caso anterior estuvo mal resuelto y que, en consecuencia, la norma universal aplicable no es la que allí se establecía, sino otra alternativa (Aguiló 2012).

1) ¿Coincide la distinción que aquí traza Aguiló entre precedente y jurisprudencia con la señalada por López Medina entre «precedente vinculante» y «jurisprudencia indicativa» (*vid.* I,4,B)?

2) Aguiló aclara que su presentación explicativa-justificativa de las normas de origen judicial «toma como supuesto base la racionalidad del precedente», pero eso se debe a que, en su opinión, «el autoprecedente está en la base de todas las ideas legitimadoras de la jurisdicción entendida como práctica». ¿Qué quiere decir con ello? ¿Simplemente que el principio de universalidad es requisito necesario para poder hablar de justificación de las decisiones judiciales? ¿Cómo dar el paso del auto-precedente (o precedente horizontal) a los precedentes verticales y a la jurisprudencia?

5,H) AUTORIDAD Y AUTORIDADES

El artículo de Frederick Schauer «Authority and authorities» (Schauer 2008) está motivado por la tendencia de los últimos años en los tribunales estadounidenses a citar cada vez más Derecho extranjero e internacional. Eso le lleva a plantear el problema de qué debe entenderse por autoridad y a distinguir diversos tipos de razones autoritativas en el Derecho; así, por ejemplo —subraya Schauer—, el que algo sea una razón (autoritativa) no significa que sea por ello concluyente o absoluta. Autores como Posner o jueces (de la Corte Suprema) como Scalia se han opuesto a esa práctica de citar fuentes ajenas al Derecho estadounidense; Schauer considera que eso se debe al temor de que lo que empieza siendo considerado como una fuente simplemente legítima (opcional), se convierta en obligatoria. La tesis fundamental de Schauer puede sintetizarse así: lo que en un plano superficial parece ser una simple discusión sobre citas es, en realidad, en un

plano más profundo, una cuestión sobre qué es lo que puede contar como Derecho y una cuestión sobre el propio concepto de Derecho:

> Mi objetivo aquí, en una buena medida, es el de conectar la idea aparentemente trivial de las citas con cuestiones bastante menos triviales acerca de la autoridad y, por ello, con las cuestiones bastante más profundas acerca de lo que es una fuente de Derecho y finalmente de lo que es el Derecho mismo. Si el Derecho es una práctica autoritativa, entonces hay mucho de esa práctica que depende de quiénes y de qué sean las autoridades. ¿Por qué lo son la Corte Suprema y el Congreso de los Estados Unidos, pero no el presidente y los *fellows* del Harvard College (el nombre formal del órgano directivo de la Universidad de Harvard) o el consejo editorial del *New York Times*? ¿Por qué la Comisión Federal de Comercio, pero no el consejo de directores del Wal-Mart? ¿Por qué Loss & Seligman pero no Marx y Engels? ¿Por qué la *Harvard Law Review* pero no el *Village Voice*? ¿Por qué los escritos de Thomas Jefferson pero no los de Jefferson Davis?
>
> Es interesante que ninguna de las cuestiones retóricas de los parágrafos anteriores sean estrictamente retóricas. Al menos en los tribunales estadounidenses, la práctica de las citas está ahora sometida a un rápido cambio, y hemos visto un gran incremento no sólo de citas de fuentes no estadounidenses, sino de fuentes que no hace muchos años habrían sido rechazadas burlonamente como «no-jurídicas». Pero este cambio no refleja exactamente un cambio en la práctica de las citas. Refleja un cambio en qué es lo que cuenta como un argumento *jurídico*; y lo que cuenta como un argumento jurídico —en cuanto opuesto a uno moral, religioso, económico o político— es el principal componente para determinar precisamente lo que es el Derecho. Para decirlo con claridad, lo que sostengo aquí no es que la práctica de las citas, y la cuestión más amplia de lo que es una buena autoridad jurídica y lo que no lo es, sea un marcador o indicador de lo que es el Derecho. Lo que sostengo no es (sólo) algo del tipo del «canario del minero»[9]. Sino que lo que cuenta como una buena autoridad jurídica es el elemento determinante y no un indicador de lo que es el Derecho. Tanto el lenguaje como las modalidades de toma de decisión del Derecho dan valor a lo pre-existente, y las citas es la manera del Derecho de justificar sus conclusiones en esta forma típica que supone tanto un incremento como un mirar hacia atrás. Puede ocurrir, por ello, que una mayor atención a las disputas contemporáneas y no tan contemporáneas acerca de las citas y de la naturaleza de las autoridades jurídicas de carácter permisivo dé lugar a una visión más profunda de lo que es el Derecho y de su forma característica de operar (Schauer 2008: 1960-1961).

1) El texto de Schauer puede servir de ejemplo de abordaje del problema de las fuentes del Derecho desde una perspectiva argumentativa: qué puede servir como premisa de un razonamiento jurídico y cuál es su fuerza. Los tribunales latinoamericanos (en contraste con los españoles) son muy abiertos en sus citas. ¿A qué cree que se debe esa diferente actitud? ¿Qué ventajas e inconvenientes puede tener cada uno de esos estilos argumentativos?

2) ¿Es o no irracional aceptar autoridades? ¿Por qué?

9. O sea, que cumpla una función de aviso; los canarios eran usados en las minas para detectar anticipadamente una emanación de gas.

5,I) DOS SENTENCIAS SOBRE ESTERILIZACIÓN DE INCAPACES

La sentencia del juez Oliver W. Holmes que probablemente haya recibido más críticas, al menos en los últimos tiempos, es la que la Corte Suprema de los Estados Unidos dictó, en 1927, declarando constitucional la esterilización obligatoria de los deficientes mentales, y de la que Holmes fue ponente. Lo que se discutía en el caso Buck *vs.* Bell era la constitucionalidad de una ley del estado de Virginia dictada en 1924 y que, en la onda del movimiento eugenésico de la época, autorizaba ese tipo de actuación. Carrie Buck era una mujer joven que había tenido una hija ilegítima (de soltera) y vivía en una Residencia Estatal para Epilépticos y Retrasados Mentales. Supuestamente (de acuerdo con los hechos considerados probados en el caso), era retrasada mental, al igual que su madre y su hija. (Sin embargo, al cabo de muchos años pudo comprobarse que ni ella ni su hija eran deficientes mentales, aunque sí mujeres pobres; por lo demás, la hija que Carrie había tenido —en 1924, cuando contaba 17 de edad— había sido fruto de una violación). La residencia había acordado, en aplicación de la ley, que se le practicase la ligadura de trompas. Hubo un juez que disintió de la opinión de la mayoría, pero no fundamentó su voto.

Muchas décadas después, en 1994, el Tribunal Constitucional español dictó una sentencia (en una cuestión de constitucionalidad promovida por un juzgado de primera instancia de Barcelona) que declaraba constitucional una modificación del Código Penal (de 1989) que literalmente establecía (art. 428.2): «Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz». Se cambiaba con ello la situación anterior en la que era imposible (pues se castigaba penalmente) que se pudiese practicar en ningún caso la esterilización de una persona incapaz. Hubo cinco votos particulares: uno concurrente; dos que se apartaban del criterio de la mayoría, pero sólo porque las garantías previstas por la ley les parecían a los magistrados insuficientes; y otros dos que discrepaban radicalmente del criterio mayoritario.

A)

SENTENCIA BUCK *VS.* BELL (1927)

Estamos ante un recurso contra una sentencia del Tribunal Supremo de Apelaciones de Virginia, que confirmó una sentencia anterior del Tribunal del Condado de Amherst. Se trata de que la parte recurrida, el Director de la Residencia Estatal para Epilépticos y Retrasados Mentales de Lynchburg, ordenó practicar la esterilización a Carrie Buck, la recurrente, con el visto bueno del Consejo Asesor de dicha residencia. Para fundamentar su recurso, la señora Buck sostiene que la ley de Virginia que autorizó la intervención es inconstitucional por pri-

varla de los derechos, reconocidos en la 14.2 Enmienda, al proceso debido y a la protección de las leyes en condiciones de igualdad.

Carrie Buck es una mujer de raza blanca y retrasada mental (*feble minded*), que fue internada en la Residencia Estatal para Epilépticos y Retrasados Mentales a que se acaba de aludir. Ha tenido un hijo ilegítimo también retrasado. Su madre es retrasada mental, y vive en la misma institución. Carrie Buck tenía dieciocho años cuando su caso se vio ante el Tribunal del Condado, a finales de 1924. Una ley de Virginia de 20 de marzo de 1924 establece que la salud de los pacientes y el bienestar de la sociedad pueden alcanzarse, en ciertos casos, mediante la esterilización de las personas con deficiencias mentales. La esterilización se podrá realizar en varones por medio de la vasectomía y en las mujeres por medio de la ligadura de trompas, en todo caso sin dolor relevante ni peligro serio para la vida. La ley añade que la sociedad está acogiendo a deficientes mentales que, si fuesen devueltos a la vida normal, representarían una amenaza, pero si se les incapacita para procrear, podrían regresar a sus hogares con normalidad y subsistir por sí mismos. Asimismo, esta ley afirma que la experiencia demuestra que la herencia genética es determinante en la transmisión de las deficiencias mentales. Por ello autoriza a los Directores de estas instituciones (incluyendo, por tanto, la Residencia Estatal para Epilépticos y Retrasados Mentales de Lynchburg) a ordenar la esterilización de enfermos con deficiencias transmisibles hereditariamente, naturalmente, adoptando las medidas a que la propia norma obliga con el fin de protegerles de un uso abusivo de esta posibilidad.

El Director presenta su solicitud al Consejo Asesor del centro o del hospital, exponiendo por escrito en una declaración jurada (*affidavit*) los hechos y las razones que la fundamentan. Al enfermo afectado, y a su tutor, se les comunica la solicitud y se les convoca a la reunión del Consejo Asesor. Si no tiene tutor, el Director pedirá al Tribunal del Condado que nombre uno. Si el enfermo es menor de edad, se convoca también a los padres. El Consejo vela por que el enfermo, y si éste lo desea, también su tutor, asistan a la reunión. Se levanta acta de lo que se decida, y tras la decisión favorable o desfavorable a la intervención quirúrgica, el Director, el enfermo o el tutor pueden impugnarla ante el Tribunal del Condado. Este Tribunal, a la vista del expediente, del acta y de las pruebas médicas, puede solicitar la práctica de más pruebas, y resolverá si confirma, rectifica o anula la decisión del Consejo, en función de lo que crea más justo. Por último, las partes pueden apelar ante el Tribunal Supremo de Apelaciones. Si el recurso se admite a trámite, el Tribunal conocerá del fondo del asunto, examinando todo material probatorio disponible.

No hay duda de que, desde el punto de vista procedimental, los derechos del paciente quedan escrupulosamente garantizados. Cada paso que se da se toma de acuerdo con lo que prevé la ley, y las decisiones se toman después de meses en los que el paciente ha estado en observación médica. Es, pues, evidente que a la recurrente no se la ha privado del derecho al proceso debido.

La discrepancia de la señora Buck no está en los aspectos procedimentales, sino en cuanto al fondo. La recurrente parece partir de la base de que en ningún caso es legítima la esterilización. También que la solicitud en tal sentido del Director, aprobada por el Consejo Asesor, no está justificada a la vista de las circunstancias. Para ordenar la esterilización, la decisión del Consejo Asesor declaró probados los hechos antes mencionados, y sostuvo que la señora Buck «tiene muchas posibilidades de ser madre de hijos socialmente inadecuados, verosímilmente enfermos, de manera que puede ser esterilizada sin menoscabar su salud y protegiendo al mismo tiempo su bienestar y el de la sociedad en general». A la vista de lo que dispone la ley del año 1924 y de las actuaciones practicadas en las

dos instancias anteriores, no cabe de ninguna manera afirmar que la decisión del Consejo Asesor carece de apoyo fáctico y legal. Siendo ello así, si el fundamento existe, el resultado está justificado. En más de una ocasión se ha comprobado que el bienestar de la sociedad requiere que los mejores ciudadanos den la vida por ella. Carecería entonces de sentido que no se pudiese exigir un sacrificio mucho menor a quienes ya debilitan a la sociedad, para evitar que seamos derrotados por los incapaces. Máxime cuando estas personas a menudo no van ni siquiera a percibir dicho sacrificio. Lo mejor para todo el mundo, en lugar de esperar a que las nuevas hornadas de degenerados cometan crímenes, o a que se mueran de hambre a causa de su retraso mental, es evitar que tengan descendientes aquellos que son manifiestamente incapaces para procrear y cuidar de sus hijos. El principio que autoriza la vacunación obligatoria es lo bastante amplio para incluir la ligadura de trompas (al respecto, Jacobson *vs.* Massachusetts [1900]). Ya está bien con tres generaciones de imbéciles.

Sin embargo, la señora Buck alega que este razonamiento, que reconoce tal vez correcto desde un punto de vista general, no lo es si se aplica sólo a aquellas personas que están internadas en las instituciones de que estamos hablando y no al conjunto de la población. Afirmaciones de este tipo son frecuentes como último recurso para intentar convencer a los tribunales. La respuesta que hay que dar a ellas es que el Derecho hace lo que es preciso hacer cuando es preciso hacerlo, indica una línea de actuación, es vinculante para todos aquellos a quien se dirige, e intenta ser aplicado a todas las personas o situaciones en circunstancias similares. Naturalmente, la igualdad que se persigue, y a que obliga la Constitución, se alcanzará de forma más clara en la medida en que las personas que se sometan a la esterilización vuelvan a la vida normal en sus hogares y, por tanto, en la medida en que las instituciones y residencias puedan acoger a otras personas.

Se confirma la sentencia recurrida (Beltrán y González [2]2006: 212-215).

B)

La sentencia del Tribunal Constitucional español (215/1994, de 14 de julio), mucho más extensa que la de Holmes, comienza, en la parte de los fundamentos jurídicos (1 y 2), delimitando la cuestión de constitucionalidad: no se trataría propiamente de una colisión de derechos fundamentales y de justificar la limitación de uno de ellos, sino de determinar si las garantías que la ley establece para realizar la esterilización son satisfactorias. En el fundamento siguiente se argumenta que el conjunto de los requisitos legales (intervención judicial, solicitud del representante legal, padecimiento grave e intervención del Ministerio Fiscal) son suficientes para asegurar que lo que se persigue es el bien del incapaz. Luego, en el fundamento 4, el Tribunal razona por qué la intervención en la integridad física del incapaz que supone la esterilización, y tal y como la establece la norma sometida a examen, está justificada y es proporcional. En el fundamento 5 se rechazan diversas objeciones presentes (explícita o implícitamente) en el auto del juez que planteó la cuestión de inconstitucionalidad: que la esterilización suponga un trato inhumano o degradante; que el fin pudiese alcanzarse mediante otras medidas menos lesivas. Y en el fundamento 6 se argumenta que la medida no va en contra del artículo 49 CE que establece el deber de amparar a los disminuidos psíquicos en el disfrute de sus derechos. He aquí algunos fragmentos de la sentencia:

1. [...] Este Tribunal ha de limitarse, pues, a despejar la duda de constitucionalidad que se le plantea y que está referida a que la norma cuestionada [el mencio-

nado artículo 428.2 del CP] se opone al derecho fundamental proclamado en el art. 15 de la Constitución, en cuya virtud «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a [...] tratos inhumanos o degradantes». [...]

[E]l auto [...] señala otras medidas que podrían adoptarse para la finalidad pretendida por la norma sin llegar al extremo de la esterilización, como la vigilancia por los guardadores del incapaz o incluso la interrupción del embarazo [...] y termina planteando la cuestión en los siguientes términos: la esterilización de los incapaces es medida objetivamente vejatoria y contraria a su integridad física constitucionalmente protegida; la medida es desproporcionada y no aparece inspirada por ningún noble propósito, ni encaminada al beneficio del incapaz. [...]

El auto cierra su argumentación con las siguientes palabras: «Otorgar la posibilidad teórica de obtener la esterilización de los incapaces —evidente trato inhumano y degradante para el que el legislador exige siempre el consentimiento consciente de la persona—, supliendo esta falta por el consentimiento de los tutores, es, a juicio de este Magistrado, notoriamente inconstitucional».

El núcleo de la cuestión planteada está, pues, referido a la posibilidad o imposibilidad de arbitrar una fórmula que, sin vulnerar el artículo 15 de la Constitución, permita suplir o sustituir el consentimiento consciente de las personas capaces por una autorización judicial que, a solicitud de los representantes legales y ante la imposibilidad de ser prestada por una persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cumpla la misma finalidad despenalizadora que se establece en la primera parte del párrafo segundo del artículo 428 del CP para las personas capaces[10].

2. [...] Pero el supuesto planteado en el presente caso, no estimar punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, no plantea realmente una colisión entre derechos fundamentales de la persona, pues el propio precepto arranca de que el consentimiento de ésta libre y expresamente emitido, exime de responsabilidad penal la práctica de la esterilización. [...] [E]l inciso cuestionado del artículo 428 del CP no plantea realmente un problema de posible vulneración del artículo 15 CE en lo concerniente al derecho «a la integridad física y moral» —aunque ciertamente afecta a ese derecho—, sino que tiene una dimensión diferente: precisar si el derecho a la autodeterminación que a las personas capaces reconoce el párrafo segundo del artículo 428 del CP, es susceptible de ser otorgado también a solicitud de sus representantes legales y en los términos que establece el inciso cuestionado, a las personas incapaces que, a causa de una grave deficiencia psíquica, no pueden prestar un consentimiento válido.

[...] [L]o que este Tribunal tiene que ponderar principalmente [...] es la [cuestión] relativa a las garantías que la norma establece para que la autorización judicial, llamada a sustituir el consentimiento de las personas capaces, vaya precedida de requisitos suficientes para que la misma esté justificada en interés prioritario y realmente único del propio incapaz.

10. Ahí se dice que «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior [en el que se establece que las penas en los delitos de lesiones se impondrán, aunque mediare el consentimiento del lesionado] el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizada por facultativos».

3. Sobre las garantías que la norma establece, lo primero que hay que decir [...] es que tal disposición, referida siempre a un supuesto concreto y excepcional, excluye radicalmente cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos, ya que la prevista en el precepto sólo puede autorizarse a solicitud de parte legítima por el Juez. [...]

La solicitud de quienes ostenten la representación legal del incapaz [...] es la segunda garantía o requisito [...] [L]a necesaria iniciativa de los representantes legales del incapaz asegura que la medida no responderá a intereses o directrices exclusivos de los poderes públicos; la autorización del Juez garantiza que no responderá a intereses espurios de los referidos representantes.

En tercer lugar [...] La deficiencia psíquica del incapaz cuya esterilización se interesa debe ser una deficiencia «grave» y, consecuentemente, generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal cuya autorización su representante legal promueve. La grave deficiencia psíquica ha de ser verificada por el juzgador no sólo a través de los dictámenes de los especialistas que exige el precepto, sino también por la propia exploración judicial del incapaz.

Finalmente, el procedimiento en el que ha de resolverse el otorgamiento o denegación de la autorización solicitada cuenta con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal. [...]

[La intervención de la familia, del juez y del Ministerio Fiscal] permite afirmar que tales garantías son suficientes para conducir a una resolución judicial que, sin otra mira que el interés del incapaz, favorezca sus condiciones de vida.

Podrá entenderse que a dichas garantías debieran añadirse otras que, como el carácter irreversible de la enfermedad psíquica del incapaz o que la esterilización se lleve a cabo mediante un procedimiento o técnica médica que la haga reversible, garantizasen mejor la grave medida cuya autorización se encomienda a la autoridad judicial, pero lo cierto es que ni el precepto impide que tales circunstancias u otras posibles se tengan en cuenta por el Juez como motivos de su decisión, bien para otorgarla, o bien para denegarla; ni corresponde a este Tribunal otra función que la de determinar si las garantías previstas por el legislador son o no suficientes desde el punto de vista constitucional para permitir la esterilización de los incapaces. Si lo son, como entendemos que ocurre en el precepto cuestionado, no podemos, asumiendo competencias que corresponden a otros poderes del Estado, suplir lo establecido por el legislador, ni concretar cómo ha de interpretarse judicialmente el precepto. Nos basta con determinar, en este último aspecto, que la norma, por la importancia del supuesto que contempla, no es susceptible de una interpretación extensiva que permita convertir en una apertura general lo que está previsto para supuestos rigurosamente excepcionales.

4. Es indudable que la esterilización cuya autorización contempla la norma que examinamos afecta, en cuanto no puede existir el ejercicio de una voluntad propia, al derecho fundamental a la integridad física que consagra el artículo 15 de la Constitución a los deficientes psíquicos. [...]

El órgano proponente cuestiona la licitud constitucional de que quepa sustituir por esta autorización judicial aquel consentimiento de imposible prestación en un supuesto de «disminución de la integridad» de las personas como es la esterilización. Ésta, así, nunca sería admisible, toda vez que no cabe su aceptación por el sujeto al que habría de afectar.

Mas tal objeción, que excluiría a los incapaces de una posibilidad que se otorga a las personas capaces, resulta inaceptable porque llevada a sus últimas consecuencias lógicas, conduciría a rechazar cualquier tratamiento médico —y

sobre todo una intervención quirúrgica ablatoria— indispensable para la vida o simplemente beneficiosa para la salud de los deficientes psíquicos graves. [...]

[L]a finalidad de esa norma [el mencionado art. 428 CP], tendente siempre en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándola en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece, permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines.

a) Lo primero —la justificación— porque la esterilización del incapaz, por supuesto sometida siempre a los requisitos y garantías ya examinados [...] le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10.1 CE) y a su integridad moral (art. 15.1 CE), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica. [...]

b) Cuestión distinta es que la posición controvertida [...] sea, además, lícita desde la vertiente de su proporcionalidad, es decir, que la intervención corporal prevista sea necesaria para conseguir el fin legítimo que la inspira y que no entrañe otras consecuencias [...] que la privación a ser posible reversible [...] de sus potencialidades genéticas.

[...] Pues bien, analizada desde este prisma [el de una anterior sentencia del Tribunal que establece como ingrediente del test de proporcionalidad el evitar resultados especialmente gravosos o desmedidos] la norma cuestionada, es claro que entre la finalidad perseguida por el legislador y el medio previsto para conseguirla, hay esa necesaria proporcionalidad porque el resultado, ciertamente gravoso para el incapaz, no resulta desmedido para alcanzar en condiciones de seguridad y certeza la finalidad que se persigue. Si los fines son legítimos, no puede tacharse de desproporcionada una medida que, como la esterilización, es la más segura para alcanzar el resultado que se pretende. [...]

5. [...] [S]ólo nos resta aludir a las objeciones y a otras posibles medidas menos drásticas a las que se refiere el auto en su planteamiento:

A) En primer lugar, debe rechazarse que, en modo alguno, la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia física merezca la consideración que se afirma en el auto de planteamiento, del trato inhumano o degradante que prohíbe el artículo 15 CE. [...] nada de esto [los rasgos con los que en anteriores sentencias el Tribunal los había caracterizado: «causación, sean cuales fueran los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente] ocurre en el supuesto de esterilización de deficientes previstas en el artículo 428 del CP, como tampoco en el de la esterilización voluntaria de personas capaces mayores de edad contemplada en el mismo artículo. [...]

B) El Juez proponente sostiene como alternativa al precepto cuestionado la normal vigilancia de los guardadores de la incapaz en orden a prevenir su gravidez y, en último término, el recurso al aborto, admitido en nuestra legislación para los supuestos de embarazo que sea consecuencia de una violación [...] mas [...] su argumento no resulta aceptable. [...] [N]i todo acceso carnal con una deficiente grave constituye violación [...], ni cabe considerar seriamente como alternativa razonable a la esterilización la práctica del aborto, que es una medida más traumática. [...]

De otro lado [...] La vigilancia a que alude el cuestionante únicamente será legítima, pues, para prevenir cualquier forma de abuso sobre el deficiente o cualquier daño a su salud, no para impedir el ejercicio de su sexualidad.

C) Otras posibles medidas anticonceptivas que, aunque no se citan en el auto de planteamiento, podrían entenderse implícitamente comprendidas en su argumentación [...] no ofrecerían la misma seguridad y certeza. [...]

6. Un último punto a tratar es el de la compatibilidad entre la previsión legal cuestionada y lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución [...] A este respecto tenemos que decir [...] que la medida arbitrada por los poderes públicos, en este caso por el legislador, no se aparta o contradice la finalidad del artículo 49 CE, puesto que contribuye, en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a la de las personas capaces.

C)

Uno de los dos magistrados que se manifestaron radicalmente en contra de la sentencia (José Gabaldón) justificaba, en esencia, así su postura:

1. El derecho a la integridad corporal, reconocido en el art. 15 de la Constitución Española (como «derecho a la integridad física y moral») es uno de los derechos básicos, esenciales, de la personalidad, también denominados derechos innatos o inalienables y que son objeto de protección máxima. [...]

2. [...] La cuestión se plantea, pues, en relación con las condiciones de la despenalización de una conducta que es en sí misma delictiva. [...]

Debe, sin embargo, partirse de una esencial afirmación: el incapaz es un ser humano que, como tal, tiene derecho a su integridad física. La conducta que deja de ser punible y, por tanto, se legitima no puede ni siquiera ser consentida por el sujeto pasivo, por ser éste incapaz. Lo que se legitima, pues, es esa lesión física, autorizada por terceros: el representante legal que la solicita y el Juez que la autoriza, supliéndose así la incapacidad. Entiendo, sin embargo, que no puede ser suplida la incapacidad para permitir la lesión de un derecho esencial de la personalidad, como es el de la integridad corporal, considerado como irrenunciable y no susceptible de disposición, dada su naturaleza.

Por otra parte, es en beneficio del propio sujeto como el Derecho arbitra las medidas que suplen su incapacidad y no cuando se trata de permitir el perjuicio patente que significa la lesión de su integridad corporal.

3. La sustitución de la voluntad del incapaz por la de terceros no guarda en el caso ni siquiera proporcionalidad. [...] El bienestar del disminuido psíquico, aparte la relatividad de ese concepto, no es un derecho fundamental [...] El fin sociofamiliar, aleatorio y más bien teórico, carece asimismo de la fuerza suficiente para parangonarse a aquél y justificar su lesión [...] Más bien se trata de una finalidad eugenésica en la que se advierte el designio de lograr la tranquilidad de los guardadores del incapaz, al fin y al cabo promotores de la autorización.

4. Los ejemplos de la historia reciente, conocidos y sufridos por la humanidad, ponen de relieve la desproporción jurídica de medidas de este tipo y el riesgo cierto que conllevan la relativización de los derechos fundamentales de la personalidad. Por lo pronto, una ley autoriza, bajo ciertas condiciones, la lesión de la integridad física de los incapaces. Mas la ley no es ya ahora garantía suficiente para la defensa de los derechos fundamentales y por ello éstos han debido incluirse en las constituciones. La posibilidad de que las leyes, con diversos fundamentos, permitan en unos u otros casos su afección, los coloca en riesgo cierto de resultar degradados y alterados. Mas la garantía constitucional habrá resultado insuficiente si no se les reconoce toda la fuerza inherente a unos derechos que se fundan directamente en la dignidad del hombre. Porque ulteriores leyes podrán, una vez degradado el principio constitucional, extender la aplicación de la medida mediante la modificación de las condiciones exigibles: en cuanto a los fines, en cuanto a la persona

del solicitante, en cuanto a los requisitos de la intervención judicial... y finalmente, incluyendo en la categoría «autorizable» a otros sujetos pasivos que se consideren parangonables a los deficientes psíquicos. Cuando se altera un derecho de esta naturaleza, las consecuencias antijurídicas pueden llegar a ser desmesuradas.

D)

Y el otro magistrado radicalmente discrepante (Rafael de Mendizábal) comienza su voto particular, antes de presentar sus argumentos desde lo que llama «una perspectiva estrictamente jurídica» (y consistentes básicamente en considerar que la finalidad perseguida es «insuficiente», la desproporción entre los medios y esa finalidad «notoria», y las garantías para la protección del incapaz «inexistentes»), de esta manera:

Por razones viscerales, aun cuando la expresión pueda parecer una *contradictio in terminis*, pero que describe gráficamente el origen profundo, histórico en gran parte y por ello irracional, me opuse en la deliberación a la tesis que ha resultado mayoritaria y de la cual sigo discrepando. No se me oculta el atractivo de las soluciones cuya vestidura racional se corta y confecciona con un aparente cientificismo. No son nuevas. Nacieron hace un siglo, en Estados Unidos, por obra de una jurisprudencia que florecería luego en Europa durante la década de los treinta. No faltaron entonces, sin embargo, voces que clamaron en el desierto pero dejaron ahí su testimonio, como la de Aldoux Huxley en *Brave New World*, visión futurista de ciencia-ficción con un título shakespeariano que utilizaba una frase atinente, por cierto, al Nuevo Mundo, América. Hasta el profesor Jiménez de Asúa, una de las mentes más lúcidas de la época, cayó en la trampa de la geometría biológica y, con cierta incongruencia, defendió en aquellos años la castración de «los imbéciles, los idiotas, los epilépticos esenciales y todos aquellos enfermos sin remedio que han de engendrar a esos tristes despojos tarados, candidatos a la desgracia y al manicomio [...] cuando su enfermedad incurable sea, a juicio de los médicos especialistas, transmisible a sus descendientes. Es preciso evitar ese legado maldito. En cambio, los delincuentes, por muy peligrosos e incorregibles que parezcan, no deben ser esterilizados, pues no se ha podido probar la herencia del delito». Está en trance de ser probada cuando se complete el mapa genético de la humanidad y se identifiquen los cien mil genes que lo componen. ¿Qué haremos entonces?

En definitiva, creo que la norma donde se despenaliza la esterilización de incapaces va en una dirección no sólo equivocada sino peligrosa, por bueno que haya sido el propósito de sus redactores, que no pongo en duda, aunque —como dice el refrán— el infierno está empedrado de buenas intenciones. Sin pretenderlo, pero ineluctablemente, esta cuestión retrotrae mi memoria histórica, por la edad, a un día aciago, el 1 de septiembre de 1939, en el que médicos capaces y probos funcionarios pusieron fin a la vida de los enfermos incurables. También aquella medida tuvo un principio más innocuo. La película *Cabaret*, que refleja con fidelidad aquella época, contiene una secuencia, obra maestra dentro de una obra maestra, donde una balada idílica, cantada por un rubio adolescente angelical y coreada por gentes sencillas y honestas, se convierte en una marcha militar agresiva, bajo la mirada reprobadora de un anciano, el único que comprende. Sin dramatizar en absoluto pero consciente del riesgo de estas medidas eugenésicas dejadas al Estado y a la familia, planteo mi discrepancia a continuación, desde una perspectiva estrictamente jurídica, poniendo por delante, empero, la «tercera premisa» de la cual hablaba el juez Frankfurter, las convicciones de quien esto escribe.

1) Las dos sentencias (incluidos los votos disidentes) ofrecen muchos ejemplos de los diversos tipos de razones distinguidos por Summers. Así, son razones autoritativas (o formales), además de la apelación a la Constitución, presente de manera continua en todas las justificaciones, las referencias a la jurisprudencia anterior del Tribunal y el uso de la analogía (en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, con la autorización de la vacunación obligatoria; en la del Tribunal Constitucional español, con la esterilización de personas capaces). En cuanto razones de corrección, lo serían las apelaciones (frecuentes en la sentencia del Tribunal Constitucional y en los votos disidentes) a los derechos de los incapaces, a su dignidad, a que sus intereses no queden subordinados a los de la familia o el Estado, etc. Razones finalistas son, fundamentalmente, las esgrimidas por Holmes en su sentencia: lo que justifica la ley es el bienestar de la sociedad; también juega un papel importante, en la sentencia del tribunal español, el bienestar del incapaz. Y razones institucionales, por ejemplo, la obligación de auto-restricción judicial señalada por el Tribunal Constitucional español al final del fundamento 3 («Podrá entenderse...») e, implícitamente, también en la sentencia redactada por Holmes (recuérdese su voto disidente en el caso Lochner [*vid.* III,7,B]). En el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional español, al igual que en los votos disidentes, las razones de corrección parecen prevalecer sobre las de fin (la diferencia entre la sentencia y los votos discrepantes radica en una forma distinta de entender las razones de corrección), ¿pero podría decirse lo mismo de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos?

2) ¿Qué crítica (fundada) puede dirigirse a la fundamentación que Holmes presenta en la sentencia? ¿El haber partido de hechos y de relaciones causales que luego se demostró que eran falsos? ¿O el haber defendido una filosofía moral y política que permitía el sacrificio de los derechos (de los incapaces) en nombre del bienestar de la sociedad? ¿Tal vez esto último sea una consecuencia de mostrar una excesiva deferencia hacia el legislador? ¿Incurre en esos defectos la sentencia del Tribunal Constitucional español?

3) ¿Qué le parecería una descalificación del voto disidente del magistrado Gabaldón acusándole de haber cometido tres falacias: dos veces la de petición de principio (al señalar que no se puede suplir la voluntad del incapaz, porque no se puede renunciar a ese aspecto de la integridad física; y al dar por descontado que la esterilización de un incapaz supone necesariamente para éste un perjuicio, no un beneficio) y una vez la de la pendiente resbaladiza (en el apartado 4 de su voto).¿Es así? ¿Se le aplicaría también el argumento por reducción al absurdo esgrimido por la sentencia (apdo. 4: «Mas tal objeción...»)?

4) ¿Es adecuado (en relación con lo que debe contener una sentencia judicial) el alegato del otro magistrado disidente, Mendizábal? Si sus razones para oponerse a la sentencia son «viscerales», «irracionales», etc., ¿no es ello contradictorio con la pretensión de fundamentar («razo-

nar») su voto? ¿Quizás lo que quiera decir el magistrado (*à la Kelsen*) es que lo irracional son sus opiniones de carácter moral, pero no sus juicios estrictamente jurídicos? ¿Habría acaso que alabar a un juez que muestra con claridad los motivos de su decisión, en lugar de tratar de ocultarlos? ¿Es la sinceridad, así entendida, una de las virtudes judiciales?

5) La cuestión tratada en ambas sentencias tiene una innegable dimensión moral. Sin embargo, no hay rastro de teoría moral (al menos, conscientemente asumida) en ninguna de las sentencias o de los votos disidentes. En el caso de Holmes, la explicación es que él fue un autor positivista que defendió con contundencia la tesis de la separación entre el Derecho y la moral. ¿Valdría también esa explicación para los magistrados españoles? Si los argumentos de carácter moral (de una u otra forma) son ineliminables en casos como los anteriores, ¿no sería mejor que tuvieran una presencia más explícita?

6) ¿Qué diferencias hay entre el «estilo» de la sentencia redactada por Holmes y el de los magistrados del Tribunal Constitucional español? Con independencia de que se esté o no de acuerdo con la posición de fondo, ¿cabría decir que uno tiene la impresión de que en la sentencia de Holmes (desde el punto de vista formal, de la presentación de sus argumentos) ni falta ni sobra nada? Si es así, ¿por qué?, ¿cómo lo consigue?, ¿quizás tenga que ver con escribir a partir de un esquema argumentativo claro? Nadie olvida frases como la de «Ya está bien con tres generaciones de imbéciles». ¿Pero es eso una ventaja o un inconveniente (en relación con un estilo más «burocrático»? ¿Se atrevería a redactar la sentencia del Tribunal Constitucional español en el estilo de Holmes? He aquí un intento de esto último:

La cuestión de constitucionalidad que debemos resolver la ha planteado el juzgado n.º 22 de Barcelona. Se refiere a la posible inconstitucionalidad del artículo 428.2 del CP, introducido por la reforma de 1989 y aprobado con el siguiente tenor: «Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz». El juez aduce que esa norma va contra el artículo 15 de la Constitución y lo basa en las siguientes razones: permitir la esterilización de una persona incapaz supone manifiestamente autorizar un trato inhumano y degradante (prohibido por ese artículo 15); para alcanzar el fin que la norma dice perseguir (mejorar la calidad de vida y el bienestar de los disminuidos psíquicos, equiparando su situación —en lo posible— a la de las personas capaces) se puede acudir a alternativas menos lesivas (que atenten en menor medida contra su integridad física), como la vigilancia de los guardadores del incapaz o la práctica del aborto; la medida atenta también contra el artículo 49 CE que establece el deber de amparar a los disminuidos psíquicos en el disfrute de sus derechos. En el procedimiento intervinieron el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal que, con diversos argumentos (que aparecen recogidos en los antecedentes de hecho de la sentencia), defendieron la constitucionalidad de la norma cuestionada.

Lo primero que debemos decir es que en este caso no se trata propiamente de una colisión de derechos. En otro apartado de ese artículo 428 se establece

también la no punibilidad de la esterilización de una persona capaz: cuando esta última ha prestado su consentimiento de manera válida; y parece absurdo pensar que con ello se esté limitando algún derecho: hay una afectación a su integridad física, pero el hecho de que sea en forma voluntaria hace que no tenga sentido hablar aquí de «límite». Lo que cambia, en relación con el aspecto del artículo cuestionado, es, simplemente, que los incapaces no pueden prestar ese consentimiento. Podría pensarse (así es como estaba regulado en el Código Penal antes de la reforma de 1989) en prohibir que alguna otra persona u órgano pudiese consentir por ellos, cuando se trata de una medida que supone una disminución de su integridad física, como ocurre con la esterilización; pero eso parece inaceptable, pues, llevada a sus últimas consecuencias lógicas, conduciría a rechazar cualquier tratamiento médico —y sobre todo una intervención quirúrgica ablatoria— indispensable para la vida o simplemente beneficiosa para la salud de los deficientes psíquicos graves. De manera que lo que tenemos que examinar es si los requisitos establecidos en la norma cuestionada son suficientes para asegurar que la medida no se toma en beneficio de la familia o para llevar a cabo una cierta política eugenésica, sino buscando satisfacer los intereses del incapaz. Y creemos que es así. La intervención tanto de la familia como del juez y del Ministerio fiscal, junto con la necesidad de que se trate de una «grave» deficiencia (que el juzgador puede verificar sin sentirse necesariamente vinculado por los dictámenes de los dos especialistas a los que se refiere el artículo) son garantías suficientes de que lo que la norma persigue es, en efecto, el interés del incapaz y favorecer sus condiciones de vida. Podría pensarse, desde luego, en otra regulación que estableciera otros requisitos o que añadiera algunos más a los que incluye la norma. Pero nosotros no podemos entrar en ello, pues estaríamos asumiendo competencias que no nos corresponden. Debemos por ello limitarnos a afirmar que las garantías previstas en la norma son suficientes desde un punto de vista constitucional y que, dada la importancia del supuesto que contempla, la norma no es susceptible de una interpretación extensiva que permita convertir en una apertura general lo que está previsto para supuestos rigurosamente excepcionales.

A partir de la premisa anterior, es fácil darse cuenta de lo infundado de las razones del juzgado que plantea la cuestión de constitucionalidad. Por un lado, debe rechazarse con contundencia que la esterilización de una persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica merezca la consideración de trato inhumano o degradante. Simplemente, no se dan aquí (como tampoco en la esterilización de personas capaces) ninguno de los rasgos que en anteriores sentencias hemos considerado como definitorios de esos conceptos: la causación, sean cuales fueran los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente. Por otro lado, no parecen existir tampoco alternativas menos lesivas. La vigilancia a que alude el juzgado únicamente es legítima para prevenir cualquier forma de abuso sobre el deficiente o cualquier daño a su salud, pero no para impedirle el ejercicio de su sexualidad. El aborto es claramente una medida más traumática. Y otras posibles medidas anticonceptivas no ofrecerían la misma seguridad y certeza que la esterilización. Finalmente, la norma cuestionada no contradice tampoco el artículo 49 CE, puesto que, como hemos visto, su finalidad es contribuir, en interés precisamente de los disminuidos psíquicos, a que éstos puedan desarrollar su vida en condiciones similares a las de las personas capaces.

Este Tribunal es perfectamente consciente de que una norma que autoriza la esterilización de los disminuidos psíquicos suscita en mucha gente un gran temor, pues puede parecerles que con ello se está tomando una medida que re-

cuerda a las ominosas prácticas eugenésicas de tiempos relativamente recientes. Una práctica, por cierto, que incluye no sólo los horrores de la Alemania nazi, sino medidas adoptadas por países democráticos en los que el «bienestar» de la sociedad se puso por encima de los derechos de las personas y, en particular, de los derechos de los disminuidos psíquicos. Incluso uno de los mayores juristas del siglo XX, el juez Holmes, en una famosa sentencia de 1927 (Buck *vs.* Bell), consideró que era constitucional una ley que establecía la esterilización obligatoria de los deficientes mentales. Pero no todos los temores están bien fundados y la manera racional de combatir un riesgo es identificar bien la conducta que puede causar un daño y separarla de la que, por el contrario, es razonable pensar que producirá beneficios importantes para las personas. En ese sentido, el artículo del Código Penal español sometido a examen no tiene nada que ver ni con las leyes eugenésicas de la Alemania nazi, ni con leyes como la declarada constitucional por Holmes, sino que es precisamente su antítesis: en lugar de una medida forzosa que sacrifica los derechos de los individuos en nombre del bienestar social o de la pureza de la raza, es una norma permisiva dirigida, objetivamente, a mejorar las condiciones de vida de los incapaces y a equiparar, en la medida de lo posible, sus derechos con los de las personas capaces.

6,A) CONCEPTOS VALORATIVOS Y POSITIVISMO JURÍDICO INCLUSIVO

A partir del análisis del principio de taxatividad en Derecho penal, José Juan Moreso [Moreso 2001] sostiene la tesis de que el razonamiento jurídico (al menos, en algunos supuestos) tiene que estar necesariamente abierto al razonamiento moral y, con ello, a la utilización de conceptos valorativos. La taxatividad, como parte del principio de legalidad, parece exigir que la descripción de los comportamientos prohibidos se haga en términos descriptivos y precisos. Sin embargo, las causas de justificación (cuya consideración es necesaria para determinar si un comportamiento está, a fin de cuentas, prohibido o no) suelen contener términos imprecisos y valorativos, lo que a Moreso le parece acertado, puesto que de lo que se trata con ellas es de excluir que resulten punibles comportamientos que no estarían cubiertos por las razones subyacentes a las reglas penales. Esa apertura hacia los conceptos valorativos y, en general, hacia el razonamiento moral lleva a Moreso a defender el positivismo jurídico inclusivo y a rechazar el positivismo exclusivo (postura esta última, según la cual, para identificar el Derecho, nunca es necesario recurrir a la argumentación moral):

> Veamos ahora los problemas que plantean los conceptos valorativos. En algunos casos, la preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos es presentada de manera muy estricta. Así, por ejemplo, uno de los más importantes defensores de la taxatividad como requisito de un Derecho penal garantista, Luigi Ferrajoli, considera que el uso de conceptos descriptivos en la formulación de las normas penales permite la formulación de proposiciones descriptivas relativas a esas normas penales, aptas para la verdad y la falsedad. Por ejemplo, el artículo 148.3 CP considera una agravante del delito básico de lesiones el hecho de que la víctima fuere menor de doce años o incapaz. El hecho de

que alguien sea menor de doce años es un hecho que puede ser descrito mediante un enunciado apto para la verdad y la falsedad (lo mismo puede decirse del hecho de ser un incapaz, aunque ésta es una cuestión algo más compleja dado que «incapaz» es un término jurídico, cuya referencia depende de lo que establezcan otras normas jurídicas). Sin embargo, siempre según Ferrajoli, el uso de conceptos valorativos en la formulación de las normas penales no permite el establecimiento de proposiciones aptas para la verdad o la falsedad. [...]

Si Ferrajoli tuviera razón, esto es, si todas las proposiciones que presuponen un juicio de valor no fueran aptas para la verdad y la falsedad (fuesen, como a veces se ha dicho, únicamente expresiones de emociones), entonces habría una razón muy fuerte para eliminar los términos valorativos de la formulación de las normas penales: en presencia de conceptos valorativos nunca podríamos establecer si un caso individual es o no una instancia del concepto valorativo en cuestión. Es importante darse cuenta de que la presencia de conceptos valorativos en las normas penales constituiría un problema mucho más grave que el de la vaguedad de los conceptos, porque al fin y al cabo los conceptos vagos sólo son problemáticos en los casos marginales de aplicación, mientras que los conceptos valorativos, con arreglo a esta concepción, serían problemáticos en *todos* sus casos de aplicación.

Sin embargo, ¿qué razones tenemos para adoptar esta concepción de los conceptos valorativos? Parece que dicha concepción presupone la admisión de un enfoque no-cognoscitivista en materia moral, es decir, un enfoque según el cual los juicios morales son expresiones de emociones, o bien prescripciones acerca de cómo debemos comportarnos y, por lo tanto, no pretenden describir el mundo. Asumamos en este contexto que los conceptos valorativos tienen una función lingüística primariamente prescriptiva o recomendatoria, sin embargo, es posible distinguir aquellos conceptos valorativos como los conceptos de bueno o correcto o inmoral cuyo contenido descriptivo es muy escaso (aunque no vacío, pensemos en expresiones como «*X* es un buen profesor» o «*Y* es una buena actriz») y que son llamados conceptos valorativos *ligeros* (*thin*) de aquellos otros conceptos valorativos con mayor contenido descriptivo, como los conceptos de honesto, casto o valiente, que se denominan conceptos valorativos *densos* (*thick*). En el caso de los conceptos densos es posible atribuirles un contenido descriptivo, la frase «La vida de la reina Isabel II no fue un ejemplo de castidad» tiene contenido informativo, aunque el que la profiere o escucha no comparta la aprobación por determinados estándares rigurosos de moral sexual.

Es más, respecto del ejemplo de Ferrajoli acerca del pudor (podemos pensar en los actos de exhibición obscena del artículo 185 de nuestro CP) podría argüirse que dicha expresión remite no a la aprobación o desaprobación del que tiene que tomar una decisión con arreglo a dicha pauta, sino a las creencias y actitudes de determinada sociedad, y describir las creencias y actitudes de un grupo social es todavía una descripción. Sin embargo, ésta no me parece una vía muy prometedora, porque en la mayoría de casos interesantes, los miembros de una sociedad aparecerían divididos al respecto (algunos de ellos estarían más bien perplejos) y entonces, como afirma Winfried Hassemer, deberíamos interrogarnos sobre qué grado de consenso se precisa para saber si se ha instanciado o no un concepto valorativo.

Sea como fuere, lo que me interesa destacar aquí es que los conceptos valorativos densos disponen de contenido informativo y, en esto, no se diferencian de los conceptos descriptivos; es más, en este sentido, son conceptos descriptivos que poseen casos claros o paradigmáticos de aplicación: decir de una acción determinada que fue una acción valerosa o de otra que fue una acción cobarde, tie-

ne contenido informativo. Es cierto, sin embargo, que los conceptos valorativos llevan aparejada la expresión de aprobación o desaprobación, en circunstancias normales, de aquel que los usa en el lenguaje y es esto lo que los distingue de los conceptos meramente descriptivos.

Los conceptos valorativos usados en la formulación de los tipos penales («carácter particularmente degradante o vejatorio», art. 180.2 CP; «persona especialmente vulnerable», art. 180.3 CP; etc.) o de las causas de justificación («grave peligro de deterioro», «entrada indebida», «necesidad racional del medio empleado», «provocación suficiente», en el art. 21.4 CP, o «evitar un mal propio o ajeno», del 20.5 CP, etc.) son conceptos valorativos densos y, por esta razón, tienen contenido informativo. Ahora bien, dichos conceptos son vagos, algunos de ellos son extremadamente vagos [...] y, por lo tanto, la zona de penumbra del concepto, la zona en la cual albergamos dudas acerca de la aplicación del concepto, es muy amplia. Con lo cual, el problema del uso de conceptos valorativos en la legislación penal no reside en que, como defiende Ferrajoli, carezcan de contenido informativo, sino en que son vagos en un alto grado.

Por lo tanto, dado que sabemos que la vaguedad es un rasgo inerradicable del lenguaje en el que formulamos las pautas generales y que, como he tratado de mostrar, el problema de los conceptos valorativos reside en su amplio grado de indeterminación, podemos sostener que el principio de taxatividad exige un determinado grado de precisión o de determinación semántica, puesto que sabemos que la precisión nunca podrá ser absoluta. Qué grado de precisión, dónde situar el umbral de la taxatividad admisible, incluso constitucionalmente admisible, es algo que ya no depende del concepto de taxatividad, sino de la justificación de la taxatividad. [...]

Sin embargo, para el tema que nos interesa —el de las causas de justificación— es importante señalar que la función de dichas eximentes de la responsabilidad penal es precisamente excluir de los comportamientos penalmente prohibidos, aquellos que aun siendo instancias de los comportamientos descritos en las normas penales, no caen bajo el alcance de la razón que justifica su punición, porque entran en conflicto con otros bienes o intereses que el Derecho también protege. [...]

[L]a formulación de las causas de justificación debe permitir la exclusión como punibles de todos los casos no abarcados por las razones que justifican castigar determinados comportamientos. Para hacer posible este extremo es preciso que las causas de justificación sean lo suficientemente flexibles para adaptarse a nuevas circunstancias que querríamos ver incluidas como justificadas. Pero ello es compatible con que la formulación de las causas de justificación establezca unas pautas generales que, a la vez que permitan excluir de los comportamientos penales prohibidos aquellos a los que no alcanza su justificación, introduzcan algunas restricciones a las decisiones posibles de los jueces y señalen claramente las vías por las cuales una persona puede presentar su comportamiento como justificado. [...]

Esta tercera posibilidad [reducir la fuerza del principio de taxatividad en la formulación de las causas de justificación] [...] parece la más adecuada [...]. Comporta una reducción del alcance del principio de taxatividad a favor de poder excluir de los comportamientos punibles, aquellos que caen más allá de las razones justificantes. Expresa, a su vez, el mayor respeto por el principio de la autonomía personal, que si bien exige sujetar el comportamiento de los destinatarios de las normas penales mediante formulaciones claras y precisas, también supone tratarlos como seres *responsables* de sus acciones y omisiones, y ser responsable de determinado comportamiento incluye también la posibilidad de argumentar a favor de que dicho comportamiento era un comportamiento justificado. [...]

[E]n este trabajo he distinguido entre las razones que justifican tener una determinada norma penal y esa misma norma penal. Llamaré en esta discusión, por las razones que más adelante veremos, razones *subyacentes* a las primeras y razones *excluyentes* a las segundas. Entonces, es obvio, que las razones subyacentes han de ser de naturaleza moral, o sea, que aun los positivistas sostendrán que las razones que justifican tener una u otra regulación penal son razones de naturaleza moral.

Sin embargo, en el ámbito del positivismo jurídico reciente existe una polémica que guarda relación con la discusión aquí esbozada acerca de las causas de justificación. Se trata de la polémica entre lo que se ha denominado positivismo jurídico *exclusivo* y positivismo jurídico *inclusivo*. Dicho ahora muy brevemente, el positivismo exclusivo sostiene que en la identificación del Derecho existente nunca es necesario recurrir a la argumentación moral y que, por lo tanto, por una parte, la validez jurídica de determinadas pautas nunca depende de su adecuación moral y, por otra, cuando el Derecho usa conceptos morales, remite a la discreción de los aplicadores del Derecho. El positivismo inclusivo sostiene, en cambio, que contingentemente si el Derecho remite a la moralidad, entonces se deberá recurrir a ella para identificar lo que el Derecho prescribe y que, por lo tanto, por una parte, puede ocurrir —aunque no es necesario— que la validez de determinadas pautas jurídicas dependa de la moralidad y, por otra parte, los jueces no tienen siempre discreción al aplicar pautas morales a las que el Derecho remite. [...]

En las causas de justificación, el Derecho penal remite a las razones subyacentes precisamente porque ésta es la única forma de suministrar vías para excluir de la sanción penal todos los comportamientos que estas razones no abarcan. Ahora bien, lo hace de una manera sometida a pautas, el argumento moral que, sin duda, posibilita debe transitar por las vías (los requisitos de la legítima defensa, del estado de necesidad, etc.) que ella misma establece. De esta manera, pretende sujetar a los aplicadores del Derecho, ya que no a una versión estricta del principio de taxatividad, sí a unas decisiones no plenamente discrecionales, sino sujetas a la consistencia y a la articulación adecuada de dichas pautas. [...]

Esta formulación más amplia y flexible (que incluye conceptos valorativos) comporta que, en muchos de los casos de aplicación de las causas de justificación, la justificación jurídica corre cercana a la justificación moral. Lo anterior no ha de resultarnos extraño, puesto que la introducción de criterios flexibles se lleva a cabo, precisamente, para permitir al aplicador del Derecho acudir a las razones subyacentes que justifican que determinados comportamientos sean punibles y, en muchos casos, las razones subyacentes son razones de carácter moral. El positivismo jurídico inclusivo reconstruye, adecuadamente en mi opinión, esta situación.

También he argüido, sin embargo, a favor de alguna formulación de las causas de justificación y en contra de la discrecionalidad absoluta, al respecto, de los aplicadores del Derecho. Que el Derecho penal señale explícitamente las vías por las cuales aquellos que toman una decisión en el ámbito penal han de acceder a las razones subyacentes, me parece que garantiza la articulación y consistencia de las decisiones institucionales, y la articulación y la consistencia son virtudes a las que ningún proceso de toma de decisiones puede renunciar (Moreso 2001: 529-532, 535, 538, 540-542, 544-545).

1) ¿Qué le parece la caracterización que Moreso hace de los conceptos valorativos? ¿Es aceptable considerarlos como conceptos informativos (como los otros) que llevan aparejada una expresión de aprobación o desaprobación? ¿Y qué piensa sobre la subdistinción entre conceptos

valorativos «ligeros» y «densos»? ¿Resulta útil incorporarla en el razonamiento jurídico?

2) Compare la concepción que Moreso tiene sobre el papel de las razones morales en el razonamiento jurídico con la de autores post-positivistas como Dworkin, Alexy o Nino. ¿Existe alguna diferencia relevante? Si no la hubiera, y dadas las diferencias que él mismo establece con positivistas como Raz o como Ferrajoli, ¿cuáles podrían ser las razones de autores como Moreso para seguir llamándose «positivistas jurídicos»?

3) En otro de sus trabajos (Moreso 2000), José Juan Moreso consideraba que una de las peculiaridades de la interpretación constitucional radicaba en la presencia de conceptos morales «densos» (como «trato degradante») que pertenecerían a la categoría de lo que Gallie llamó «conceptos esencialmente controvertidos» y que Moreso —siguiendo muy de cerca a este último autor— caracteriza así: «un concepto es esencialmente controvertido si y sólo si: 1) es valorativo, en el sentido de que atribuye a los casos de aplicación del concepto la posesión de algo valioso o disvalioso, 2) la estructura del concepto es internamente compleja, de manera que permite criterios distintos que reconstruyen su significado y que compiten entre ellos y 3) reales o hipotéticos, hay algunos casos que son paradigmas de la aplicación del concepto» (Moreso 2000: 111). ¿Es ésta una categoría útil para la argumentación jurídica? ¿Puede ser un buen instrumento para tratar con los problemas de calificación o de definición (*vid.* VI,5.3)?

6,B) LA RELEVANCIA DE LA RELIGIÓN EN LA DELIBERACIÓN PÚBLICA

En «Laicidad, religión y deliberación pública» (Vázquez 2009), Rodolfo Vázquez entiende por laicidad «la doctrina que sostiene la imparcialidad del Estado ante las diversas creencias de los ciudadanos en materia de religión» (p. 98) y considera que uno de los aspectos de esa imparcialidad consiste en que en los contextos de deliberación pública, la utilización de premisas de contenido religioso tiene que estar limitada para que sea posible «una argumentación racional y razonable» (p. 101).

El que se considere o no relevante (o hasta qué punto) la utilización de argumentos religiosos (a partir de premisas religiosas consistentes en «verdades de fe») tiene gran trascendencia para la argumentación jurídica, puesto que ello afecta a muchísimas cuestiones que están en el centro del debate legislativo y judicial contemporáneo: la financiación de las iglesias por parte del Estado, la enseñanza de la religión en la escuela pública, la eutanasia, el aborto, los matrimonios entre personas del mismo sexo... Rodolfo Vázquez da cuenta en este trabajo de la discusión filosófica que ha tenido lugar en los últimos tiempos y termina suscribiendo el criterio de Dworkin, basado en la distinción entre razones «personalmente estimativas» e «impersonalmente estimativas»:

En términos de Cristina Lafont, la cuestión que debatir sería la siguiente: «¿Es posible realmente articular una noción de lo 'racionalmente aceptable' que todos los ciudadanos puedan compartir a pesar de no coincidir en una visión del mundo o en una concepción del bien homogénea?».

No me detendré en el análisis de las presuposiciones pragmático-formales que subyacen a la práctica de la deliberación pública racional: inclusión, simetría y reciprocidad entre los participantes, ausencia de coerción y libertad comunicativa y responsabilidad. Podemos convenir en que se pueden cumplir todos esos requisitos y concluir, sin embargo, en una visión del mundo o propuesta de acción no razonable. Me interesa plantear el problema en términos de las razones que puedan ser aceptadas por los demás, y éstas ya no hacen referencia a los procedimientos, sino a los contenidos.

En *Liberalismo político* John Rawls propone su conocido «consenso sobrepuesto». Esta noción se apoya en el supuesto de que la razón común a todos los seres humanos es suficiente para descubrir nuestras obligaciones morales y políticas. Esto permite a Rawls distinguir entre razón pública y razón privada, distinción necesaria para responder la cuestión de qué tipo de argumentos son aceptables e inaceptables en la deliberación pública. Para Rawls nada impide que los ciudadanos que participan en la deliberación pública ofrezcan razones procedentes de las doctrinas comprehensivas, metafísicas o religiosas, en las que creen, pero siempre y cuando ofrezcan además razones generalmente accesibles a todos los ciudadanos que justifiquen dichas doctrinas. Si estas doctrinas comprehensivas no pueden apoyarse en razones públicas paralelas, deben excluirse de la deliberación. El problema de esta concepción salta a la vista: ¿se puede pedir a un ciudadano que sacrifique sus aspiraciones de corrección sustantiva para satisfacer las aspiraciones de legitimidad democrática? Quien no estuviera dispuesto a hacerlo mantiene su sinceridad a costa de ser excluido o autoexcluido de la deliberación pública; quien estuviera dispuesto a hacerlo apelaría a razones prudenciales para incluirse en el debate democrático, pero a costa de una buena dosis de sinceridad. [...]

En los últimos años, Jürgen Habermas ha dedicado algunos trabajos a esta temática retomando y criticando la propuesta de Rawls y debatiendo, entre otros, con Joseph Ratzinger. Habermas coincide con Rawls en el sentido de que al determinar las medidas políticas coercitivas que vayan a adoptarse, sólo cuentan las razones generalmente accesibles, las «razones seculares». Pero a diferencia de Rawls, Habermas distingue entre una esfera pública informal y una esfera pública formal o institucional. En la primera, los ciudadanos pueden apelar a razones exclusivamente religiosas en la deliberación, siempre y cuando reconozcan la obligación de traducción institucional. Con esta distinción, la propuesta de Habermas permite a los ciudadanos en la esfera pública informal, expresar y justificar sus convicciones en un lenguaje religioso si no pueden encontrar traducciones seculares para ellas. De esta manera, Habermas solventa el problema de la deshonestidad y permite a los ciudadanos religiosos entender la deliberación pública como un proceso cognoscitivo genuino. ¿Pero hacer esta distinción tan radical entre ciudadanos religiosos y ciudadanos seculares no pondría en peligro los prerrequisitos de la deliberación pública en términos de simetría de los participantes?

Habermas responde, de acuerdo con las condiciones formales de todo discurso racional, que no tiene ningún sentido permitir la inclusión de razones religiosas en las contribuciones a la deliberación pública sin el requisito correlativo de exigir que los demás participantes tomen en serio tales contribuciones. Esto es posible si se puede esperar de todos los ciudadanos que no nieguen en principio todo posible contenido cognitivo a esas contribuciones. De aquí que, sorpresivamente, los ciudadanos seculares tienen que cumplir con dos condiciones:

1. Abrirse cognitivamente a la posible verdad de las creencias religiosas.
2. Ayudar a traducir el contenido de las mismas que pueda ser expresado en un lenguaje secular y justificado con argumentos seculares. [...]

Sin embargo, como señala lúcidamente Lafont, resulta que ahora, a diferencia de los ciudadanos religiosos, los ciudadanos seculares son los que no pueden adoptar públicamente la perspectiva cognitiva que se corresponde con sus verdaderas creencias si éstas resultan ser de tipo secular [...] caeríamos en el mismo dilema de la sinceridad que ya hemos visto en Rawls, nada más que ahora aplicado a los ciudadanos seculares. [...]

Todo lo anterior sin profundizar en la idea de «potencial de verdad» de los conceptos religiosos. Pensemos un instante cuál sería el potencial de verdad de conceptos religiosos como la encarnación de Cristo, el pecado original, la transubstanciación, la virginidad de María, la resurrección, el juicio final, y así por el estilo, al menos en la confesión cristiana. ¿De qué recursos epistemológicos podría echar mano el ciudadano secular para traducir este lenguaje religioso al público en general? [...] Así, por ejemplo, si un cristiano afirma que «todos somos hijos de Dios» y con ello se interpreta que «todos somos iguales en dignidad», o bien se trivializa lo que en la fe cristiana significa ser «hijo de Dios», o bien se abusa de la analogía entre «hijos de Dios» y «dignidad humana». No encuentro ninguna relación posible entre el concepto de «dignidad humana» y la idea de ser «hijo» de un ser divino trascendente y espiritual, con todos los atributos infinitos. Mucho menos, que por ser todos hijos de un padre con tales cualidades, seamos humanamente iguales.

Cristina Lafont profundiza en la crítica a la pretensión de Habermas preguntándose qué significa «tomarse en serio» las razones de los conciudadanos. Según la interpretación de Habermas, como vimos, tomar en serio las razones religiosas a favor de medidas políticas controvertidas requiere que no se niegue de principio la posible verdad de las creencias religiosas. Sin embargo, piensa Lafont, no resulta nada obvio por qué tendría que ser esto así. Más bien, tomarse en serio las razones religiosas exige evaluarlas seriamente en función de sus méritos. [...]

Con un afán todavía más analítico, pienso que en la argumentación de Lafont cabría hacer una distinción útil. Según Francisco Laporta, cuando un ser humano tiene unas convicciones o creencias cualesquiera, se pueden distinguir tres cosas: el *individuo* que las tiene, el *hecho psicológico* de que las tenga y el *contenido* de esas creencias o convicciones. Tomarse en serio a otra persona es, sin duda, respetarla *como individuo* capaz de diseñar unas creencias y un proyecto vital para sí mismo a partir de ellas. También significa respetar el *hecho psicológico* de que tenga esas creencias: no debemos suponer, por ejemplo, que ese hecho es producto de la mera ignorancia, de un prejuicio, de una estrategia o de una falla psicológica. Pero otra cosa muy distinta es aceptar que respetar a otro sea respetar el *contenido* de sus convicciones o creencias. Éstas no tienen por qué respetarse; más bien —y aquí adquiere fuerza la argumentación de Lafont— han de someterse constantemente a pruebas de validez y control para determinar su grado de fundamento. [...]

Entendámonos bien. Ni Lafont ni Laporta niegan el derecho de todo creyente a creer lo que le parezca más adecuado para organizar su plan de vida personal. Lo que se argumenta es que si son ciudadanos y, por tanto, partícipes en la deliberación pública, *y tienen la pretensión de que sus convicciones sean coercitivas* [den lugar a medidas coercitivas sobre otros], entonces deben someter los contenidos de las creencias a un escrutinio racional y razonable. La premisa que subyace en el debate es la que prescribe que *es moralmente correcto ejercitar la coerción sólo con base en consideraciones públicamente aceptables*,

sin violar el principio de simetría entre los participantes. Esta prescripción supone, en términos de Hugo Seleme, un «deber de abstinencia» o en términos de Rawls, un «deber de civilidad», es decir, la exigencia de no ofrecer ciertas verdades —consideradas metafísicas o religiosas— como única justificación del ejercicio del poder político. [...]

En esa misma dirección se encamina la propuesta de Dworkin. El problema hoy día, piensa este autor, no se ciñe tanto a si el Estado debe ser tolerante o neutral con respecto a todos los credos religiosos pacíficos y también hacia las personas que no profesan ninguna fe, distinguiendo claramente entre el ámbito público y el privado. [...] (Más bien el problema es saber sobre qué base debe asentarse el cultivo de nuestra tolerancia. ¿Una nación religiosa que tolera la falta de fe? ¿O una nación laica que tolera la religión? Dworkin argumenta a favor de esta segunda opción. [...]

Dworkin propone una formulación inicial: *Las libertades son el derecho a hacer lo que usted quiera con los recursos que son legítimamente suyos*. El alcance de estas libertades no es ilimitado, depende de otros ideales, incluido el ideal de justicia distributiva. Así, las libertades no resultan dañadas cuando el gobierno no decide limitar la libertad si tiene alguna *razón distributiva convincente* para hacerlo. Existen dos tipos de justificaciones distributivas limitativas de la libertad: las justificaciones *personalmente estimativas* o las justificaciones *impersonalmente estimativas*. Las primeras apelan a juicios de valor sobre el tipo de vida que es bueno o malo para las personas de cuya vida se trata; mientras que las segundas apelan a algún objeto o hecho que es intrínsecamente valioso, independientemente del valor que posea para las personas. Las primeras no pueden servir de justificación para la coerción estatal, a través de la regulación jurídica, porque invocan fundamentos personalmente estimativos, aun cuando éstos pudieran ser mayoritarios. Sólo el modelo laico tolerante estaría en condiciones de apelar a justificaciones impersonalmente estimativas como podrían ser, por ejemplo, los mismos derechos humanos, y en último término el principio de responsabilidad personal, que no es sino otra forma de enunciar el principio de dignidad de la persona (Vázquez 2009: 101-110).

1) ¿Cuál es, en definitiva, el límite de utilización de premisas religiosas en la argumentación legislativa o judicial aceptado por Vázquez? De acuerdo con lo que aquí dice el autor, ¿estaría justificado privar de derecho de sufragio pasivo (o activo) a los ministros del culto o prohibir cualquier uso de símbolos religiosos en las campañas electorales, como ocurre, por ejemplo, en México? ¿Por qué?

2) ¿Está justificado el punto de vista defendido por Vázquez y que, como se ha visto, es coincidente —con algunos matices diferenciales— con lo que sostienen los filósofos de orientación social-demócrata (o «liberales» en la terminología anglosajona)?

3) Suponiendo que esa postura esté justificada, ¿puede considerarse «realista» cuando resulta que en nuestras sociedades hay un número significativo de individuos cuyas razones morales están intrínsecamente unidas a las de carácter religioso? ¿Cómo podría convencerse a quienes desempeñan funciones públicas (por ejemplo, a jueces y a legisladores) para que cumplan con su «deber moral de abstención» o «deber de civilidad»?

6,C) LOS CATÓLICOS Y EL DIVORCIO

El filósofo del Derecho chileno Carlos Peña publica semanalmente, desde hace varios años, una columna de opinión, en uno de los periódicos de mayor circulación en su país, cada una de las cuales constituye una pieza argumentativa dirigida a analizar críticamente un problema de actualidad conectado con la racionalidad práctica. En «Los católicos y el divorcio» (muchos de esos artículos tienen que ver con el papel de la religión en la razón pública), Peña examina la pretensión de ciertos grupos de católicos de hacer valer su *derecho* a contraer un matrimonio indisoluble:

Los católicos pueden esgrimir tres tipos de razones para defender su derecho a contraer un matrimonio indisoluble. Cada una de esas razones debe ser evaluada de manera distinta por parte del Estado constitucional.

Por una parte, pueden sostener que a la luz de la fe —a la luz de la verdad definitiva en la que creen y confían— el matrimonio es indisoluble y que si no lo es, no se trata de un verdadero matrimonio. El matrimonio sería un sacramento: en él comparece el mismo Dios, cuya voluntad no debe ser defraudada. Por otra parte, pueden argüir que la indisolubilidad del matrimonio es la que mejor se ajusta a la índole de la sociabilidad humana. Un matrimonio amenazado por la posibilidad del divorcio, podrían sostener, es menos firme que uno indisoluble. «Quemar las naves» contribuiría a que las familias fueran más firmes y la sociedad mejor de lo que es. En fin, haciendo pie en la libertad religiosa, podrían esgrimir que tienen derecho a contraer compromisos públicos en base a su credo y a su culto, un derecho al reconocimiento, a organizar su vida en base a los principios de la confesión a la que adhieren.

El primer argumento —que reposa sobre el carácter sacramental que un católico atribuye al vínculo conyugal— es un argumento provisto de validez sólo para quienes profesan la fe católica. Se trata de una buena razón para todos quienes pertenecen a la confesión; pero no es un argumento en absoluto para quienes no la comparten. Es un argumento interno a la catolicidad; pero no es un argumento para quienes no adhieren al credo católico. Los católicos tienen, por supuesto, el derecho a profesar esa creencia y a no ser compelidos a abandonarla; pero quienes no la profesan tienen también el derecho a no ser coaccionados para adherir a ella.

El segundo argumento —el matrimonio indisoluble desincentiva los abandonos y los quiebres— no apela a la fe, sino a la prudencia. Nos dice que las consecuencias de admitir el divorcio son peores que la de negarlo. Pero no se trata de un argumento definitivo. A fin de cuentas, el divorcio se encamina más bien a regular las consecuencias de la ruptura que a producirlas. La evidencia parece poner de manifiesto que las rupturas se producen en razón de causas más complejas y más diversas. El costo de oportunidad de la dedicación al hogar; el aumento de información que se produce en los primeros años de matrimonio; el estímulo a la autonomía que es propio de la cultura moderna, son causas de la ruptura y el problema de admitir o no el divorcio parece consistir, entonces, en decidir cuán dispuestos estamos a regular las consecuencias de esas rupturas, en vez de decidir si estamos o no dispuestos a provocarlas.

El tercer argumento es de una índole radicalmente distinta a los anteriores. En este caso, los católicos reclaman su derecho a que la vida vivida conforme a su fe sea reconocida en el espacio de lo público. Los católicos piensan que su fe

es una buena noticia para todos y que cuando se le desconoce esa dimensión, se la desmedra. Ellos creen que la ciudadanía política no debe obligarlos a refugiar sus creencias en la esfera nada más de lo privado y aspiran, en cambio, a que un acto tan significativo para ellos como el matrimonio canónico pueda comparecer, con pleno valor, ante la vista de todos.

Creo que un Estado constitucional debe ser sensible a este tercer argumento y que, por lo mismo, nada debiera impedir un amplio reconocimiento al matrimonio canónico. Pero este reconocimiento a que los católicos tienen derecho, no debe impedir que los cónyuges puedan, luego, solicitar el divorcio conforme a la ley civil. La razón parece obvia: si deciden hacerlo es porque han decidido abandonar la creencia bajo la cual contrajeron matrimonio. Y el Estado que no debe coaccionar a nadie para que pierda su fe, tampoco puede impedirle, con los medios del derecho, que la abandone (Peña 2004).

1) ¿Qué tipo de falacia denuncia Peña en el párrafo que comienza: «El segundo argumento...»? ¿O no se trata de una falacia?

2) La «prohibición» a los católicos de contraer matrimonio indisoluble (desde el punto de vista del Derecho civil), ¿no equivale a algo así como «obligarles a ser libres»? Y si fuera así, ¿no supone ello incurrir —por parte del Estado— en paternalismo (o perfeccionismo) injustificado? ¿Sortea esos posibles inconvenientes la réplica de Peña a lo que en su artículo llama el «tercer argumento»? ¿Por qué?

6,D) EL PAPEL DE LA MORAL EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO JUSTIFICATIVO

Carlos Nino ha defendido la *supremacía* de la moral en el razonamiento jurídico justificativo, sin postular por ello —como a veces se ha dicho— algo así como un *imperialismo* de la moral. En su opinión, la moral limita de una manera peculiar el razonamiento jurídico: las razones (premisas) jurídicas no tienen por sí mismas fuerza justificativa; necesitan en último término de un apoyo moral. Pero la moral no juega, por ello, un papel «imperialista», puesto que no puede imponer siempre lo que sería, en abstracto, la mejor solución, la más conforme con los principios de una moral justificada; Nino habla, por tanto, de la racionalidad jurídica como de «una racionalidad de lo segundo mejor».

En el razonamiento de Nino (los fragmentos que siguen están tomados del apartado «Hacia un modelo de racionalidad para la práctica constitucional», perteneciente a su libro *Fundamentos de Derecho constitucional* [Nino 1992]), tiene una especial importancia la consideración del Derecho como una acción colectiva que transcurre en el tiempo: la analogía que él maneja (próxima a la de Dworkin de la escritura conjunta de una novela) es la de la construcción de una catedral. Ello le lleva a subrayar los ingredientes institucionales del Derecho, la necesidad de preservar el mantenimiento de esa institución (la práctica constitucional, de la que depende la práctica del Derecho en general), puesto que, de otra forma, no se podrían satisfacer ciertos valores morales. Nino

defiende así en el Derecho (en el Derecho del Estado constitucional) un modelo de razonamiento en dos niveles que, por lo demás, no sería exclusivo del ámbito jurídico, pues él cree que se puede encontrar también ese modelo en la manera como diversos autores han entendido el razonamiento moral, o como entendemos las reglas que regulan la práctica de un juego o de un deporte:

[...] [C]uando sólo podemos hacer un aporte a una obra colectiva cuyo producto final no controlamos [como el caso de la construcción de una catedral], lo racional puede ser elegir no el modelo o principio más defendible sino otros con méritos menores. Dada una base románica de la catedral, tal vez sea técnica y estéticamente preferible continuar con el mismo estilo o con un estilo intermedio, en lugar del estilo gótico que sería óptimo para una catedral cuya construcción total dominamos. Este tipo de racionalidad constreñida por ciertas elecciones de otros en la obra colectiva podría ser denominada racionalidad de «lo segundo mejor», puesto que muchas veces nos lleva a un alejamiento progresivo del modelo óptimo en atención a sus efectos sobre la obra global.

Obviamente, el sentido de esta analogía es enmarcar la acción de los constituyentes, legisladores, jueces y administradores como partícipes de una obra colectiva que es el fenómeno del derecho vigente como parte de un fenómeno todavía más amplio que es el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen una sociedad. [...] Normalmente, aun los grandes constituyentes, legisladores, jueces o gobernantes, lo único que pueden hacer es un aporte importante a la obra común, que suele ser el resultado intencional o no intencional de millones de personas a lo largo de mucho tiempo. [...]

Sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando con su decisión todo el orden jurídico, o el orden jurídico relativo a esa cuestión. El juez debe tener en cuenta que hay expectativas generadas por lo que los legisladores y otros jueces han decidido en el pasado, que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas, lo que es relevante para el principio de que casos iguales deben ser decididos de igual modo, y que su decisión servirá de precedente para el futuro, así como también que puede ser ignorada y hasta provocar reacciones opuestas por parte de legisladores y otros jueces. [...]

A diferencia de los enfoques anteriores[11], el que aquí se sigue está exponiendo sólo parte del reconocimiento del *hecho* de que la acción de los legisladores y jueces se desarrolla en el contexto de una obra colectiva cuyos restantes aportes ellos no controlan. Este enfoque es perfectamente compatible con la conclusión de un juez o de un legislador de que el derecho hasta ese momento vigente —empezando por su Constitución— es tan disvalioso que vale la pena el esfuerzo de arriesgar una refundación o aun justifica, si ese esfuerzo fracasa o es imposible, una situación de anarquía o de disgregación del orden jurídico. [...] Esto implica que la medida legislativa, judicial o administrativa debe contribuir —a la vez— a preservar y a mejorar ese orden jurídico. Ello no requiere que la medida pueda justificarse sobre la base de los mismos principios que permitan justificar el resto de las contribuciones al orden jurídico que se presupone valioso, dada la imposibilidad de otro acto fundacional[12]. [...]

11. Se refiere a los de autores como Burke, Dworkin o MacInryre, que también toman en cuenta las prácticas vigentes para justificar acciones sociales (de legisladores o jueces).

12. El sentido de esto último es el de oponerse a lo sostenido por Dworkin con su concepción del Derecho como integridad.

No se trata sólo de apoyarse en algunas prácticas para lograr cambiar otras. Se trata de reconocer que si la única forma de tomar decisiones moralmente justificadas es en el contexto de prácticas sociales existentes fundadas por una Constitución, es necesario preservar esa Constitución y las prácticas generadas por ella, salvo que sean tan malas que no puedan ser mejoradas y que la única decisión moralmente justificada es la que conduce a desconocer la Constitución, aun a riesgo de no poder establecer exitosamente otra.

[...] Sin embargo, si nuestro razonamiento justificatorio parte de principios que consideramos válidos por razones acerca de sus méritos intrínsecos o por el procedimiento mediante el cual fueron objeto de consenso, la Constitución [...] se vuelve superflua. [...]

Frente a esto [frente al riesgo de una concepción del razonamiento jurídico justificativo que, al basarse en la moral, convierta en superflua la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico: las razones jurídicas] [...] creo que la solución está dada por un tipo de razonamiento *escalonado en dos niveles*:

a) En el nivel primero y más básico se deben articular las razones que legitiman o no la práctica social constituida por la presente Constitución. Aquí rige el principio de razones sustantivas y procedimentales a las que se aludió anteriormente [...], que permiten ubicar a la Constitución en un continuo de legitimidad conformado por el grado en que, por un lado, ella sea expresiva de un consenso democrático que resulte de una deliberación lo más amplia posible [...] por el otro lado, es también relevante el grado en que la Constitución reconoce derechos fundamentales [...] Pero en este primer nivel del razonamiento práctico se debe tener en cuenta cuáles son las alternativas realistas a la preservación de la presente Constitución. Es posible que, si bien ella esté bastante distante del punto óptimo de legitimidad en el continuo mencionado, cualquier alternativa realista esté todavía más alejada. [...]

b) Si el resultado del razonamiento del primer nivel es favorable a la legitimidad, aún imperfecta, de la presente Constitución, es posible pasar al segundo nivel en que se trata de aplicar esa Constitución para justificar acciones o decisiones. El que se desarrolla en este segundo nivel es un razonamiento constreñido, ya que debe respetar el resultado del razonamiento del primer nivel. Esto quiere decir que quedan excluidas las razones justificatorias que son incompatibles con la preservación de la Constitución si es que aquel razonamiento ha arrojado el resultado de que ella es más legítima que cualquier alternativa realista. Un principio que tiene impecables credenciales desde el punto de vista de los criterios de validación implícitos en nuestro discurso moral puede ser, sin embargo, descalificado o excepcionado si ello es necesario para preservar la vigencia de la Constitución.

Esto de ningún modo significa que los principios y procedimientos moralmente válidos no tengan relevancia en el discurso jurídico ni que éste tenga autonomía respecto del discurso moral. En primer lugar, porque esos principios y procedimientos son el último tribunal de apelación en el primer nivel del razonamiento jurídico justificatorio, y dada la prelación de este nivel sobre el segundo, tal jerarquía determina los resultados del razonamiento en su conjunto. Y, en segundo lugar, porque aun esos principios y procedimientos tienen relevancia decisiva en el segundo nivel de razonamiento justificatorio, en la medida en que no sean incompatibles con las conclusiones alcanzadas en el primer nivel. [...]

Hay varias posibilidades diferentes de que los principios y procedimientos moralmente válidos tengan relevancia en el segundo nivel del razonamiento jurídico justificatorio. En primer lugar, la preservación de la Constitución como convención o práctica social de ningún modo implica congelar esa convención o práctica. Las prácticas sociales pueden evolucionar sin por ello quebrarse [...]

Esa evolución que es compatible con la preservación de la práctica no necesariamente implica, al contrario de lo que Dworkin sostiene, que las decisiones innovadoras deben ser realizadas de acuerdo con principios que permitan justificar coherentemente las otras acciones o decisiones que constituyen la práctica. Bien puede proponerse un principio incompatible con buena parte de las acciones o decisiones aceptadas hasta ahora, sobre la base de que ellas no han captado cuál es la base justificatoria de la práctica. Sin embargo, es cierto que sin algún respeto por conductas y decisiones precedentes constitutivas de la práctica, ésta puede resultar fatalmente socavada. Esta tensión entre producir una evolución de la práctica que la haga progresar hacia formas más perfectas de legitimidad y preservar la práctica, no puede resolverse según fórmulas exactas; requiere prudencia y una buena dosis de suerte (medida por el grado de adhesión relativamente unívoca que la nueva reorientación produzca). [...]

Pero, en segundo lugar, es obvio que los principios y procedimientos moralmente válidos son relevantes en el segundo nivel del razonamiento jurídico justificatorio para decidir las inevitables indeterminaciones que, incluso una Constitución concebida como práctica o convención, presenta [...] Estas indeterminaciones permiten en realidad un enriquecimiento y evolución de la práctica constitucional hacia formas más aceptables de legitimidad sin riesgo de ruptura, ya que son situaciones en que es posible buscar las soluciones axiológicamente preferibles sin enfrentar inconsistencias con implicaciones de la práctica. [...]

Este tipo de razonamiento escalonado no es peculiar del ámbito jurídico; en el ámbito moral ha sido propuesto por el utilitarismo de las reglas[13]. Los autores utilitaristas han pretendido, recurriendo a tal razonamiento, superar las objeciones frecuentemente levantadas contra su concepción [...] se ha propuesto que el principio de utilidad no debe aplicarse directamente a actos, sino a reglas generales. Son estas reglas las que deben ser utilizadas para justificar los actos individuales sin acudir al principio de utilidad. [...]

También este tipo de razonamiento práctico escalonado se ejerce en ámbitos distintos a la moral. Por ejemplo, las razones para practicar un juego o un deporte no son razones que deban alegarse en el desarrollo del juego o del deporte. Si la razón para jugar cierto juego es, por ejemplo, la diversión que éste produce, no podemos decidir las movidas del juego sobre la base de cuál de ellas produce más diversión; ello seguramente frustraría la diversión que nos llevó a jugar. [...]

Como sugerí antes, esto responde a un tipo de racionalidad «de lo segundo mejor», porque los casos individuales serían mucho mejor resueltos, por definición si pudiéramos justificar nuestras acciones y decisiones sobre la base de principios valorativos últimos. Pero no podemos hacerlo fuera de una práctica constitucional, y, para preservarla, en lugar de caer en otra o en ninguna, lo que por hipótesis llevaría a peores soluciones, es que debemos conformarnos con justificar nuestras acciones y decisiones de modo compatible con la Constitución que tenemos, aunque tendiendo a su perfeccionamiento.

Esta forma de superar la aparente paradoja de la irrelevancia moral de la Constitución genera un nuevo enfoque de cómo interpretar, aplicar y hasta modificar una Constitución como la argentina. Implica que a las dos dimensiones del constitucionalismo analizadas [...] —la del respeto a los derechos individuales y la de la adopción del procedimiento democrático de toma de decisiones— se agrega una tercera dimensión que es la de la preservación de la práctica constitu-

13. Nino cita también, como ejemplos de autores que sostienen un modelo de razonamiento moral en dos niveles, a Rawls, a Marcus Singer y a Hare.

cional vigente, en la medida en que sea relativamente compatible con tales ideales y haya posibilidades de orientarla en el futuro hacia una mejor satisfacción de ellos (Nino 1992: 66-77).

1) ¿Significa lo anterior reconocer que el Derecho tiene cierta naturaleza intrínsecamente conservadora de la que no es posible prescindir? ¿Tiene ese «conservadurismo» alguna connotación de tipo político? ¿Afecta al valor que quepa atribuir al Derecho (al Derecho en general o a un determinado sistema jurídico) el hecho de que la racionalidad jurídica sea una racionalidad «de lo segundo mejor»? ¿Lo es en realidad? ¿Es lo mismo una «racionalidad de lo segundo mejor» que una «racionalidad de segunda»?

2) Nino se esfuerza por lograr un equilibrio que impida, para justificar una decisión jurídica (por ejemplo, una sentencia judicial), considerar superflua la Constitución (el orden jurídico) o bien la moral (que quedaría absorbida por la Constitución). ¿Es el suyo un intento exitoso? ¿Supone una negación de la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral?

3) ¿Es cierto, como parece sugerirlo Nino, que una concepción «coherentista» del razonamiento jurídico, tal que la de Dworkin, resulta en exceso conservadora? ¿Hasta qué punto defiende Nino el «activismo judicial»?

4) ¿Podría decirse que a lo que está apelando aquí Nino es a las razones «institucionales» que, en la justificación de decisiones jurídicas, deben tomarse en consideración junto con las razones sustantivas (protección de derechos individuales) y las autoritativas o formales? ¿Tienen las razones institucionales un carácter conservador?

V

LA CONCEPCIÓN PRAGMÁTICA: LOS ELEMENTOS DIALÉCTICOS Y RETÓRICOS DE LA ARGUMENTACIÓN

1. EL GIRO PRAGMÁTICO

En la filosofía, en el Derecho y en muchas otras disciplinas, después del «giro lingüístico» ha venido el «giro pragmático»; o sea, de las tres dimensiones clásicas del lenguaje, la sintáctica, la semántica y la pragmática, el acento se pone hoy en esta última, en las relaciones entre el lenguaje y sus usuarios, en el uso del lenguaje. En el caso de la argumentación, eso quiere decir que cobran un especial protagonismo los actores de la argumentación: el orador, el proponente y el oponente en una discusión, el auditorio; la intención o los objetivos que persiguen quienes desarrollan esa actividad: persuadir, resolver diferencias de opinión, etc.; o las reglas que establecen cómo han de comportarse los participantes en esa actividad: qué tipos de actos lingüísticos, en qué ocasión, etc., les está permitido o resulta obligatorio o prohibido ejecutar. No constituye, sin embargo, en absoluto, una novedad radical. Aristóteles, el padre fundador de la lógica, es también el autor de obras en las que la argumentación se estudia desde la perspectiva de la dialéctica (*Tópicos* y *Refutaciones sofísticas*) y de la retórica (*Retórica*). Y en las universidades medievales, no sólo se estudiaba lógica (lo que hoy entenderíamos por lógica), sino también dialéctica y retórica.

Por lo demás, en el origen del estudio pragmático de la argumentación se encuentra el Derecho y la democracia: la práctica, en la Grecia clásica, de la toma de resoluciones (ante los jueces-jurado o ante la Asamblea) tras un debate libre y ordenado en el que los contendientes o los ciudadanos habían tenido la oportunidad de ser oídos y de expresar sus argumentos. De hecho, el primer tratado de retórica, el *Corax*, parece haber tenido un origen judicial. Como se ha señalado en el capítulo primero, el interés contemporáneo por la argumentación está igualmente conectado con la democracia (sobre todo, con la de-

mocracia deliberativa) y con el progreso del Estado constitucional de Derecho.

Esa prevalencia del nivel pragmático está, en cierto modo, justificada, pues no supone (o no tiene por qué suponer) prescindir de las otras dos dimensiones del lenguaje y de la argumentación. Así, Aristóteles, en la *Retórica*, distinguió dos tipos de pruebas: las técnicas (obtenidas mediante el discurso) y las extratécnicas (existen de antemano: las leyes, los testigos, los contratos, las confesiones mediante tortura y los juramentos). De entre las pruebas técnicas, unas residen en el carácter o talante del que construye el discurso (en el *ethos*), otras consisten en predisponer al oyente de alguna manera (descansan en las pasiones, en el *pathos*) y otras se basan en el discurso mismo (en el *logos*); a su vez, dentro de las pruebas lógicas, Aristóteles trazaba una subdistinción entre el entimema o silogismo retórico y el ejemplo o inducción retórica, que vienen a ser el equivalente de los argumentos deductivos e inductivos en la analítica (en la lógica). Y otro tanto puede decirse en relación con la dialéctica. Igualmente, los que habíamos considerado elementos materiales de la argumentación están presentes a través del estudio de los tópicos; la obra de Aristóteles sobre dialéctica hace referencia a ello en el propio título: *Tópicos*. También puede decirse que los elementos formales y los materiales de la argumentación pueden encontrarse tanto en la obra de Toulmin como en la de Perelman, si bien estos autores (sobre todo, Perelman) habrían cometido el error de plantear las cosas como si se tratase de una contraposición: como si uno tuviese que elegir (por ejemplo, en el Derecho) entre la lógica y la retórica.

Así pues, la concepción pragmática de la argumentación no supone prescindir de las otras, sino que más bien lleva a ser consciente de los límites del enfoque formal y material para poder dar cuenta cabalmente de la argumentación, cuando se la considera como una actividad, como un proceso. Es lo que explica, por otro lado, que, desde hace ya varias décadas, hayan surgido diversas «lógicas dialécticas», esto es, sistemas o formalismos que tratan de representar la estructura de los procesos de argumentación en contextos dialécticos. Un ejemplo de ello se encuentra en Rescher (1977), cuya propuesta de formalización de un tipo de debate al que llama «formal» (o sea, el debate con reglas bien especificadas) no supone un análisis «formal» de los argumentos en el sentido en el que se había empleado esa expresión (en el sentido de la lógica deductiva estándar): la «lógica» incorporada en sus esquemas (que guardan muchas analogías con los de Toulmin) sería una lógica derrotable o no monótona —los participantes en el debate van cambiando sus posiciones a medida que surgen nuevas informaciones, nuevos argumentos—; el tiempo juega un papel relevante (no es indiferente —como ocurre en la lógica estándar— el orden de las premisas); los movimientos, las jugadas o actos lingüísticos de cada contendiente

no están fijados únicamente por reglas formales e independientes del contexto (como ocurre con las reglas de inferencia clásicas), sino por reglas claramente contextuales que determinan quién tiene la carga de la prueba, cuál es el valor de las presunciones; etcétera.

Entre quienes tienen básicamente un enfoque material de la argumentación, los elementos pragmáticos se introducen a través del papel que se pueda reconocer al diálogo y al consenso como factores para alcanzar la verdad o la corrección. O sea, una concepción puramente material de la argumentación puede concebir la actividad de argumentar en términos individuales, monológicos: las buenas razones serían las que se corresponden con la verdad de los hechos o con la corrección de las normas, sin que para ello se necesite el concurso de los demás. Pero esto es lo que cuestionan las concepciones dialógicas (dialécticas) de la racionalidad. O, mejor dicho, en este tipo de concepciones (las teorías discursivas, procedimentalistas o constructivistas) suelen combinarse elementos de tipo pragmático y de tipo material: el peso de los elementos pragmáticos es determinante si se considera que la verdad o la corrección es el resultado, el consenso al que se llega (o debería llegarse) respetando ciertas reglas de procedimiento; mientras que prevalece el ingrediente material si el acento se pone en la idea de que el diálogo es un instrumento que ayuda a llegar a la verdad o a la corrección, pero carece de fuerza constitutiva, o sea, proporciona un método para hallar unos criterios que existen con independencia del procedimiento.

2. RETÓRICA Y DIALÉCTICA

Las teorías generales, filosóficas, sobre la argumentación (como la de Van Eemeren y Grootendorst [1984] o la de Vega Reñón [2003]) suelen distinguir tres perspectivas en el estudio de los argumentos: la lógica, la dialéctica y la retórica. El hecho de que aquí se haya incorporado la dimensión material tiene que ver, al menos en parte, con el hecho de que nos interesa la argumentación específicamente jurídica; como antes se ha dicho, la concepción o perspectiva material es característicamente sensible a las peculiaridades del campo en el que se argumenta. Y la (relativa) agrupación de las perspectivas dialéctica y retórica se justifica por la mayor dificultad que existe en el Derecho (en relación con otros ámbitos de la argumentación) para poder separar ambos planos: los debates jurídicos miran siempre a la acción y, por tanto, están siempre, directa o indirectamente, vinculados a la persuasión.

En todo caso, la distinción fundamental entre la perspectiva dialéctica y la retórica tiene que ver fundamentalmente con el hecho de que, en el debate dialéctico, los participantes (el proponente y el oponente) tienen (ambos) un rol activo; mientras que en la retórica

sólo una de las partes (el orador, el que construye el discurso) juega un papel activo, el papel del destinatario, el del auditorio, es preponderantemente pasivo (aunque el efecto que su discurso causa en el auditorio sea, obviamente, un elemento que debe tener en cuenta el orador). De aquí se derivan, a su vez, otra serie de diferencias: en la retórica priman los discursos largos, mientras que las intervenciones de cada parte en un diálogo tienden a ser cortas (o más cortas); el discurso retórico es —cabría decir— unidireccional, mientras que el dialéctico avanza en espiral o como una línea quebrada; la dialéctica está más vinculada a la filosofía (al descubrimiento de la «verdad»), mientras que la retórica se inclina más a la literatura, a la psicología o a la política (a otro tipo de valores); las reglas que rigen la dialéctica son esencialmente normas de comportamiento (cuyo cumplimiento puede confiarse a un juez o a un árbitro), mientras que las de la retórica tienen, esencialmente, un carácter técnico (más que cumplirse o incumplirse, se pueden usar o no con éxito); la contradicción (la negación) juega un papel central en la dialéctica, mientras que en la retórica, esa función la cumple más bien la idea de persuasión.

Pero, como se ha dicho, ambas perspectivas tienen muchos elementos en común: por ejemplo, ambas ponen el acento en la argumentación vista como una actividad social y orientada a lograr ciertos efectos en los participantes. Por eso, aunque antes se dijo que la teoría de la argumentación de Perelman representaba esencialmente una concepción de tipo retórico y la de Toulmin una de carácter dialéctico, esas afirmaciones tienen que ser matizadas: en el esquema de Perelman hay también lugar para el debate dialéctico, para el diálogo (el discurso ante un solo destinatario); y Van Eemeren y Grootendorst consideran (yo creo que con cierta exageración) que el esquema de Toulmin es una expansión retórica del silogismo llamado «epiquerema» (un razonamiento compacto en cual las premisas van acompañadas de sus pruebas) en el que se privilegia el papel del proponente, en tanto que el oponente estaría en una actitud básicamente pasiva (Van Eemeren y Grootendorst 1984). En realidad, puesto que la distinción entre retórica y dialéctica parece basarse en elementos graduables, cabría hablar de discursos, de argumentaciones, más o menos dialécticas y más o menos retóricas. Así, en un extremo podríamos situar el diálogo platónico (la dialéctica sin retórica) y en el otro, el llamado género epidíctico o demostrativo (el discurso a propósito de cuestiones sobre las que hay acuerdo, de manera que el auditorio no tiene que pronunciarse a favor o en contra), en el que cabría decir que sólo hay retórica. El discurso jurídico (o los distintos tipos de discursos jurídicos) ocuparían en la escala una posición intermedia.

3. LA DIALÉCTICA COMO PROCEDIMIENTO

Del hecho de que la concepción dialéctica considera la argumentación como una actividad, como una actividad social, se deriva una consecuencia muy importante: las partes de que consta la argumentación (la actividad de argumentar) no son enunciados, sino momentos o fases en cuyo transcurso los participantes llevan a cabo diversos actos de lenguaje. A lo largo del proceso cabe, naturalmente, identificar argumentos (conjuntos de enunciados estructurados de una cierta forma), pero los argumentos son, por así decirlo, medios, instrumentos para el logro del fin de esa actividad. La argumentación así entendida está regida por reglas de procedimiento (distintas en cada tipo de diálogo) que se diferencian de las reglas de inferencia formales o de las reglas metodológicas características, estas últimas, de la concepción material. Las mismas se aplican, por otro lado, a las diversas fases que pueden distinguirse en el proceso argumentativo; cabría hablar, por ejemplo (como lo hacen Van Eemeren y Grootendorst), de una fase de confrontación en la que surge una discrepancia que genera el diálogo; una fase de apertura en la que las partes deciden embarcarse en una discusión de uno u otro tipo; una fase de argumentación, en la que se presentan y evalúan los argumentos y contraargumentos de cada parte; y una fase de conclusión o cierre, cuando se ha alcanzado la finalidad del diálogo, o bien los participantes deciden, por la razón que sea, poner fin al mismo.

Es muy importante darse cuenta de que existen muy diversos tipos de diálogos, cada uno de ellos regido por reglas distintas y dirigido a obtener fines que son también diversos entre sí. Walton (1989) distingue los ocho siguientes tipos de diálogo: las riñas o disputas personales; el debate forense; la discusión crítica o diálogo racional; la investigación; la negociación; la búsqueda de información (por ejemplo, en el interrogatorio de testigos); la incitación a la acción; y el diálogo educativo. La discusión racional es, pues, sólo uno de los posibles tipos de diálogo, aunque juega un papel de particular importancia, ya que viene a encarnar algo así como un ideal de racionalidad dialéctica. Sus reglas han sido sistematizadas en ocasiones en forma de un código de conducta. Así, Alexy (1989), inspirándose fundamentalmente en Habermas, clasifica las reglas del discurso práctico racional en reglas fundamentales, reglas de razón, reglas sobre la carga de la argumentación, formas de los argumentos, reglas de fundamentación y reglas de transición; las más importantes son las de los dos primeros grupos, que recogen la prohibición de contradecirse, la obligación de sinceridad, de universalidad y de univocidad en el uso de los términos (reglas fundamentales), así como la obligación de dar razones cuando se es requerido para ello, y el derecho a participar en el discurso en términos de igualdad y de libertad (reglas de razón).

Esas reglas —según él— rigen también en el discurso jurídico, que es un *caso especial* del discurso práctico racional, y en el que, además, se aplican otras reglas concernientes a la justificación interna y a la justificación externa. Y Van Eemeren y Grootendorst (2004) han formulado una especie de decálogo del discurso crítico (cuyos contenidos son esencialmente coincidentes con los de Alexy), que recoge tanto reglas dirigidas a asegurar el «juego limpio» como a garantizar la pertinencia de las alegaciones o de los argumentos, y la suficiencia y efectividad de la argumentación para resolver la cuestión o llevar a buen fin el debate.

Pues bien, aunque haya razones más o menos obvias para privilegiar el diálogo racional, parece también claro que hay contextos argumentativos de la vida social y jurídica en los que esas reglas no se cumplen, y no tendría sentido tampoco exigir que se cumplieran: los abogados que no siguen del todo el principio de sinceridad o los legisladores que se muestran «parciales» en un debate parlamentario no parecen estar incumpliendo ninguna regla del debate forense o de la argumentación política; no estaría justificado criticarles por proceder así. En mi opinión, es posible conciliar una postura realista (que reconoce que hay formas racionales de argumentación dialéctica —jurídica— que no coinciden con la del «discurso racional») con la atribución de cierta prioridad al discurso crítico racional: bastaría para ello con que el diálogo racional permitiera justificar (como creo que lo permite) 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, lo que es muy distinto.

4. LA ACTIVIDAD RETÓRICA

En la concepción retórica, como se ha dicho, la argumentación se concibe como la actividad que lleva a cabo el orador, dirigida a la producción de un discurso (oral o escrito) con el objetivo último de persuadir a un auditorio. Aristóteles distinguió tres grandes géneros o tipos de retórica: el deliberativo, el judicial y el epidíctico. El género deliberativo se dirige a aconsejar o disuadir sobre la conveniencia de realizar una acción en el futuro. Lo propio del judicial es la acusación y la defensa, y se refiere a hechos pasados. Y en el género epidíctico se trata de alabar o de censurar, su tiempo es el presente, y el discurso se dirige a espectadores que propiamente no tienen que juzgar (juzgan, si se quiere, sobre la capacidad del orador). Aunque Aristóteles dio una cierta prioridad al género deliberativo (que, esencialmente, viene a ser el de la retórica política), la tradición posterior (Cicerón y Quintiliano son los otros dos grandes nombres en la historia de la retórica) se centró sobre todo en la retórica judicial.

Pues bien, en esa tradición se distinguieron cinco fases u operaciones de la actividad retórica que se corresponden con otras tantas habilidades técnicas que debían enseñarse en los cursos de retórica: *inventio*, *dispositio*, *elocutio*, *memoria* y *actio*. El objetivo de la *inventio* era el de fijar el *estado de causa* y encontrar los argumentos que van a ser usados para probar o refutar. La teoría de los estados de causa es un precedente de la tipología que hoy suele hacerse de casos difíciles en el Derecho. Quintiliano (la suya no es la clasificación más detallada) hace una distinción en dos géneros, el racional y el legal, que se corresponden, aproximadamente, con lo que hoy entendemos por cuestiones de hecho y de Derecho. En el primero —el género racional— se distingue entre el estado de causa *conjetural* (si sucedió o no tal hecho; si Ticio mató a Cayo), *definicional* (si el hecho —la acción— fue o no un homicidio) y *cualitativo* o *justificativo* (si el homicidio estuvo o no justificado). El género legal se refiere a cuestiones basadas en un texto legal: cómo interpretarlo cuando hay incertezas respecto a la intención del autor, cuando hay alguna contradicción o ambigüedad; qué debe deducirse de un texto. Y los argumentos (tanto los de naturaleza lógica como los basados en el *ethos* del orador o en el *pathos* del auditorio) son tomados de los lugares comunes, de los tópicos. La *dispositio* consistía en la organización de un discurso (oral o escrito) en partes. Las divisiones básicas eran: el *exordio* o introducción; la *narratio* o exposición de los hechos de la causa; la *divisio*, en donde cabe distinguir la *partitio* (en qué se está de acuerdo con el adversario y en qué se discrepa) y la *distributio* (los puntos que se van a tratar); la *argumentatio* donde se distinguía la presentación de las pruebas favorables y la refutación de las contrarias; y la *peroratio* o conclusión. La *elocutio* consistía en la presentación del discurso de manera atractiva para lograr la persuasión; se incluían cuestiones concernientes a la corrección lingüística, la claridad de expresión, el embellecimiento del texto y la elegancia. Las dos últimas operaciones no son constituyentes del discurso, sino que tienen lugar una vez que se ha producido el discurso: la *memoria* incluía el estudio de técnicas mnemotécnicas; en la *actio* se incluía el estudio de las reglas para el control de la voz y del cuerpo.

Las reglas que rigen todas esas operaciones tienen, al menos en principio, un carácter puramente técnico: son los medios, los instrumentos, que pueden usarse para lograr la persuasión. Y surge, con ello, el problema básico de la retórica, el de su legitimidad, puesto que ese conocimiento podría usarse para persuadir de lo falso y de lo injusto. Esto último es lo que llevó a Platón (en el *Gorgias*; en otras de sus obras —posteriores— modificó, o por lo menos matizó, esa posición) a rechazar la retórica, mientras que su reivindicación por parte de Aristóteles pasa por vincular esta disciplina a la filosofía y a la ética. Más en concreto, Aristóteles pensaba que la retórica era *necesaria*, porque había asuntos simplemente opinables y en relación

con los cuales no era posible una argumentación puramente científica, apodíctica. Y *posible*, porque lo verdadero y lo bueno tiene, en principio, más fuerza que sus contrarios; el fundamento de la retórica presupone, en efecto, cierto optimismo en el género humano, la esperanza fundada en que, si se presentan adecuadamente, las argumentaciones basadas en la verdad y en la justicia son más persuasivas que sus contrarias.

5. DE NUEVO SOBRE LAS FALACIAS

En el capítulo segundo se presentaron las falacias como los argumentos que parecen buenos sin serlo. Y se sugirió una clasificación de las mismas en formales, materiales y pragmáticas, según que infringieran alguna regla de la argumentación de carácter formal (lógico), material (metodológico) o pragmático. La prevalencia de esta última dimensión, sin embargo, tendría que llevar a ver las falacias más que como cosas, como objetos (recuérdese el sugerente símil de Aristóteles con los metales que parecen preciosos sin serlo), como acciones o actividades. Las falacias, cabría decir, son ilícitos argumentativos, acciones contrarias a las reglas de la argumentación, que pueden cometerse a título de dolo (con intención: los sofismas) o de culpa (por imprudencia: los paralogismos).

Las falacias formales no parecen en principio difíciles de detectar, en la medida en que existen reglas de inferencia claras (las de la lógica deductiva estándar). Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que un argumento que no parezca obedecer a un esquema deductivo podría ser simplemente entimemático: o sea, pasaría a ser deductivo si se le añadiese alguna premisa que podría estar más o menos implícita. Y que lo que a veces se presenta como una falacia, por ejemplo, la petición de principio, no parecería serlo desde un punto de vista formal, puesto que en la lógica deductiva (como en su momento hemos visto) en la conclusión no hay nada que no esté antes en las premisas. No hay, por lo demás, en ello nada de paradójico: sencillamente, muchas veces evaluamos los argumentos desde una perspectiva que no es la formal.

Las falacias materiales suponen la transgresión de alguna regla metodológica en relación con el establecimiento de las premisas. No hacen referencia, si se quiere, directamente a la inferencia, pero no cabe duda de que muchos fraudes en la argumentación (en la argumentación jurídica) se deben a ello: a optar por una determinada interpretación de una norma que quien parte de una concepción *esencialista* del lenguaje considera como la única posible; a no advertir la ambigüedad o vaguedad de ciertas expresiones utilizadas en las premisas; a tratar argumentativamente una regla como si se tratase de un principio, o viceversa; etcétera. Por lo demás, y dado que

(como habíamos visto) la forma juega, en los argumentos inductivos, un papel relativamente secundario: los casos de falacias inductivas vienen a ser, básicamente, falacias materiales.

Tal vez pudiera sostenerse que, en último término, todas las falacias son pragmáticas o tienen algún componente pragmático: dependen del contexto, de la finalidad que se persigue con la argumentación. Ahora bien, desde la perspectiva dialéctica no parece haber problema para hablar de falacia cuando se incumple (pero fraudulentamente: con la apariencia de que no es así) alguna de las reglas del discurso racional. Pero parece más difícil pensar que se pueden cometer falacias en el contexto de otros tipos de diálogos (por ejemplo, en un contexto de negociación) y, sobre todo, en relación con la argumentación retórica. ¿Tiene sentido o no hablar de falacias retóricas, de falacias en relación con discursos que parecen estar regidos por la eficacia?

Pues bien, la respuesta es que no lo tiene si la retórica (o la negociación) se entiende exclusivamente como una técnica. En relación con las reglas técnicas no cabe cometer «ilícitos», pues no se puede, en sentido estricto, obedecerlas o desobedecerlas: se siguen, y entonces se logra (o es probable que se logre) la finalidad perseguida, la persuasión; o no se siguen, y entonces lo que ocurre es que el discurso resulta ineficaz, no logra la persuasión. Pero los errores técnicos, el fracaso en lograr la persuasión, no suponen que se haya cometido ninguna falacia. Y sólo tendría sentido afirmar que se ha obtenido el éxito persuasivo de manera falaz cuando para ello se hayan infringido reglas que no pueden ser puramente técnicas, sino éticas (en el sentido amplio de la expresión). El «abuso de la retórica» o la «manipulación retórica» (y algo semejante cabría decir en relación con la negociación) podrían ser ejemplos de falacias que presuponen que en el discurso retórico (o en una negociación) no cuenta únicamente la eficacia, sino también la validez.

La idea del «auditorio universal» de Perelman —el formado por todos los seres de razón—, frente a los auditorios particulares, los auditorios realmente existentes, tiene que ver precisamente con esto, con el esfuerzo por construir un criterio de la argumentación correcta que no se identifica con la eficacia; tiene que ver con la contraposición (como existe también en Habermas, en Rawls, etc.) entre el consenso fáctico y el consenso racional. Por lo demás, en el Derecho parecemos necesitar ambas nociones; lo que caracteriza a la argumentación jurídica (pero no sólo a ella) es el uso (para la construcción de una noción manejable de objetividad) de una combinación de elementos fácticos y elementos normativos; digamos que se busca primero el acuerdo de hecho en ciertas premisas (si faltara esa base común, no se podría propiamente argumentar) y luego se argumenta hipotéticamente: si se acepta *X* e *Y*, entonces tendría que aceptarse también *Z*.

6. EL PAPEL DE LA RETÓRICA Y DE LA DIALÉCTICA EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Las teorías de la argumentación jurídica en el siglo XX surgen, como ya hemos visto, en tanto reacción frente a la lógica deductiva: en el caso de Toulmin y de Perelman, lo que se reivindica es la dialéctica y la retórica, y, en relación con otros de los pioneros, como Recaséns Siches o Viehweg, lo que aparece en un primer plano son más bien los elementos de la concepción material de la argumentación. Por el contrario, como también se había señalado, la teoría estándar de la argumentación jurídica se caracteriza por un intento de integrar (y no de contraponer) la dimensión lógico-deductiva y la dimensión de racionalidad práctica de la argumentación jurídica.

MacCormick (1978), por ejemplo, considera que, en los casos fáciles, la justificación judicial se reduce básicamente a lógica deductiva; mientras que en los casos difíciles, a esa justificación de primer nivel debe añadírsele una de segundo nivel regida por los criterios de universalidad, consistencia, coherencia y adecuación de las consecuencias. Cabría decir que lo que él incorpora son, básicamente, elementos de la concepción material de la argumentación, mientras que los de carácter pragmático tienen un papel limitado; aparecen bajo la forma del «espectador imparcial», al que habría que apelar como criterio último de corrección; pero se trata de una instancia monológica y que no tiene una gran importancia en su obra (aunque las cosas no sean ya del todo así en relación con el «último MacCormick»). Alexy (1989) defiende una concepción de la argumentación jurídica bastante semejante a la de MacCormick, pero, en su caso, el componente pragmático —en particular, dialéctico— sí que es muy destacado; digamos que los criterios de la racionalidad práctica en Alexy tienen un carácter procedimental y dialógico: están incorporados como reglas que han de cumplir quienes participan en la actividad de la discusión racional, y esas mismas reglas se justifican en términos de una pragmática universal o trascendental.

Sin embargo, la teoría dialógica de Alexy se desenvuelve en un plano abstracto y formal; las formas de la argumentación y los esquemas de justificación interna y externa (incluido el de la ponderación) ofrecen una estructura para representar el resultado del proceso de la discusión racional, no el proceso mismo. Se han propuesto, por cierto, modelos para representar ese procedimiento que, sin embargo, presentan algunos inconvenientes. Uno es que, como ya hemos visto, la argumentación jurídica, en todas sus instancias, no puede reducirse a un único tipo de diálogo, el diálogo racional: una de las principales críticas que cabe hacer a la teoría de Alexy es haber realizado ese tipo de reducción. Y otro inconveniente es que no todas las argumentaciones que se producen en ámbitos jurídicos son de carácter dialéctico o se exteriorizan de esa manera; por eso, las «lógicas

dialécticas» pueden ser de interés para construir sistemas expertos que muestran cómo articular una argumentación para defender una determinada tesis, con qué objeciones se puede encontrar, etc., pero no parecen ser necesarias para dar cuenta de la justificación judicial, de la motivación contenida en una sentencia.

Por lo demás, una concepción puramente pragmática de la argumentación jurídica, que se desentienda de sus componentes formales (lógico-deductivos) y materiales, es inadecuada, tanto por razones descriptivas como normativas: no da cuenta de aspectos centrales de la argumentación jurídica; y olvida que el discurso jurídico no tiene que ver únicamente con la aceptación, con el consenso, sino también con otros valores, como la justicia, la verdad o la certeza. Lo cual no quita para que las dimensiones dialécticas y retóricas jueguen, naturalmente, un papel decisivo tanto en relación con el análisis, como con la evaluación y la realización de argumentaciones en el Derecho. Enseguida lo veremos.

MATERIALES

1,A) EL «GIRO PRAGMÁTICO» Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El precursor (o uno de los precursores) del «giro pragmático» en la teoría del razonamiento, en la lógica, ha sido Stephen Toulmin, con su libro *The Uses of Argument*, publicado en 1958. Como ya se ha dicho, de él arranca todo el movimiento que hoy se conoce como «lógica informal». Toulmin no era un jurista, sino un filósofo sin particulares conocimientos del Derecho, a pesar de lo cual el Derecho estuvo muy presente en ese cambio de orientación. Para mostrarlo se reproduce, a continuación, un fragmento de la Introducción al libro mencionado, y la aclaración que formuló sobre ello (sobre su concepción de la lógica) en una entrevista que se le hizo muchos años después.

A) En las primeras páginas de la Introducción a ese libro, Toulmin señala que lo que a él le interesa es la aplicación de la lógica a la evaluación crítica de los argumentos reales, mientras que la lógica, a lo largo de su historia, ha tendido a apartarse de ese aspecto. Repasa a continuación una serie de concepciones sobre la lógica, según cuál haya sido el modelo utilizado para explicar su naturaleza: la psicología (la lógica se ocuparía entonces de las leyes del pensamiento); la sociología (el objeto sería —como ocurre con Dewey— los hábitos desarrollados en el curso de la evolución social), la medicina (la lógica como recomendaciones técnicas para argumentar correctamente) o la matemática (la lógica entendida como el estudio de las relaciones lógicas entre enunciados). Y propone como alternativa el modelo de la jurisprudencia, del Derecho:

> [P]ara romper el poder de viejos modelos y analogías, podemos hacernos con unos nuevos. La lógica trata de la corrección de los enunciados construidos —acerca de la solidez de los cimientos que elaboramos para apoyarlos, acerca de la firmeza del respaldo que somos capaces de darles—o, modificando la metáfora, del tipo de *alegato* que presentamos en defensa de nuestras afirmaciones. La analogía jurídica implicada en esta última manera de presentar este punto podría ser, por una vez, de verdadera ayuda. Así pues, dejémonos de psicología, sociología, tecnología y matemáticas; pasemos por alto los ecos de ingeniería estructural y de *collage* en los vocablos «cimientos» y «respaldo», y tomemos como modelo propio la disciplina de la jurisprudencia. La lógica, podríamos decir, es una jurisprudencia generalizada. Los argumentos pueden compararse con las demandas judiciales, y las afirmaciones que se realizan y argumentan en contextos extra-legales, con afirmaciones hechas ante los tribunales, mientras que las razones presentadas para apoyar cada tipo de afirmación pueden ser comparadas entre sí. Una de las tareas capitales de la jurisprudencia es caracterizar los elementos esenciales del proceso legal: los procedimientos o trámites por medio de los cuales las demandas se presentan ante la ley, se debaten y se determinan, así como las categorías en que esto se lleva a cabo. Nuestra propia investigación es paralela: nuestra finalidad es, análogamente, caracterizar lo que

podría llamarse «el proceso racional», los trámites y categorías que se emplean para que las afirmaciones en general puedan ser objeto de argumentación y el acuerdo final sea posible.

En realidad, podemos preguntarnos si estamos siquiera ante una analogía. Hemos visto cuán estrecho es el paralelismo que puede dibujarse entre ambas disciplinas, hasta el punto de que el término «analogía» resulta demasiado vago y el de «metáfora» induce a confusión. Más aún, los procesos judiciales son sólo una clase especial de debates racionales en los que los procedimientos y reglas de la argumentación se han fosilizado al convertirse en instituciones. Ciertamente, no choca que un profesor de Derecho aborde, como problemas propios de su especialidad, cuestiones que resultan familiares en los tratados sobre lógica —cuestiones, por ejemplo, sobre la causación—; además, a Aristóteles, como ateniense, el trecho que va de la argumentación ante un tribunal a la argumentación en el liceo o el ágora le habría parecido todavía menor de lo que nos parece a nosotros.

Hay una virtud especialmente destacada en el paralelo entre lógica y jurisprudencia, que contribuye a mantener en el centro del cuadro la función *crítica* de la razón. Puede que las reglas de la lógica no consistan en recomendaciones, pero así y todo se aplican a los hombres y sus argumentos, no de la manera en que lo hacen las leyes de la psicología o las máximas de un método, sino como estándares de éxito que miden si se ha logrado el objetivo propuesto, que un hombre al argumentar puede haber alcanzado o no, y a partir de los cuales se pueden juzgar sus argumentos. Un argumento sólido, una afirmación bien fundamentada y firmemente respaldada, es el que resiste la crítica, aquel para el que se pueden presentar razones que se aproximan al nivel requerido, si es que ha de merecer un veredicto favorable. Cuántos términos legales encuentran aquí su extensión natural. Surge incluso la tentación de añadir que las pretensiones extra-judiciales deben ser justificadas no ante los jueces de Su Majestad, sino ante el «Tribunal de la Razón» (Toulmin 1958: 7-8)[1].

B) La primera [pregunta: sobre la concepción de la lógica] se refiere a lo que yo pretendía en 1957 cuando escribí ese libro [...]. Lo que yo pretendía era establecer una contraposición entre una concepción del razonamiento que considera el razonamiento como una actividad que tiene lugar dentro de una situación humana y en el contexto de unos determinados intereses, etc., y una concepción del razonamiento humano que considera éste como una relación interna entre proposiciones. Ahora bien, si nos remontamos 35 años atrás, la filosofía del siglo XX tenía que experimentar todavía muchos cambios, y lo que ha sucedido mientras tanto dentro de la filosofía ha dado lugar a una situación en la que la mayoría de la gente piensa ahora acerca de la filosofía del lenguaje en términos de emisiones, de juegos de lenguaje, de formas de vida, de locuciones, de realizaciones lingüísticas, en términos todos ellos de John Austin y de John Searle, por no mencionar al segundo Wittgenstein y a sus discípulos. De modo que la actitud hacia la lógica que compartieron filósofos como Russell, Quine y Church, a saber, que el tema de la lógica son las relaciones internas entre proposiciones, es una actitud que hoy está realmente en declive, o por lo menos no es ya la posición dominante, o al menos no lo es en la filosofía angloamericana. Pues bien, recuerde usted que cuando escribí ese libro, el libro estaba dirigido contra aquellos que, en conjunto, se inclinaban todavía a pensar que la unidad de pensamiento es la proposición y no la emisión (lingüística). Y así, cuando yo criticaba la deducción, cuando criticaba el

1. He seguido, con algún leve retoque, la traducción de la versión castellana del libro.

monopolio de la inferencia deductiva, tanto en mi primer libro sobre ética, como después en *The Uses of Argument*, en lo que yo estaba pensando era en filósofos que tenían esa clase de concepción de la lógica. [...]

La cuestión es qué entendía yo por jurisprudencia al decir eso [que la lógica es jurisprudencia generalizada]. Pues bien, yo diría, mirando hacia atrás, que al hablar así yo estaba viendo en la jurisprudencia el mejor ejemplo de razonamiento práctico, elevado a la forma de una actividad intelectualmente seria y profundamente reflexiva. De suerte que, lo que estaba diciendo es que la lógica, en el sentido de una explicación general del razonamiento y la racionalidad, debería operar buscando el mismo nivel de sofisticación formal y de reflexividad humana que la mejor jurisprudencia alcanza. Éste es el espíritu, estoy seguro, de lo que dije en ese libro (Atienza y Jiménez 1993: 337-338 y 341).

2,A) LA DIALÉCTICA EN EL CONTEXTO DE LA RETÓRICA

En *L'empire rhétorique: rhétorique et argumentation* (Perelman 1997), Perelman desarrolla algunos aspectos del libro escrito conjuntamente con Olbrechts-Tyteca, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation.* Así, en el capítulo 1 propone abandonar la distinción tradicional entre dialéctica y retórica, pues, en su opinión, en ambos casos se trataría de un discurso no demostrativo, dirigido a persuadir. La distinción fundamental, para él (como se subraya en *La nueva retórica* y en el resto de las obras de Perelman), es la que tiene lugar entre *demostración* y *argumentación*; entre los razonamientos lógicos (estudiados por Aristóteles en los *Primeros* y los *Segundos Analíticos*), que se caracterizan por ser formales (válidos con independencia del contenido de sus términos) y porque establecen una conexión entre la verdad de las premisas y la de la conclusión, y los razonamientos «dialécticos» (de los que Aristóteles se había ocupado en otras obras: en *Tópicos*, en *Refutaciones sofísticas* y en *Retórica*), que parten de premisas meramente probables y pretenden simplemente persuadir no sobre la verdad, sino sobre el carácter justificable de una opinión. Perelman considera a este respecto que la redefinición de «dialéctica» que introdujo Petrus Ramus en el Renacimiento, al incluir en esa disciplina el estudio de todos los tipos de razonamiento (los dialécticos y los lógicos), produjo la degeneración y la muerte de la retórica, pues esta última disciplina quedó confinada al estudio del arte de la elocuencia:

Podemos ver de manera inmediata que el razonamiento dialéctico arranca de tesis que son generalmente aceptadas, con el propósito de alcanzar la aceptación de otras tesis que podrían ser o que son controvertidas. Así, lleva a persuadir o a convencer. Pero los casos de razonamiento dialéctico no están constituidos por series de inferencias válidas e incontestables; más bien hacen avanzar *argumentos* que son más o menos fuertes, más o menos convincentes, y que nunca son puramente formales. Además, como Aristóteles observó, un argumento persuasivo es uno que persuade a aquel al que se dirige; ello significa que, a diferencia de los procesos de razonamiento analítico, un argumento dialéctico no puede ser impersonal, pues su valor deriva de su acción sobre la mente de alguna persona. Como consecuencia, es necesario que distingamos claramente el razonamiento

analítico del dialéctico: el primero tiene que ver con la verdad, y el último con la opinión justificable. Cada campo de pensamiento requiere un tipo diferente de discurso; tan inapropiado sería que un matemático se conformase con argumentos meramente razonables como exigir pruebas científicas a un orador.

Pues bien, en relación con esta distinción, la innovación introducida por Petrus Ramus resultó ser un error que fue fatal para la retórica. Empezando con el *trivium*, con las artes del discurso, Ramus definió la gramática como el arte de hablar bien, esto es, de hablar correctamente; la dialéctica como el arte de razonar bien; y la retórica como el arte de la elocuencia y del ornato usando el lenguaje. Al considerar la dialéctica como «el arte general de inventar [descubrir] y de juzgar sobre todas las cosas», afirmó que «hay sólo un método, que es el de Platón y Aristóteles [...] este método se encuentra en Virgilio, en Homero y en Demóstenes, rige las matemáticas, la filosofía, las opiniones y la conducta humana».

Así, de un plumazo, Ramus dejó a un lado la distinción aristotélica entre juicios analíticos y dialécticos, justificando su actitud de esta manera: «pues aunque algunas cosas cognoscibles son necesarias y científicas, mientras que otras son contingentes y están sometidas a la opinión, si en todos los casos, la acción de ver es común en relación con la vista de los colores mutables tanto como con la de los inmutables, así, el arte del conocimiento, esto es, la dialéctica y la lógica es una y la misma doctrina para la apercepción de todas las cosas».

El alcance que se le estaba dando ahora a la dialéctica, al abarcar tanto el estudio de las inferencias válidas como el arte de encontrar y descubrir argumentos, despojó la retórica de Aristóteles de sus dos elementos esenciales, la invención y la disposición, dejando sólo la elocución, el estudio de las formas de ornamentación del lenguaje. [...]

El objeto de la nueva retórica, que amplifica tanto como extiende la obra de Aristóteles, es, así, el estudio de estos argumentos [los argumentos no demostrativos] y de las condiciones de su presentación.

Aristóteles contrapuso la retórica a la dialéctica cuando examinó esta cuestión en *Tópicos*, viendo, sin embargo, en la retórica la contraparte, el *antitrophos*, de la dialéctica. Para él, la dialéctica concierne a los argumentos utilizados en una controversia o discusión con un individuo, mientras que la retórica se refiere a la técnica del orador al dirigirse a una multitud reunida en la plaza pública —un grupo de gente al que falta tanto el conocimiento especializado como la capacidad para seguir una cadena larga de argumentos.

En contraste con la retórica antigua, la nueva retórica concierne al discurso dirigido a *cualquier clase de auditorio* —una multitud en una plaza pública o una reunión de especialistas, un único ser o toda la humanidad—. También examina los argumentos dirigidos a uno mismo en la deliberación privada o lo que ahora es comúnmente denominado «comunicación interpersonal». Dado que se dirige al estudio del discurso no demostrativo, su análisis del razonamiento no se limita a las inferencias formalmente correctas o a cálculos más o menos mecánicos. La teoría de la argumentación, concebida como nueva retórica o dialéctica, cubre todo el ámbito del discurso dirigido a la persuasión y a la convicción, cualquiera que sea el auditorio al que se dirige y cualquiera que sea su objeto. El estudio general de la argumentación puede ampliarse mediante metodologías especializadas de acuerdo con el tipo de auditorio y con la naturaleza de la disciplina, siempre que aparezca útil. De esta manera podemos desarrollar una lógica jurídica o filosófica que serían la aplicación específica de la nueva retórica al Derecho o a la filosofía (Perelman 1997: 2-5).

1) ¿Es aceptable la propuesta de Perelman? ¿Se puede prescindir de la distinción —o subdistinción— entre retórica y dialéctica? ¿No capta, por ejemplo, el esquema de argumentación que propone Toulmin, algo que escaparía al modelo de Perelman: orador-discurso-auditor (persuasión)?

2) Lo que Perelman denomina carácter «no-impersonal» de la argumentación dialéctica (frente al razonamiento analítico), ¿tiene que ver con el hecho de que él está considerando la argumentación desde una dimensión o perspectiva pragmática?

2,B) EL ARTE DE DISPUTAR Y LA RETÓRICA

En su monumental obra *Institutiones Oratoriae*, Quintiliano señala en varios lugares las afinidades existentes entre la retórica y la dialéctica, y la utilidad que para el orador tiene el conocimiento de la dialéctica. Pero, en su opinión, la técnica retórica no se adquiere simplemente por dominar el arte de la disputa:

> Y como los entrenadores de lucha libre no enseñan a sus discípulos las agarradas, que llaman *números* —registros—, con el objeto de que usen de todos los que aprendieron, en la competición de una misma lucha (porque en ella significan más el *peso*, la *resistencia* y el *espíritu de combate*), sino para que se tenga a disposición aquella provisión abundante, de la que apliquen uno u otro número, según se le diere su oportunidad: así, esta parte de la Dialéctica, o bien se prefiera llamarla *arte de disputar*, igual que es muchas veces útil en las definiciones, en la formación de conceptos, en discernir los que constituyen diferencias, en la eliminación de la ambigüedad, en las distinciones, en las divisiones, en hacer caer en una trampa, en envolver al contrincante, de igual modo, si en el Foro se abroga todo el protagonismo del debate, hará resistencia con sus mejores posibilidades, y con su misma sutileza consumirá las fuerza dialécticas, cortadas a medida de la personal agudeza. Así pues, cabe encontrar a ciertos dialécticos de admirable astucia en el arte de disputar que, cuando se apartan de esta escaramuza, no ofrecen, en un proceso judicial de mayor seriedad, más de lo que pueden ciertos animalitos que, moviéndose libres en espacios reducidos, se dejan cazar a campo abierto (Quintiliano 1997: libro XII, cap. 2, 10-14).

1) ¿Significa lo anterior un desmentido a la tesis de Perelman (*vid.* V,2,A) que viene a situar la dialéctica en el campo de la retórica? ¿Están la retórica y la dialéctica, en definitiva, en la relación de todo a parte o se trata de una conexión distinta?

2) ¿Por qué el arte de la dialéctica no es suficiente para actuar con competencia en un contexto jurídico (judicial)? ¿Por falta de conocimiento (y de destreza) en el campo de la argumentación o por falta de conocimiento propiamente jurídico?

3,A) NECESIDAD DE LA DIALÉCTICA

Al comienzo de *El arte de tener razón*, Schopenhauer explica por qué la dialéctica, la dialéctica erística, es necesaria:

Todos tienen, pues, su propia *dialéctica natural*, del mismo modo que tienen su propia *lógica natural*. Sin embargo, aquélla no le guía ni mucho menos con tanta seguridad como ésta. Nadie pensará o inferirá fácilmente en contra de las leyes lógicas: los juicios falsos son frecuentes, los silogismos falsos sumamente raros. No es fácil, pues, que un hombre muestre falta de lógica natural, al contrario de lo que ocurre con la falta de dialéctica natural: ésta es un don natural desigualmente repartido (y similar en esto a la facultad del juicio, que está repartida de forma muy desigual, en tanto que la razón lo está por igual). [...]

Para plantear con limpieza la *dialéctica* es preciso considerarla únicamente como *el arte de llevar razón* (sin preocuparse por la verdad objetiva, que es asunto de la lógica), cosa que, sin duda, será tanto más fácil cuando se tenga razón en el asunto mismo. Sin embargo, la dialéctica como tal únicamente debe enseñar cómo defenderse frente a ataques de todo tipo, especialmente frente a los de mala fe, y cómo uno mismo puede atacar lo que el otro afirma sin contradecirse a sí mismo y, en general, sin ser refutado. [...] Pero incluso cuando se tiene razón, se necesita la dialéctica para defenderla, y uno debe conocer las estratagemas de mala fe para enfrentarse a ellas; es más, uno mismo debe utilizarlas con frecuencia para atacar al adversario con sus propias armas. Por lo tanto, en la dialéctica hay que dejar a un lado la verdad, o considerarla accidental, y atender únicamente a cómo defiende uno sus afirmaciones y refuta las del otro: al considerar las reglas a este efecto, uno no debe tener en cuenta la verdad objetiva, porque por lo general se ignora dónde está. Muchas veces ni uno mismo sabe si tiene razón o no, muchas veces cree tenerla y se equivoca, muchas veces lo creen ambas partes: pues *veritas est in puteo* [...] Al surgir la discusión, generalmente todos creen tener la razón de su parte; en su transcurso, ambas partes empiezan a dudar: es el final el que debe establecer, confirmar la verdad. La dialéctica, pues, no tiene que entrar en esto, del mismo modo que el maestro de esgrima tampoco considera quién tenía realmente razón en la discusión que originó el duelo: tocar y parar, de eso se trata en la dialéctica. Es una esgrima intelectual: solo así entendida puede plantearse como disciplina por derecho propio, pues si nos propusiéramos como finalidad la pura verdad objetiva, tendríamos la simple *lógica*; por el contrario, si nos propusiéramos como finalidad la imposición de tesis falsas, tendríamos la simple *sofística*. Y en ambas se daría por supuesto que ya sabíamos qué es objetivamente verdadero y falso: pero raras veces se tiene certeza de esto de antemano. El verdadero concepto de dialéctica es, por tanto, el expuesto: esgrima intelectual para llevar la razón en la discusión. Aunque el nombre de *erística* sería más adecuado, el más exacto quizás sea el de dialéctica erística. Y es muy útil: en los tiempos recientes se ha descuidado injustamente.

[...] La dialéctica científica en nuestro sentido tiene, por tanto, como tarea principal *establecer y analizar aquellas estratagemas de la mala fe en la discusión*, para reconocerlas y aniquilarlas de inmediato en los debates reales. Precisamente por eso en su exposición debe tomarse como finalidad el mero tener razón por sí solo, no la verdad objetiva (Schopenhauer 2002: 17 y 26-28).

3,B) EL *ARS OBLIGATORIA* Y LA *DISPUTATIO*

En un libro dedicado a estudiar la idea y los usos de la demostración en la Baja Edad Media, Vega Reñón (1999) da cuenta de dos instituciones escolásticas que encarnan dos procedimientos de argumentación dialéctica: el *ars obligatoria* y la *disputatio*. El primero de ellos guarda afinidades obvias con la dialéctica aristotélica de los *Tópicos* (aunque el tipo de dis-

cusión que interesaba a Aristóteles tenía un carácter más cooperativo que competitivo) y con las «lógicas dialécticas» contemporáneas. Y en cuanto al método de las *disputationes* (orales o escritas), Vega considera que se trata esencialmente «de un fruto autóctono [de la escolástica] desarrollado a partir de la *lectio* y al hilo de la importancia y la complejidad crecientes de la *quaestio*» (p. 189). La *lectio* comprendía tres fases: la «división» o análisis del texto; la «exposición» o comprensión del texto en su literalidad y en sus sentidos más profundos, lo que supone «interpretación y solución ulterior de posibles dudas o problemas conceptuales» (p. 178); y la «explicación» o resolución de las dudas a propósito del lenguaje empleado en el texto. La segunda fase (la exposición) es la más importante e involucra el planteamiento de cuestiones, entendiendo por «cuestión», «la 'disyuntiva' cuyas partes parecen contar ambas con pruebas a favor de su verdad» (p. 182)[2]. El manejo de estos procedimientos y técnicas presupone la existencia de maestros (*magistri*) que son los primeros profesionales de la argumentación en Occidente, y aparecen en las escuelas y universidades medievales a partir del siglo XII:

> A las dos perspectivas anteriores sobre la argumentación [la silogística y la lógica de las *consequentiae*, el estudio de los requisitos que determinan la presencia de relaciones de consecuencia: esta segunda perspectiva es más amplia que —abarca— la primera], los medievales añaden una tercera un tanto original. Viene propiciada por las tradiciones discursivas orales y por la institución escolástica de la *disputatio*. Pero, desde el siglo XIII, se presenta bajo la forma normativizada y especializada de un arte, compuesto por reglas y convenciones de confrontación dialéctica, por *obligationes*. Dados dos interlocutores, uno que actúa como «defensor» y el otro como su «oponente» en torno a una cuestión, las *obligationes* son, en general, los compromisos discursivos que corresponden a dichos papeles —especialmente al «defensor»— según unas reglas de juego que determinan sus intervenciones alternativas en el curso de la discusión.
>
> El interés por las porfías de este género, dialécticas o «dialógicas», puede parecernos cualquier cosa menos sorprendente. En nuestra tradición cultural, los documentos textuales de unos debates de ese tipo se remontan al *elenco* socrático de los diálogos juveniles de Platón. Y el libro VIII de los *Tópicos* de Aristóteles ya contiene una regulación clásica de los dos papeles complementarios de los participantes, el que «responde» y el que «pregunta» (o «cuestiona») acerca de una tesis abierta (*e.g.* del tenor de «¿es preferible causar un daño o padecerlo?»), y un primer análisis de las estrategias oportunas para llevar el debate a buen fin. Saltando al otro extremo del arco, en la actualidad, las llamadas «lógicas dialécticas» proliferan de tal modo que amenazan con desterrar los tratamientos de la argumentación que no aspiren a regular, de una forma u otra, esta suerte de discusiones o «diálogos»; por lo demás, la «racionalidad dialógica» también tiene hoy la bendición de varias y diversas éticas y filosofías. [...]
>
> El curso de la discusión, en una de las variantes típicas de la disputa medieval gobernada por el *ars obligatoria*, podría discurrir esquemáticamente como sigue:

2. Luis Vega toma la definición de Gilberto de Poitiers.

A) *oponente*	*B*) *defensor*
1. «Te propongo α_1» (*e.g.*α_1= «Todo hombre está corriendo»)	«Admito α_1» [Otras opciones: «niego, «dudo»]
2. «Te propongo α_2» (= «Eres un hombre»)	«Concedo α_2»
3. Te propongo α_3» (= «Estás corriendo»)	«Concedo α_3 / «Niego α_3
4. «Te propongo no-α_2»	«Niego» / «Concedo»
...	...

«Cedat tempus» [Fin de la discusión]

La propuesta inicial, α_1, puede ser admitida si se trata de una proposición posible —por lo regular no tendría mucho sentido partir de una proposición lógicamente imposible, al menos a la luz de la regla familiar: «de una proposición imposible se sigue cualquier otra»—. α_2 es, a su vez lógicamente indiferente, pues ni ella ni su negación se siguen de la propuesta inicial, y se concede por ser verdadera. El paso 3 abre un posible conflicto en el caso de que nuestros dos interlocutores no discutan corriendo y *B*, en particular, esté sentado: entonces α_3 debería concederse como consecuencia de los pasos 1-2; pero ¿no cabría negar α_3 dado que no es verdadera? El desenlace 4 resulta de esta opción previa: si el defensor opta por la verdad circunstancial y niega α_3, incurre en inconsistencia. La regulación de las *obligationes* o deberes del papel de defensor trata de prevenir, entre otras cosas, conflictos de este tipo.

El oponente gana si hace caer al defensor en una inconsistencia discursiva, dentro del tiempo acordado; el defensor gana si logra sortearla. La *inconsistencia discursiva* tiene un cariz argumentativo y pragmático. No se trata de una noción genuinamente medieval, pero creo que se acomoda a los supuestos de victoria/derrota que obran en este contexto. Entiendo que α es *discursivamente inconsistente* con α' si: (*i*) α es un aserto admitido o concedido por el defensor en el curso de la discusión; (*ii*) α' es un aserto que el defensor está *obligado* a conceder en virtud de las reglas de juego de las *obligationes*, dentro del tiempo de discusión convenido; (*iii*) α y α' son incompatibles en el marco de discurso dado. [...]

Este juego ya no tiene por qué ser tan cooperativo como la dialéctica aristotélica. Otros fines tradicionales de la dialéctica se ven subordinados asimismo al análisis de las dificultades que rodean la aserción de ciertas proposiciones mediante la exploración de sus implicaciones —de ahí la importancia que los tratados de *Obligationes* del siglo XIII empiezan a reconocer a las *consequentiae*—. Este ánimo general de análisis puede concretarse en propósitos tan dispares como: 1) la puesta a prueba de la competencia lógica y discursiva de un examinando; 2) la resolución de un puzle lógico [...]; o 3) la investigación de situaciones consecuentes o compatibles con el caso propuesto inicialmente. [...]

Ahora bien, donde la originalidad del arte medieval de las *obligationes* se muestra con toda plenitud es, a mi juicio, en los tres rasgos siguientes:

a) Toma como objeto de análisis y de regulación *obligatoria* ciertas actitudes proposicionales que cabe calificar de *argumentativas*: «concedo», «dudo», «niego», etc. Al referirse a estas actitudes argumentativas, el análisis medieval se mueve en un campo distinto del que prefieren otras perspectivas, digamos la «lógica» o la «lingüística», más pendientes, respectivamente, de los productos textuales (esquemas de argumentos), o de las condiciones y convenciones lingüísticas que dirigen el flujo interactivo de una conversación. [...]

b) Estas actitudes y sus implicaciones son consideradas en múltiples planos: en el plano dialéctico del *ars obligatoria*, en el plano ético de unas virtudes argumentativas, en el plano técnico de la resolución de cuestiones con proyección no sólo sobre la lógica (*e.g.* los llamados *sophismata logicalia*) sino sobre la filosofía natural (*sophismata physicalia*). A título de muestra, recordemos las virtudes del buen defensor que Boecio de Dacia planteaba como requisitos para una discusión cooperativa y fructífera: (*i*) la disposición a conceder (o negar) al oponente todo cuanto él mismo se concedería (o negaría) si discurriera sobre la cuestión debatida por propia cuenta; (*ii*) la inclinación natural o el hábito adquirido de conceder lo verdadero y negar lo falso, amén del amor a la verdad por sí misma; (*iii*) el cuidarse de ser perverso, de mantener una postura para la que no tendría razón alguna o de la que ninguna razón podría apartarlo. [...]

c) Desarrollan diversas «normativas de la discusión» (*artes obligatoriae*) y prestan gran atención a ciertos puntos críticos, como la ambigüedad o reflexividad de una propuesta o la regulación de las proposiciones lógicamente independientes (no pertinentes) en el curso del debate. En esta línea, el género de las *obligationes* guarda un notable aire de familia con otras áreas características del análisis lógico medieval, por ejemplo, los *sophismata*, los *insolubilia*, las *consequentiae*. [...]

Las *disputationes* escritas guardan una relación estrecha con las formas escolásticas de investigación y de sistematización de cuerpos de conocimientos, punto que conviene resaltar. Su práctica académica revela dos dimensiones institucionales que ya nos son familiares: constituye, por un lado, un procedimiento estándar de aprendizaje, ejercicio y entrenamiento; rinde, por otro lado, el servicio de poner a prueba la competencia de un aspirante o la excelencia de un profesional de la argumentación, ante unos jueces o frente a otros competidores. Pero su proyección escrita cuenta con una dimensión metodológica de no menor importancia. Representa, de entrada, un patrón dialéctico general: viene a ser una «interacción silogística con miras a hacer ver (hacer saber) algo propuesto (*actus syllogisticus unius ad alterum ad aliquod propositum ostendendum*)», según reza la definición de *disputatio* del *De fallaciis* que algunos atribuyen a Tomás de Aquino [...]. Pero también es un camino de investigación y de organización discursiva del conocimiento, pues «al conocimiento (*scientia*) de la verdad corresponde aceptar uno de los contrarios y rechazar el otro» —declara el propio Tomás en la *Summa contra gentiles*, I 1—. La *disputatio* es, en este sentido, un proceder metódico que acompaña a la constitución de la teología como disciplina racional desde el siglo XIII, mientras extiende su sombra por el campo de la filosofía.

Un esquema de su formato en esta perspectiva podría ser el siguiente:

a) Planteamiento de una *quaestio*, una proposición en tela de juicio, «propositio dubitabilis» como objeto de investigación («Quaeritur...»). Siendo α_1 y α_2 dos casos contrarios o, más comúnmente, contradictorios, caben las fórmulas: «utrum α_1 aut α_2», «an α_1 [α_2] sit», *e. g.* «la doctrina sagrada, ¿es una ciencia o no?», *ST* I 1, q. 1, a. 2.

La duda o cuestión no estriba en una situación genérica de incertidumbre, sino en la existencia de elementos de juicio o de prueba a favor de las dos alternativas envueltas. Nos movemos en el terreno aristotélico del «problema» dialéctico (*e.g. Top.* 101b28-37).

b) Procedimiento «disputativo»: argumentos contrapuestos, con dos variantes de presentación:

[b.1] Razones a favor de α_1, razones a favor de α_2 («Sed contra...») [...]

[b.2] Razones a favor de α_2 («Videtur quod non»), razones a favor de α_1 («Sed contra...») [...]

Por otro lado, la misma *Suma* tomista puede ejemplificar la índole de las razones aducidas en el campo doctrinal de la teología. Según un cómputo de Elders [...], Tomás de Aquino emplea 2073 argumentos pro/contra fundados en autoridades teológicas, 338 fundados en autores filosóficos y 321 fundados en la sola razón. [...]

c) Determinación: «respondeo dicendum...», *i. e.*: «asumo α_1 arguyendo...». Se trata de la formulación de la tesis magistral y de su justificación argumentada. La proporción anterior de los argumentos de autoridad y de razón podría extenderse a esta justificación.

d) Resolución —por refutación— o disolución —mediante distinciones— de las dificultades creadas por las razones a favor de α_2. Por lo regular, el proceder tomista se sirve de tres formas de descartar las razones opuestas: por invalidación cabal del argumento («ratio non sequitur», «nego consequentiam»); por no pertinencia («ratio locum non habet», «non est eadem ratio»); por distinciones y matizaciones de carácter conceptual o de carácter hermenéutico («non procedit quantum ad... [secundum..., ex parte]») (Vega Reñón 1999: 114-121 y 184-186).

1) ¿Qué diferencias existen entre esos dos procedimientos dialécticos: el *ars obligatoria* y la *disputatio*? Luis Vega escribe lo siguiente al respecto: «Conviene tener presente que las *disputationes* escolares son más informales y abiertas que la pautada por el *ars obligatoria* [...]. A los papeles del defensor y oponente que cruzan razones, autoridades y distinciones pro y contra, se añade el del *determinans*, que determina el desenlace de la discusión: dictamina la posición correcta o dilucida el punto en cuestión, papel de responsabilidad confiado a alguien con la debida graduación académica» (p. 177).

2) ¿Tenemos aún algo que aprender de esas instituciones? ¿Tendría algún sentido volver a ponerlas en circulación? ¿Ayudarían a aprender a argumentar? Según el cálculo efectuado por Luis Vega, «la formación reglamentaria de un profesional consumado de la argumentación, como debería serlo un *magister* de Teología, venía a suponer no menos de veinte años de entrenamiento dialéctico. Un universitario 'estatutario' común se podía pasar entre los catorce o quince años y los treinta y tantos envuelto en debates regulares y otras varias formas de *disputatio* para llegar a esa culminación de su carrera académica» (p. 177).

3,C) LAS REGLAS DEL DISCURSO PRÁCTICO RACIONAL SEGÚN ALEXY

En su influyente obra *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Robert Alexy (1989) defendió la «tesis del caso especial», según la cual la argumentación jurídica, en todas sus instancias, sería un caso especial de la argumentación práctica general, lo que significa que la misma está regida por esas reglas generales y por las específicas del discurso jurídico; estas últimas, a su vez, pueden referirse a la justificación interna o a la justificación externa. He aquí la presentación que, en el apéndice de su libro, el propio Alexy hace de las reglas y de las formas de los argumentos del discurso práctico general:

LAS REGLAS Y FORMAS DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL

1. *Las reglas fundamentales*

(1.1) Ningún hablante puede contradecirse.

(1.2) Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree.

(1.3) Todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *a* debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes.

(1.3') Todo hablante sólo puede utilizar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmase que son iguales en todos los aspectos relevantes.

(1.4) Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados.

2. *Las reglas de razón*

(2) Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación.

(2.1) Quien pueda hablar puede tomar parte en el discurso.

(2.2) (*a*) Todos pueden problematizar cualquier aserción.

(*b*) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

(*c*) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

(2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en 2.1 y 2.2, mediante coerción interna o externa al discurso.

3. *Las reglas de carga de la argumentación*

(3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo.

(3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello.

(3.3) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos.

(3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.

4. *Las formas de argumentos*

(4) $\dfrac{\begin{array}{l}G\\R^*\end{array}}{N^*}$

(4.1) $\dfrac{\begin{array}{l}T\\R\end{array}}{N}$ (4.2) $\dfrac{\begin{array}{l}F'\\R\end{array}}{N}$

(4.3) $\dfrac{\begin{array}{l}F_R\\N'\end{array}}{R}$ (4.4) $\dfrac{\begin{array}{l}T'\\R'\end{array}}{R}$

(4.5) Ri P Rk o bien R'i P R'k

(4.6) (Ri P Rk)C o bien (R'i P R'k)C

5. *Las reglas de fundamentación*

(5.1.1) Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas.

(5.1.2) Las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses de cada uno deben poder ser aceptadas por todos.

(5.1.3) Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

(5.2.1) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica. Una regla moral no pasa semejante prueba:

a) Si aunque originariamente se pudiera justificar racionalmente, sin embargo, ha perdido después su justificación, o

b) Si originariamente no se puede justificar racionalmente y no se pueden aducir tampoco nuevas razones que sean suficientes.

(5.2.2) Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual. Una regla moral no pasa semejante prueba si se ha establecido sólo sobre la base de condiciones de socialización no justificables.

(5.3) Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados.

6. *Las reglas de transición*

(6.1) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico).

(6.2) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje.

(6.3) Para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso.

3,D) FASES DEL DIÁLOGO CRÍTICO Y CÓDIGO DE CONDUCTA PARA DISCUTIDORES RAZONABLES

Frans H. van Eemeren y Rob Grootendorst han llevado a cabo una aproximación pragma-dialéctica a la argumentación en la que el diálogo o discurso crítico ocupa un lugar de gran relieve (*vid.* II,2,A). Ese modelo dialógico es visto como un proceso para la resolución de una diferencia de opinión sobre una cuestión teórica o práctica y en el mismo distinguen cuatro fases o etapas: confrontación, apertura, argumentación y cierre. Además, formulan un código de conducta que tendrían que cumplir quienes participan en ese diálogo crítico como discutidores razonables, y que se sintetiza en diez mandamientos (diez prohibiciones):

Analíticamente pueden distinguirse cuatro etapas en el proceso de resolución de una diferencia de opinión, por las que tienen que pasar los participantes en un intercambio argumentativo de puntos de vista para llegar a una resolución de una diferencia de opinión. Estas etapas —que llamamos *etapas de discusión* de una discusión crítica— son la etapa de «confrontación», la etapa de «apertura», la etapa de «argumentación» y la etapa de «conclusión». En la práctica

argumentativa, no se necesita pasar explícitamente por las cuatro etapas, y mucho menos de una vez en su totalidad y en el orden señalado, pero una diferencia de opinión sólo puede resolverse de manera razonable si se hace frente de manera apropiada, sea explícita o sea implícitamente, a cada etapa del proceso de resolución.

En la *fase de confrontación* de una discusión crítica resulta claro que hay una tesis que no es aceptada porque tropieza con una duda o una contradicción, estableciéndose así una diferencia de opinión. [...] Sin esa confrontación real o presunta no hay necesidad de una discusión crítica.

En la *fase de apertura* las partes, en relación con la diferencia de opinión, tratan de descubrir cuántos elementos comunes de carácter relevante comparten (formato de la discusión, presupuestos, valores, etc.), en orden a poder determinar si su «zona de acuerdo» procedimental y sustantiva es suficientemente amplia como para poder llevar a cabo una discusión fructífera. [...] En muchos casos, la etapa de apertura de un intercambio argumentativo de puntos de vista permanecerá ampliamente implícita, porque se asume de manera en general tácita que existe la base común requerida.

En la *fase de argumentación*, los protagonistas avanzan sus argumentos a favor de sus tesis que pretenden superar sistemáticamente las dudas del antagonista o refutar las reacciones críticas establecidas por el antagonista. Los antagonistas indagan si ellos consideran como aceptable la argumentación que se ha avanzado. Si consideran que la argumentación, o parte de la misma, no es completamente convincente, dan lugar a nuevas reacciones, que son seguidas por una nueva argumentación por parte del protagonista, etc. De esta manera, la estructura de la argumentación que un protagonista presenta en el discurso puede llegar a ser muy complicada. Esa estructura puede, de hecho, variar desde lo extremadamente simple a lo extremadamente complejo. [...] Es crucial para la resolución de una diferencia de opinión que no sólo haya un avance de la argumentación, sino que la misma sea también críticamente evaluada. Si no tienen lugar estas dos actividades, no hay posibilidad de una discusión crítica.

La *fase de conclusión* de un intercambio argumentativo corresponde al estadio de una discusión crítica en el que las partes establecen cuál es el resultado del intento de resolver una diferencia de opinión. Sólo puede considerarse que se ha resuelto una diferencia de opinión si las partes, en relación con cada componente de la diferencia de opinión, están de acuerdo en que la tesis del protagonista es aceptable y que la duda del antagonista debe retirarse, o bien que lo que debe retirarse es la tesis del antagonista. En el primer caso, la diferencia ha sido resuelta a favor del protagonista; en el último, a favor del antagonista. En la práctica, usualmente sólo una de las partes expresa con palabras la conclusión, pero si la otra parte no acepta esa conclusión, no se habrá alcanzado ninguna solución. [...]

A efectos prácticos, proponemos ahora un código simple de conducta para discutidores razonables que deseen resolver sus diferencias de opinión por medio de una argumentación basada en los elementos críticos expresados en el procedimiento de discusión pragma-dialéctico. [...]

1. Un participante no debe impedir al otro que plantee una tesis o que ponga alguna tesis en cuestión. [...]
2. Quien sostenga una tesis no puede negarse a defenderla cuando se le demande. [...]
3. La crítica de una tesis no puede basarse en tesis que no hayan sido realmente sostenidas por la otra parte. [...]
4. Una tesis no puede ser defendida sin argumentación o mediante argumentos que no sean relevantes para esa tesis. [...]

5. Un participante no puede atribuir falsamente premisas implícitas a la otra parte, ni dejar de considerarse responsable por sus propias premisas implícitas. [...]

6. Ningún participante puede presentar falsamente algo como un punto de partida aceptado, ni negar falsamente que algo es un punto de vista aceptado. [...]

7. Un razonamiento que se presente en una argumentación como formalmente concluyente no puede ser inválido en sentido lógico. [...]

8. No puede considerarse que una tesis que no haya sido presentada basándose en razonamientos formalmente concluyentes ha sido argumentativamente defendida de manera concluyente, si su defensa no ha tenido lugar mediante esquemas argumentativos apropiados que hayan sido correctamente aplicados. [...]

9. La defensa inconcluyente de una tesis no puede llevar a mantener esa tesis, y la defensa concluyente de una tesis no puede llevar [a la otra parte] a mantener expresiones de duda en relación con esa tesis. [...]

10. Los participantes no pueden usar expresiones que sean insuficientemente claras o confusamente ambiguas, y no pueden de manera deliberada malinterpretar las expresiones de la otra parte (Van Eemeren y Grootendorst 2004: 59-62 y 190-195).

1) Los autores consideran que la diferencia con respecto al clásico esquema de la retórica (*exordium*, *narratio*, *argumentatio*, *peroratio*) es que las etapas se vean como un instrumento para obtener el acuerdo de un auditorio (retórica), o bien para resolver una diferencia de opinión (dialéctica) (pp. 60-61, nota 40). ¿Está de acuerdo? ¿Puede utilizarse ese paralelismo para esclarecer las diferencias, en general, entre retórica y dialéctica?

2) Compárense ambos esquemas (el tradicional de la retórica y el de Van Eemeren-Grootendorst) con el de las etapas que pueden distinguirse en un proceso de negociación (*vid.* IX,3,B).

3) ¿Ve alguna diferencia relevante entre este código de conducta y las reglas del discurso práctico racional elaboradas por Alexy?

3,E) TRES TIPOS DE POLÉMICAS: DISCUSIONES, DISPUTAS Y CONTROVERSIAS

En varios de sus trabajos, Marcelo Dascal ha distinguido, dentro de la familia de los diálogos polémicos, tres «tipos ideales»: las discusiones, las disputas y las controversias. Lo que caracteriza a un «intercambio polémico» (a un debate) es, en su opinión, que el mismo «envuelve al menos a dos personas que emplean el lenguaje para interactuar entre sí en una confrontación de actitudes, opiniones, argumentos, teorías, etc.»; se trata de «diálogos reales», de manera que en la categoría no se incluyen la «recepción crítica» de la obra de un autor del pasado o «diálogos prefabricados» en los que las intervenciones de (una de) las partes son imaginadas. Cada uno de esos tres tipos de diálogos, a su vez, se encuentra asociado a un «tipo ideal» de movimiento (*move*) empleado en el intercambio dialógico: pruebas, estratagemas y argumentos. Dascal pone

especial énfasis en señalar el valor de las controversias y la vinculación de este tipo de polémica con la deliberación:

La familia de las polémicas incluye, entre sus muchos miembros, las disputas verbales entre los miembros de una pareja, los debates políticos, las mesas redondas en congresos científicos, las críticas de libros y las réplicas a las mismas, las *disputationes* medievales, etc. Dentro de esta familia, propongo caracterizar tres tipos ideales, a los que llamaré —a efectos de contar con una terminología de fácil manejo— discusión, disputa y controversia. Los principales criterios para esta tipología son: el alcance del desacuerdo, el tipo de contenido que envuelven, los presuntos medios para resolver el desacuerdo, y los fines perseguidos por los contendientes. Estas diferencias pertenecen al nivel macro de carácter «estratégico», en la medida en que se refieren primariamente a la estructura general de la polémica, asumiendo que tal estructura refleja (al menos en cierta medida) la planificación y la ejecución por parte de los contendientes de sus «movimientos y operaciones... más importantes». Aunque cada uno de esos tipos permite el uso ocasional de los tres tipos de movimientos «tácticos» que se describirán en la próxima sección, cada uno tiene una afinidad inherente con uno de los tipos de movimientos.

— Una discusión es una polémica cuyo objeto es un tema o problema bien circunscrito. Al desarrollarse, los contendientes tienden a reconocer que la raíz del problema es un *error* relativo a algún concepto o procedimiento importante en un campo bien definido (aunque divergen respecto a la naturaleza del error en cuestión y a quién lo comete). Las discusiones permiten *soluciones*, que consisten en *corregir* el error gracias a la aplicación de procedimientos aceptados en el campo (como prueba, cálculo, repetición de experimentos, etcétera).

— Una disputa es una polémica que también parece tener por objeto una divergencia bien definida. Pero los contendientes no aceptan en ningún momento que su definición esté basada en algún error. Más bien se revela como derivada de una diferencia de actitudes, sentimientos, o preferencias. No hay procedimientos mutuamente aceptados para decidir entre ellas, es decir, no tienen soluciones; a lo sumo pueden ser disueltas. Como la «disolución» es una forma de clausura [del diálogo] que, en último término, resulta «externa» tanto al tópico en disputa como a las creencias y actitudes de los participantes, las divergencias subyacentes tienden a incurrir de nuevo bien en disputas sobre otras versiones del mismo tópico, o bien en disputas sobre otros tópicos. Algunos contendientes ven en la posición de sus oponentes y en su «obstinada impermeabilidad al argumento racional» síntomas de una enfermedad frente a la cual la única acción apropiada es el castigo, la terapia o la indiferencia.

— Una controversia es un tipo de polémica que ocupa una posición intermedia entre la discusión y la disputa. Puede empezar con un problema específico, pero rápidamente se expande a otros problemas y revela divergencias profundas. Éstas involucran tanto actitudes y preferencias opuestas como desacuerdos sobre los métodos vigentes para solucionar los problemas. Por esa razón, no se percibe la oposición como una simple cuestión de errores, ni existen procedimientos aceptados para decidirlas, lo que causa el prolongamiento de las controversias y a veces su recurrencia. Sin embargo, no se reducen a meros conflictos irresolubles de preferencias. Los contendientes acumulan argumentos que creen incrementar el peso de sus posiciones, frente a las objeciones del adversario, tendiendo así, si no a decidir la cuestión, por lo menos a inclinar la «balanza de la razón» a su favor. Las controversias no se solucionan ni se disuelven, sino que se resuelven. La resolución puede consistir en el reconocimiento (por parte de los contendientes o de su comunidad de referencia) de que se ha acumulado suficiente peso a favor de

una de las posiciones, o bien en la aparición de posiciones modificadas (gracias a la controversia) aceptables para los contendientes, o simplemente en la aclaración recíproca de la naturaleza de las divergencias en juego.

Vistas desde el punto de vista de sus fines, las discusiones tienen que ver básicamente con el establecimiento de la verdad, las disputas con vencer y las controversias con persuadir al adversario y/o a un auditorio competente a aceptar la posición de uno. En las discusiones, la oposición entre las tesis en conflicto es percibida principalmente como de carácter puramente lógico, en las disputas como principalmente «ideológica» (por ejemplo, de actitudes y evaluativa) y en las controversias como envolviendo un amplio intervalo de divergencias referidas a la interpretación y a la relevancia de hechos, evaluaciones, actitudes, objetivos y métodos. Vistas procedimentalmente, podemos decir que las discusiones siguen un modelo de «solución-de-problemas», las disputas un modelo de «contienda», y las controversias un modelo «deliberativo». Quien participa en una discusión trata de aplicar procedimientos de decisión que suministren argumentos aplastantes para probar la verdad de su posición o la falsedad de la de su adversario (lo que supone probar la verdad de su posición, bajo el presupuesto de que *tertium non datur*); quien participa en una disputa busca ser reconocido como el vencedor, con independencia de que su posición sea verdadera o no; y quien participa en una controversia trata de suministrar razones para creer en la superioridad de su posición, aun cuando tales razones no lo prueben concluyentemente. Mientras que quien participa en una discusión está dispuesto a admitir su derrota si el adversario suministra un argumento aplastante contra su posición y quien participa en una controversia está dispuesto a reconocer el peso de las razones del oponente, quien participa en una disputa comienza y termina la disputa (cualquiera que sea su resultado «externo») convencido de que tiene razón.

[...] Como se ha mencionado antes, las polémicas reales constituyen raramente ejemplos «puros» de cada uno de estos tres tipos. [...]

Estoy convencido de que el olvido de la categoría de la «controversia» como una tercera alternativa, entre la noción estricta de racionalidad basada-en-reglas que caracteriza a la «discusión» y la concepción de la «disputa» en cuanto gobernada por factores extra-racionales ha supuesto un gran contratiempo para la historia de las ideas y para la epistemología, privando a estas (y a otras) disciplinas de la posibilidad de identificar y desarrollar un modelo de racionalidad alternativo. Ésa es la razón por la que recomiendo para esta categoría una especial atención y un cuidadoso estudio empírico. [...]

Volviendo ahora al nivel «táctico», distinguiré tres tipos ideales de movimientos empleados en las polémicas. [...]

— Una prueba es un movimiento que pretende establecer la verdad de una proposición más allá de una duda razonable. Para ello, emplea alguna regla de inferencia que explícitamente y de manera reconocible lleva desde otras proposiciones (esto es, la evidencia —que incluye los «data» y «warrants» de Toulmin—) a la proposición que tiene que ser probada. Se supone que se ha establecido tanto la validez de la regla de inferencia como la verdad de la evidencia y por ello se asume también la aceptación por el destinatario. El destinatario está obligado (en la medida en que se comporte racionalmente) a aceptar también la conclusión. La posibilidad de probar una proposición supone mostrar que ha resistido exitosamente un test decisivo que garantiza su verdad (o su alto grado de probabilidad).

— Una estratagema es un movimiento que pretende causar que un auditorio relevante (re-)actúe de una cierta manera, induciéndole a creer que una proposición es verdadera. Puede hacer uso de inferencias, pero no necesita hacerlo. Si lo hace, no se asume que el modelo de inferencia sea válido ni la evidencia verdadera,

sino sólo «efectiva» de cara al destinatario y al auditorio pretendido. Puede suponer engaño y disimulo —por ejemplo, manipulando el «estado actual» y las «demandas actuales» de la polémica—. La causación involucrada no necesita ser explícita y reconocible por el auditorio, con tal de que produzca los efectos queridos, es decir, permitir a quien usa la estratagema «resultar vencedor» (al menos momentáneamente) a los ojos del auditorio relevante (que puede o no incluir al interlocutor). De ahí el significado actual de esta palabra [estratagema] como «cualquier artificio o truco; un recurso o un esquema para obtener una ventaja». El tipo particular de «fuerza» de este movimiento radica no en obligar al destinatario a sostener la creencia pretendida o a realizar la acción deseada, sino más bien en dejarle «sin discurso», esto es, incapaz de reaccionar con un contra-movimiento satisfactorio.

— Un argumento es un movimiento que pretende persuadir al destinatario para que crea que una proposición es verdadera. Como las estratagemas, y a diferencia de las pruebas, los argumentos no tienen que ver directamente con la verdad, sino con razones reconocibles para inducir en el destinatario la creencia deseada. A diferencia de las pruebas, sin embargo, estas razones no necesitan basarse en modelos de inferencia válidos y en evidencias veraces, que se supone son aceptadas por los destinatarios; deben tener en cuenta qué proposiciones acepta (o es probable que acepte) el destinatario como evidencia, y qué modelos de inferencia es probable que logren persuadirle. Los argumentos, aunque no compelan al destinatario a aceptar su conclusión, le sitúan bajo una suerte de obligación de hacerlo —una obligación que presumiblemente proviene de normas sociales, es decir, las de la cooperación comunicativa. [...]

La identificación de un movimiento realizado en una polémica como perteneciente a un tipo ideal dado no es cosa fácil, debido especialmente a la dependencia co-textual (Dascal 1998: 5-9 y 11).

1) El cuadro de la página siguiente resume las diferencias señaladas por Dascal entre los tres tipos de diálogos polémicos. ¿Cómo rellenaría los casilleros en blanco, referidos al campo de aplicación preferente y al tipo de racionalidad implicado?

2) ¿Qué diferencias existen entre el tipo de diálogo al que Dascal llama «controversia» y el discurso racional de Alexy (o de Habermas) o el diálogo crítico de Van Eemeren y Grootendorst (de la concepción pragma-dialéctica de la argumentación)? ¿Sería ventajoso sustituir la tesis alexyana de que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso racional por una nueva tesis que dijera que la argumentación jurídica es un caso especial de controversia?

3) Al caracterizar las controversias, Dascal introduce la expresión «balanza de la razón»; en otro de sus trabajos (Dascal 1996), señala que la balanza es la imagen que ha dominado las concepciones de la racionalidad en Occidente y se centra sobre todo en la obra de Leibniz, quien prestó una gran atención a esa metáfora. Dascal tiene particular interés en mostrar que la metáfora de «la balanza de la razón» permite al menos dos interpretaciones: una «métrica» o «algorítmica» que lleva a una concepción «dura» de la razón; y otra de carácter «dialéctico» que lleva a una concepción «blanda» de la racionalidad. A Dascal le parece que ambas concepciones de la razón (de la «balanza de la razón») pueden encontrarse en

Polémicas	Objeto (inicio)	Causa	Pretensión de los contendientes	Fin (terminación del diálogo)	Modelo	Táctica preferente	Campo de aplicación	Tipos de racionalidad
Discusión	Problema circunscrito	Error sobre conceptos o procedimientos	Verdad	Solución	Solución de problemas	Prueba		
Disputa	Problema circunscrito	Actitudes, sentimientos, preferencias	Vencer	Disolución	Contienda	Estratagema		
Controversia	Problema que puede ser general	Combinación de las causas anteriores	Persuadir	Resolución	Deliberación	Argumento		

la obra de Leibniz y son complementarias. La segunda, concretamente, es la noción de racionalidad que habría que utilizar en asuntos contingentes, y lo que hace difícil su aplicación son las nociones de «carga de la prueba» y de «presunción». Leibniz —sigue comentando Dascal— pensaba que los juristas eran quienes más habían contribuido a esa empresa:

> El primer [problema] concierne a la presunción, es decir, cuándo y cómo uno tiene el derecho a trasladar la demostración de uno mismo a otro; el segundo concierne a los grados de probabilidad, cómo pesar y evaluar consideraciones que no constituyen una demostración perfecta, pero que van en contra unas de otras (*indicantia* y *contraindicantia* lo llaman los médicos), y llegar a una decisión. Pues el dicho común —*rationes non ese numerandas sed ponderandas* (las razones no tienen que ser contadas, sino ponderadas)— es muy cierto. Pero nadie ha inventado aún la balanza, aunque nadie ha estado más cerca de hacerlo que los juristas (Dascal 1996, nota 24)[3].

¿Es, entonces, Leibniz un precedente de las actuales concepciones de la ponderación? ¿Quizás podría objetársele a Alexy el haber mezclado ilegítimamente, en su concepción de la ponderación, las dos concepciones de la racionalidad a las que se refiere Dascal: la dura y la blanda?

3,F) LA POLÉMICA DE LA CONQUISTA DE AMÉRICA

Suele decirse que la conquista de América suscitó muy pronto el problema de si los españoles tenían o no un justo título para apoderarse de las nuevas tierras descubiertas y para someter a las poblaciones indígenas. Seguramente eso se debió en alguna medida a los reparos de conciencia suscitados por algunos religiosos frente a la acción de los conquistadores, pero, sin duda, existía también la necesidad política de justificar el dominio español frente al resto de los poderes europeos. En la polémica participaron los juristas y teólogos más relevantes de la época y tuvo, por así decirlo, su punto álgido en las llamadas «Controversias de Valladolid». Carlos V había convocado a una junta de teólogos y juristas (presidida por Domingo de Soto) que se reunió en esa ciudad castellana en 1550 y 1551 para estudiar la disputa entre Bartolomé de las Casas y Ginés de Sepulveda a propósito de si los indios tenían un derecho natural de libertad (como sostenía Las Casas) o si, por el contrario (la tesis de Sepúlveda), estaba justificado (por el Derecho natural) que los españoles sometieran a los indios a la condición de siervos para así poder evangelizarlos; por lo demás, ninguna de las dos posturas ponía en cuestión el dominio político de los españoles sobre el «Nuevo Mundo». No hubo una resolución final.

Los fragmentos que siguen están tomados del libro de Antonio-Enrique Pérez Luño *La polémica sobre el nuevo mundo* (Pérez Luño 1992). El autor considera que la posición de Las Casas es más bien de inspi-

3. El texto lo toma de una carta de Leibniz a Gabriel Wagner fechada en 1696.

ración estoica y cristiana (tomista: estaría muy próxima a la defendida por los dominicos Francisco de Vitoria o Domingo de Soto), mientras que la de Sepúlveda sería más fiel a las tesis aristotélicas, si bien, como enseguida se verá, ninguna de las dos posturas discute la autoridad de Aristóteles en la materia:

En estas coordenadas [las transformaciones que en la España del XVI planteó el descubrimiento de América] debe situarse el famoso debate entre Sepúlveda y Las Casas sobre la condición humana de los indios americanos y consiguientemente, sobre el reconocimiento o negación de su derecho a la libertad.

La teoría lascasiana de la libertad se nos presenta como la expresión más decidida y generosa del iusnaturalismo de inspiración estoica y cristiana postulador de la igualdad esencial de todos los hombres. «Doctrinalmente —nos dice Truyol—, Las Casas se halla en la línea de Vitoria, Domingo de Soto y lo que podemos llamar la *communis opinio* de la orden dominicana (en la que había ingresado en 1523), aunque acentuando sus tesis y con menos matices».

En efecto, es sabido cómo Francisco de Vitoria niega la existencia de una servidumbre natural propiamente dicha. Al interpretar la doctrina de Aristóteles sobre la esclavitud, que es punto común de referencia para la casi totalidad de tratadistas que en aquella época se plantearon el problema del *status* jurídico de los indios, niega tajantemente que en base a ella pueda reducirse a la condición de esclavos a los indios americanos. Entiende Vitoria que Aristóteles no quiso nunca mantener que la limitación del entendimiento implicara la esclavitud natural y la pérdida de facultad de poseer bienes. Ésta sería la servidumbre civil que no hace a nadie esclavo por naturaleza. Lo que, en opinión de Vitoria, quiso decir Aristóteles es que dichas personas tenían una necesidad natural de ser regidos por otros, como los hijos necesitan estar sometidos a los padres y la mujer al marido. [...]

Domingo de Soto desarrolló el pensamiento de Vitoria pormenorizando la distinción aristotélica entre la *servitus naturalis* y la *legalis*. En su opinión la llamada servidumbre natural no debe entenderse como una forma de esclavitud, como parece desprenderse de su significación terminológica. Por eso, el señor no puede usar de los llamados siervos por naturaleza como si fueran cosas, sino que debe tratarlos como seres libres y *sui iuris* tanto en sus personas como en sus bienes. La naturaleza primitiva y ruda de los indios no les priva de su derecho natural a la libertad, y al ser libres pueden también ser señores de sus bienes y sus tierras, ya que este tipo de servidumbre natural se da también entre los cristianos sin que por ello pierdan sus derechos naturales. Al igual que para Vitoria, para Soto esta forma de servidumbre se dirige a que el sabio promueva la formación y perfeccionamiento del ignorante, hallando en ello su justificación.

Bartolomé de las Casas, siguiendo este hilo argumentativo, e incluso anticipándose e influyendo en las tesis de Soto, llegó a las últimas consecuencias en este proceso de afirmación del derecho natural a la libertad. A este respecto afirmó de forma rotunda refiriéndose a los indios: «aquellas gentes todas y aquellos pueblos de todo aquel orbe son libres». De ahí que debieran ser tratados como personas libres que eran, ya que los indios y sus caciques no perdieron su libertad natural al someterse a la soberanía de España, sino que la presencia de los españoles en América se justifica sólo en cuanto pudiera contribuir a completar y perfeccionar esa libertad. Las Casas insiste repetidamente en la idea de que siendo los indios libres y siendo este derecho fundamental e inalienable, los españoles estaban obligados a respetarlo. «Si no sale de su espontánea, libre y no forzada voluntad de los hombres libres aceptar y consentir cualquier perjuicio a

la dicha su libertad, todo es fuerza e violento, injusto y perverso y, según derecho natural, de ningún valor y entidad, porque es mutación de estado de libertad a servidumbre, que después de la muerte no hay otro mayor perjuicio. Porque si las personas libres no se les puede tomar su hacienda justamente, sin culpa suya, contra su voluntad, mucho menos deteriorar y abatir su estado y usurpar su libertad, que a todo precio y estima es incomparable». A diferencia de las interpretaciones de Vitoria y Soto sobre la servidumbre natural en Aristóteles, Las Casas acepta la identificación de ésta con la esclavitud. Ahora bien, señala que ese tipo de servidumbre queda relegada por el Estagirita a los supuestos de aquellos pueblos de costumbres tan rudas y perversas que incluso desconocen las leyes, lo que, se apresura a señalar, no es el caso de los indios americanos, que eran seres humanitarios y razonables que cumplían con todos los requisitos exigidos para la vida política.

Muy diferente fue la tesis sustentada sobre el particular por Sepúlveda. Su argumentación doctrinal puede considerarse que tiene sus fuentes remotas en las posiciones del agustinismo político y de los curialistas del bajo medioevo en lo concerniente a la licitud de la guerra por causa de infidelidad, pero sobre la base de la teoría aristotélica de la desigualdad natural entre los hombres. [...]

La argumentación de Sepúlveda quiere guardar la máxima fidelidad al pensamiento aristotélico. En efecto, siguiendo a la letra al Estagirita señala que así como «lo perfecto debe dominar sobre lo imperfecto; lo fuerte sobre lo débil; lo excelente sobre lo que no lo es...»; del mismo modo deben imperar «los mejores y más perfectos sobre los menos buenos e imperfectos. Lo cual vale tratándose de los demás hombres entre sí; existiendo cierto género de éstos, donde unos son por naturaleza siervos y otros por naturaleza señores».

Para Sepúlveda resulta evidente la superioridad de los españoles, cuyas virtudes no se recata en ensalzar, frente a los indios americanos, a los que califica de «hombrecillos en los cuales apenas encontramos vestigios de humanidad, quienes no sólo no poseen ciencia alguna, mas ni siquiera conocen las letras... y tampoco tienen leyes escritas, antes algunas instituciones y costumbres bárbaras... Comían, además, carne humana y las guerras en que casi continuamente se empleaban..., las hacían con tanta rabia que juzgaban nula la victoria si no saciaban su hambre monstruosa con las carnes enemigas». [...]

A partir de estos razonamientos, concluye Ginés de Sepúlveda afirmando el derecho que tiene España de someter a los indios incluso por la guerra, pues «siendo por naturaleza siervos los hombres bárbaros, incultos e inhumanos, se niegan a admitir la dominación de los que son más prudentes, poderosos y perfectos que ellos... siendo además cosa justa, por derecho natural, que la materia obedezca a la forma, el cuerpo al alma, el apetito a la razón, los brutos al hombre, la mujer al marido, los hijos al padre, lo imperfecto a lo perfecto, lo peor a lo mejor, para bien universal de todas las cosas». Señala expresamente Sepúlveda que tal doctrina no tan sólo puede defenderse con la autoridad de Aristóteles, «sino también con las palabras de santo Tomás, a quien puede considerarse como príncipe de los teólogos escolásticos, comentador y émulo de Aristóteles, en explicar las leyes de la naturaleza».

Esta postura se refleja también en las Controversias de Valladolid, donde Sepúlveda volverá sobre los mismos argumentos, si bien es de suponer que por razones tácticas, remitiéndose con mayor frecuencia a la autoridad de santo Tomás que a la de Aristóteles. Así, replicando a Las Casas, que impugnaba la supuesta barbarie de los indios por su capacidad para la convivencia política, proclama: «... digo que bárbaros se entiende (como dice Sancto Tomás I, *Politicorum*, lectión prima) los que no viven conforme a la razón natural y tienen costumbres malas públicamente entre ellos aprobadas». En base a ello concluía: «digo que

es lícito subjetar estos bárbaros desde el principio para quitarles la idolatría y los malos ritos, y por que no puedan impedir la predicación y más fácil y más libremente se puedan convertir» (Pérez Luño 1992: 192-197).

1) Pérez Luño señala como uno de los datos significativos de la polémica el «respeto reverencial que todavía inspira Aristóteles a los autores de la época, quienes interpretarán con mayor o menor flexibilidad su doctrina, pero sin discutirla, al menos abiertamente» (p. 201). Y antes había señalado cómo frente a la fidelidad de Sepúlveda a la obra de Aristóteles, Vitoria, Soto y Las Casas «deformaron en ocasiones el pensamiento original del Estagirita con una sutil interpretación» (que Pérez Luño considera «legítima») que habría consistido en lo siguiente: «aprovechando los dos primeros [Vitoria y Soto] la distinción aristotélica entre las servidumbres natural y legal, y el último [Las Casas] la que hacía referencia a las diversas especies de primitivismo, lucharon por impugnar la pretendida esclavitud de los indios y para que éstos tuvieran un mero *status* de tutela compatible con el derecho a la libertad» (p. 200).

Pues bien, el tipo de argumentación al que hace referencia aquí Pérez Luño parece corresponderse claramente con lo que Perelman llamó «argumento de disociación», consistente en introducir una distinción dentro de una determinada categoría, para así suprimir una incompatibilidad (*vid.* Perelman y Olbrechts-Tyteca 1989: 629 ss.). Lo que resulta incompatible en este caso es la (indiscutible) autoridad de Aristóteles, por un lado, y el reconocimiento de un derecho a la libertad de los indígenas, por el otro. ¿Qué piensa sobre ello? ¿Se trata de una técnica argumentativa característica del pensamiento «dogmático»? ¿Por qué? ¿Es un tipo de argumentación frecuente en el mundo del Derecho?

2) En una nota a pie de página (n. 48, p. 197), Pérez Luño recoge la opinión de Tzvetan Todorov, según la cual, «todas las operaciones que constituyen el universo mental de Sepúlveda tienen, en última instancia, la finalidad básica de mostrar la superioridad cultural y ética de los españoles sobre los indios a través de determinadas cadenas de proporciones»: indios/españoles = niños (varón)/adultos (padre) = mujeres (esposa)/varones (esposo) = animales (monos)/humanos = crueldad/clemencia = intemperancia/continencia = materia/forma = cuerpo/alma = apetito/razón = mal/bien. ¿Cabría decir también aquí —por lo tanto, en relación con la argumentación de Sepúlveda— que está funcionando un argumento de disociación? ¿Es relevante el hecho de que la disociación se produce aquí entre términos antitéticos y con la finalidad de establecer una clara jerarquía axiológica entre ellos (mientras que en el otro caso se trataba de una disociación meramente categorial)? ¿Se persigue también, por parte de Sepúlveda, la finalidad de evitar una incompatibilidad? ¿Cuál? Perelman y Olbrechts-Tyteca (en la obra que se acaba de citar) consideran que la pareja apariencia/realidad es el prototipo de disociación de nociones, y para explicar cómo funciona ponen el ejemplo del palo

hundido parcialmente en el agua que parece estar doblado, cuando en realidad no es así. ¿No es eso lo que viene a decirnos Ginés de Sepúlveda de los indios: aparentemente —pero sólo aparentemente— son humanos, racionales, capaces de gobernarse...? ¿Es peligroso el pensamiento *disociativo*, el peligro radica únicamente en la construcción o el uso que pueda hacerse de ciertas categorías?

3) De acuerdo con la clasificación propuesta por Dascal (V,3,E), ¿se habría tratado de una «discusión», una «disputa» o una «controversia»?

3,G) ARGUMENTACIÓN Y NEGOCIACIÓN

El extracto que sigue forma parte de un artículo de Juan Ramón de Páramo dirigido a combatir el error que, en su opinión, supone contemplar el Derecho desde una perspectiva puramente argumentativa que descuida el papel relevante que en el Derecho juega la negociación. En su opinión, la argumentación y la negociación no deben verse como procesos de toma de decisión y de resolución de conflictos de carácter antagónico, y resulta equivocado idealizar el primero y demonizar el segundo. En particular, el enfoque argumentativo del Derecho no habría tenido en cuenta el concepto de racionalidad estratégica, esto es, el tipo de racionalidad (fundamental en los procesos de negociación o de mediación) que opera en situaciones en las que ha de contarse con las elecciones de los demás y con la conducta esperada de los otros:

Si queremos dar respuestas estratégicas a problemas estratégicos hemos de comenzar por saber detectar las situaciones de estrategia. Las situaciones de estrategia se caracterizan por la interdependencia [...] El punto de vista estratégico es fundamental en el estudio de la *negociación* y la *mediación*. Pretende situar la comprensión de las situaciones negociales en el marco más amplio de las situaciones de interdependencia estratégica (o juegos en la terminología de la teoría de juegos). En las situaciones de interdependencia estratégica, los objetivos de los jugadores pueden estar en estricto conflicto (juegos de puro conflicto, de suma-cero), pueden ser en todo coincidentes (juegos de pura coordinación, de suma-positiva) o pueden ser en parte conflictivos y en parte coincidentes (juegos mixtos de conflicto y cooperación, de suma-positiva). Cuando se da este último supuesto, es decir, cuando las preferencias individuales de cada jugador son imperfectamente correlativas, nos hallamos ante una situación *de negociación*.

Es conocida la distinción de Elster entre tres principios normativos de toma de decisiones colectivas [...]: el principio de la *argumentación*, el principio de la *negociación* y el principio del *voto*. Es obvio que se trata de modelos normativos ideales, ya que los procedimientos reales de toma de decisiones combinan dos o más principios. La cuestión que quiero discutir es la siguiente: el derecho se presenta como un ejemplo *argumentativo* de toma de decisiones, incluso se define al derecho como argumentación [...]: el conflicto es el origen del derecho, lo que nos hace verlo como un instrumento que pretende resolver los conflictos por medio de argumentos. El juez resuelve los conflictos tomando decisiones motivadas. El abogado trata de persuadir al juez mediante argumentos para que decida en determinado sentido, o asesora a un cliente para que emprenda determinado curso de acción o discute con otro abogado la manera de zanjar una disputa. El

legislador que propone una ley para lograr ciertos objetivos argumenta a favor de determinados contenidos. No hay práctica jurídica que no consista en argumentar, incluso las teóricas: la teoría del derecho se ha entendido en buena medida como una teoría de la argumentación jurídica. Pues bien, creo que tal modelo normativo no sólo es empíricamente falso, sino que sacraliza normativamente al derecho y la labor de los juristas sin tener en cuenta la «caja negra» de los procedimientos jurídicos de toma de decisiones.

El propósito de la *argumentación* consiste en tratar de persuadir a quien discrepa para que cambie sus creencias acerca de cuestiones normativas o fácticas. En las discusiones deliberativas lo único que debe contar es la fuerza del mejor argumento y no está permitido que las partes hagan uso de otros recursos materiales superiores. [...]

En cambio, el propósito de la *negociación* consiste en forzar o inducir a quien discrepa para que acepte nuestra pretensión. Para conseguir tal finalidad, los negociadores recurren a amenazas y promesas. El poder de negociación no deriva de la fuerza del mejor argumento, sino de otros recursos materiales como las amenazas, los engaños y todas las estrategias de interacción competitiva y modelos de sumisión imaginables. [...]

¿Son realmente así los procedimientos de la discusión racional y la negociación? ¿Se puede trazar entre ellos esa línea divisoria tan nítida? ¿Es la argumentación el paraíso de la verdad y la imparcialidad, y la negociación el infierno de los engaños y las amenazas?

La mayor parte de los ejemplos de negociación contienen también elementos de argumentación. [...] [E]n la negociación de convenios se tiene en cuenta todas las propiedades y la fuerza negociadora de las partes, con independencia de la fuerza del mejor argumento. Sin embargo, también hay percepciones sobre lo que es justo que influyen poderosamente en la motivación de las conductas: pensemos en el juego de las amenazas y la ruptura de las negociaciones sobre principios de justicia e imparcialidad. [...]

Además, y de manera inversa, muchas discusiones aparentemente racionales pueden encubrir amenazas que han sido introducidas por los propios participantes. [...]

No hay modelos puros. En las situaciones reales de comunicación encontramos elementos argumentativos y de negociación (De Páramo 2007: 7-11).

1) ¿Tiene razón el autor al señalar que las fronteras entre la negociación (o la mediación, que consiste en una negociación asistida o facilitada por un tercero) y la argumentación racional son difusas y que, en la realidad, lo usual es encontrarse con procedimientos híbridos? ¿Hay elementos de negociación en la toma de decisión por parte de los jueces (*vid.* VIII,5,C)? ¿Se transmiten esos aspectos al plano de la motivación, o se quedan simplemente en el «contexto del descubrimiento»?

2) Si de Páramo tiene razón en todo lo anterior, ¿es acertada su crítica al enfoque argumentativo del Derecho? ¿O cabría pensar, por el contrario, que el autor está cometiendo aquí una especie de «falacia de la ambigüedad» que le lleva a identificar la «argumentación» con el discurso racional, con el diálogo crítico, olvidando todos los otros tipos de diálogos a que se hacía referencia en el texto? Y, de acuerdo con su noción de argumentación, ¿no habría que considerar como no-argumentativa toda la tradición de la retórica que, precisamente, está en el origen de la teoría

de la argumentación jurídica contemporánea? ¿Tal vez lo que ocurre con el anterior texto es que De Páramo está identificando una determinada teoría de la argumentación jurídica (por ejemplo, la de Alexy) con la teoría o el enfoque argumentativo del Derecho en general?

3,H) EL INTERROGATORIO DE SÓCRATES

La base argumentativa del interrogatorio de testigos (su «justificación interna») es el argumento por reducción al absurdo (que puede presentarse también como un *modus tollens*). Una técnica que se puede encontrar ya en *La apología de Sócrates*, cuando éste tiene que defenderse de las acusaciones que le había dirigido Meleto: corromper a la juventud y no creer en los dioses. Sócrates va obligando a Meleto (las normas procesales atenienses permitían al acusado interrogar al acusador) a que éste tenga que precisar sus afirmaciones para lograr así el efecto buscado: mostrar que Meleto incurre en contradicción y, por tanto, que sus acusaciones son falsas:

—[...] Dinos aún, Meleto, por Zeus, si es mejor vivir entre ciudadanos honrados o malvados: Contesta, amigo. No te pregunto nada difícil. ¿No es cierto que los malvados hacen daño a los que están siempre a su lado, y que los buenos hacen bien?

—Sin duda.

—¿Hay alguien que prefiera recibir daño de los que están con él a recibir ayuda? Contesta, amigo. Pues la ley ordena responder. ¿Hay alguien que quiera recibir daño?

—No, sin duda.

—Ea, pues. ¿Me traes aquí en la idea de que corrompo a los jóvenes y los hago peores voluntaria o involuntariamente?

—Voluntariamente, sin duda.

—¿Qué sucede entonces, Mileto? ¿Eres tú hasta tal punto más sabio que yo, siendo yo de esta edad y tú tan joven, que tú conoces que los malos hacen siempre algún mal a los más próximos a ellos, y los buenos bien; en cambio yo, por lo visto, he llegado a tal grado de ignorancia, que desconozco, incluso, que si llego a hacer malvado a alguien de los que están a mi lado, corro peligro de recibir daño de él y este mal tan grande lo hago voluntariamente, según tú dices? Esto no te lo creo yo, Meleto, y pienso que ningún otro hombre. En efecto, o no los corrompo, o si los corrompo, lo hago involuntariamente, de manera que tú en uno u otro caso mientes. Y si los corrompo involuntariamente, por esta clase de faltas la ley no ordena hacer comparecer a uno aquí, sino tomarle privadamente y enseñarle y reprenderle. Pues es evidente que, si aprendo, cesaré de hacer lo que hago involuntariamente. Tú lo has evitado y no has querido tratar conmigo ni enseñarme; en cambio, me traes aquí, donde es ley traer a los que necesitan castigo y no enseñanza.

[...] [V]eamos, sin embargo, dinos cómo dices que yo corrompo a los jóvenes. [...] si dices que yo enseño a creer que existen algunos dioses —y entonces yo mismo creo que hay dioses y no soy enteramente ateo ni delinco en eso—, pero no los que la ciudad cree, sino otros, y es esto lo que me inculpas, o bien afirmas que yo mismo no creo en absoluto en los dioses y enseño esto a los demás.

—Digo eso, que no crees en los dioses en absoluto. [...]

—¿Hay alguien, Meleto, que crea que existen cosas humanas, y que no crea que existen hombres? Que conteste, jueces, y que no proteste una y otra vez. ¿Hay alguien que no crea que existen caballos y que crea que existen cosas propias de caballos? ¿O que no existen flautistas, y sí cosas relativas al toque de la flauta? No existe esa persona, querido Meleto; si tú no quieres responder, te lo digo yo a ti y a estos otros. Pero, responde, al menos, a lo que sigue.

—¿Hay quien crea que hay cosas propias de divinidades, y que no crea que hay divinidades?

—No hay nadie.

—¡Qué servicio me haces al contestar, aunque sea a regañadientes, obligado por éstos! Así pues, afirmas que yo creo y enseño cosas relativas a divinidades, sean nuevas o antiguas; por tanto, según tu afirmación, y además juraste eso en tu escrito de acusación, creo en lo relativo a divinidades. Si creo en cosas relativas a divinidades, es sin duda de gran necesidad que yo crea que hay divinidades. ¿No es así? Sí lo es. Supongo que estás de acuerdo, puesto que no contestas. ¿No creemos que las divinidades son dioses o hijos de dioses? ¿Lo afirmas o lo niegas?

—Lo afirmo.

—Luego si creo en las divinidades, según tú afirmas, y si las divinidades son en algún modo dioses, esto sería lo que yo digo que presentas como enigma y en lo que bromeas, al afirmar que yo no creo en los dioses y que, por otra parte, creo en los dioses, puesto que creo en las divinidades. Si, a su vez, las divinidades son hijos de los dioses, bastardos nacidos de ninfas o de otras mujeres, según se suele decir, ¿qué hombre creería que hay hijos de dioses y que no hay dioses? Sería, en efecto, tan absurdo como si alguien creyera que hay hijos de caballos y burros, los mulos, pero no creyera que hay caballos y burros. No es posible, Meleto, que hayas presentado esta acusación sin el propósito de ponernos a prueba, o bien por carecer de una imputación real de la que acusarme. No hay ninguna posibilidad de que tú persuadas a alguien, aunque sea de poca inteligencia, de que una misma persona crea que hay cosas relativas a las divinidades y a los dioses y, por otra parte, que esa persona no crea en divinidades, dioses ni héroes (Platón, *Apología de Sócrates*, 25c-28a).

1) Trate de esquematizar los dos argumentos utilizados por Sócrates. ¿Cómo podría contraargumentar Meleto?

2) ¿Es importante que el testigo (en este caso, Meleto) esté obligado a contestar a las preguntas de Sócrates? ¿Por qué?

3) ¿En qué consiste la ironía socrática? ¿En qué pasajes de los anteriores se expresa esa ironía? ¿Deben quienes llevan a cabo interrogatorios en un proceso ser irónicos?

4) Aparte de la fuerza «lógica» del argumento por reducción al absurdo, ¿puede detectarse en el mismo también un efecto «retórico»? ¿Podría consistir ese efecto en que muestra que el testigo (en este caso, el acusador: Meleto) no es de fiar?

4,A) LA RETÓRICA ES UNA TÉCNICA

A diferencia de Platón, que había opuesto la retórica a la dialéctica, Aristóteles las compara: ambas tienen que ver con cuestiones que caen dentro del

campo de conocimiento de todos los hombres y no forman parte de una ciencia especializada. «No difieren —escribe George Kennedy (1963: 19)— en cuanto a su naturaleza, sino en cuanto al tema y a la forma: la dialéctica es primariamente filosófica, la retórica, política; la dialéctica consiste en pregunta y respuesta, la retórica en un discurso conjunto».

Al final del capítulo 1 del libro I de *Retórica*, Aristóteles resume así su opinión sobre la naturaleza de la retórica:

> Así pues, es evidente que la retórica no pertenece a ningún género definido, sino que le sucede como a la dialéctica; y, asimismo, que es útil y que su tarea no consiste en persuadir, sino en reconocer los medios de convicción más pertinentes para cada caso; tal como también ocurre con todas las otras artes (pues no es propio del médico el hacerle a uno sano, sino dirigirse hacia ese fin hasta donde sea posible; porque igualmente cabe atender con todo cuidado a los que son incapaces de recuperar la salud). Además de esto, [es asimismo claro] que lo propio de este arte es reconocer lo convincente y lo que parece ser convincente, del mismo modo que [corresponde] a la dialéctica reconocer el silogismo y el silogismo aparente. Sin embargo, la sofística no [reside] en la facultad, sino en la intención. Y, por lo tanto, en nuestro tema, uno será retórico por ciencia y otro por intención, mientras que, en el otro caso, uno será sofista por intención y otro dialéctico, no por intención, sino por facultad (Aristóteles, *Retórica* 1355b 10-20).

1) ¿Cómo hay que entender la frase de Aristóteles de que la tarea de la retórica «no consiste en persuadir»? ¿Qué significa exactamente considerar la retórica como una técnica? ¿Es sólo una técnica?

2) Para entender la caracterización de la sofística que hace aquí Aristóteles, conviene atender a la nota a pie de página que aparece en la edición de Quintín Racionero (al final del párrafo transcrito):

> La clasificación parece obscura pero sólo porque falta un término en el campo semántico correspondiente de la retórica. O sea: en la dialéctica, quien usa rectamente de la facultad o capacidad es «dialéctico» y quien hace un uso desviado de la intención, «sofista». En la retórica, en cambio, el nombre es el mismo en los dos casos —esto es, *rétor*, retórico—, de modo que sólo cabe distinguir entre un *rétor por ciencia* (equivalente del dialéctico) y un *rétor por intención* (equivalente del sofista). Lo que Aristóteles pretende, de todos modos, señalar aquí es que los perjuicios de la retórica, en contra de la crítica platónica, no están ligados al arte o a la facultad oratoria, sino a la intención moral del orador (en Aristóteles 1990: 173, nota 29).

¿Cuáles son, entonces, los riesgos de la retórica? ¿Y qué pensar de lo que poco antes había escrito Aristóteles sobre la utilidad de la retórica:

> Ahora bien, la retórica es útil porque por naturaleza la verdad y la justicia son más fuertes que sus contrarios, de modo que si los juicios no se establecen como se debe, será forzoso que sean vencidos por dichos contrarios, lo cual es digno de recriminación (*Retórica* 1355a 20-25).

4,B) LA DOCTRINA DE LOS ESTADOS DE CAUSA Y LOS TIPOS DE CASOS DIFÍCILES

Como se ha señalado en V,4, la doctrina retórica de los estados de causa (que traduce el término latino *status*, proveniente a su vez del griego *stásis*) es un claro precedente de las tipologías contemporáneas de casos difíciles en el Derecho, aunque no siempre se tenga conciencia de ello. Los fragmentos que siguen proceden de la *Retórica a Herenio* (Anónimo 1997), un manual escrito en el siglo I a.C., de autor anónimo (durante mucho tiempo se le atribuyó a Cicerón) y que tuvo una gran fortuna histórica. La doctrina de los estados de causa fue desarrollada sobre todo por Hermágoras, un rétor del siglo II a.C., cuya obra se ha perdido, aunque su (compleja) clasificación ha podido ser reconstruida. La clasificación de *status* que figura en la *Retórica a Herenio* es una simplificación de aquélla y se aparta además de la misma en algunos puntos, pero tiene la ventaja de la claridad. El lector podrá fácilmente comprobar que no coincide tampoco con la de Quintiliano (a la que se ha hecho referencia en V,4), lo cual puede contribuir también a darse cuenta del carácter muy controvertido de esa doctrina. He suprimido muchos de los ejemplos en aras de la brevedad.

Podremos conseguir ambas cosas [demostrar y refutar] si conocemos el *estado de causa*. [...]

El *estado de causa* consiste en la primera alegación del defensor junto con la imputación formulada por el acusador. Los estados de causa son, como acabamos de decir, tres: el *conjetural*, el *legal* y el *jurídico*.

El *estado conjetural* se produce cuando la discusión se refiere al hecho en sí, como en el siguiente ejemplo: «Cuando se encontraba en un bosque, Áyax se dio cuenta de lo que su locura le había llevado a hacer y se arrojó sobre su espada. Aparece Ulises: ve el cadáver, extrae del cuerpo la espada ensangrentada. Llega Teucro. Ve a su hermano muerto y al enemigo de su hermano con la espada ensangrentada. Lo acusa de asesinato». Como aquí se busca la verdad mediante una conjetura y la discusión se refiere al hecho en sí, por ello el estado de causa se llama conjetural.

El estado de causa es *legal* cuando la discusión surge sobre el texto escrito o a partir de él. Se divide en seis tipos: el *texto y su intención*, *leyes en conflicto*, *ambigüedad*, *definición*, *cuestión de competencias* y *analogía*.

La discusión nace de un conflicto entre el *texto y su intención* cuando la voluntad del legislador parece estar en desacuerdo con los términos en que el texto está redactado, como en el siguiente ejemplo: supongamos que una ley prescribe que quienes abandonan un barco en medio de una tempestad pierden todos sus derechos de propiedad y que en caso de que se salve, la nave y su cargamento pertenecen a quienes hayan permanecido a bordo. Asustados por la violencia de una tempestad, todos los ocupantes de un barco lo abandonaron y subieron a un bote excepto uno que se encontraba enfermo y que por su enfermedad no pudo abandonar el barco y huir. Por un afortunado azar, el barco llegó a puerto sin sufrir daños. El enfermo entra en posesión del barco. Su antiguo dueño lo reclama. [...]

La discusión surge entre *leyes en conflicto* cuando una ley ordena o permite hacer algo que otra prohíbe. [...]

La discusión nace de la *ambigüedad* cuando la intención del autor es única, pero el texto admite dos o más interpretaciones. [...]

La *definición* constituye el fundamento de una causa cuando lo que se discute es el nombre que debe darse a los hechos. Un ejemplo es el siguiente: Cuando Lucio Saturnino se disponía a presentar una ley para distribuir trigo al precio de cinco sextos de as, Quinto Cepión, que en ese momento era cuestor urbano, hizo ver al Senado que el erario público no podría soportar una largueza tan generosa. El Senado decretó que si Saturnino presentaba esa ley ante el pueblo, sería considerado como un acto contra los intereses del Estado. Saturnino procedió a su votación. Sus colegas opusieron su veto, pero a pesar de ello él hizo traer la urna para el sorteo. Cuando Cepión vio que, pese al veto de sus colegas, Saturnino presentaba la ley en contra de los intereses del Estado, promueve un tumulto con ciudadanos honestos, destruye las pasarelas de voto, vuelca las urnas, impide el desarrollo de la votación. Cepión es acusado de alta traición. Éste es un estado de causa legal a propósito de una definición, pues se define el término cuando se discute en qué consiste el crimen de alta traición.

La controversia surge por una *cuestión de competencias* cuando el acusado reclama un aplazamiento de la causa o recusa al acusador o a los jueces. [...]

La discusión se basa en la *analogía* cuando un caso llega a juicio sin que exista una ley específica sobre la cuestión, pero es examinado por su semejanza con otras leyes. [...]

Hemos mostrado los diferentes tipos de estados de causa legales: hablemos ahora del estado de causa jurídico.

Un estado de causa es *jurídico* cuando hay acuerdo sobre el hecho, pero se cuestiona si es conforme al derecho o no. Este estado de causa tiene dos tipos, uno llamado *absoluto*, otro *asuntivo*.

El estado de causa es *absoluto* cuando alegamos que los hechos son conformes a la ley sin recurrir a argumentos externos, como en este ejemplo: Durante una representación, un mimo mencionó por su nombre al poeta Acio. Acio se querella por injurias contra él. Éste no tiene otra defensa que alegar que es lícito mencionar a una persona bajo cuyo nombre se representan dramas en la escena.

El estado de causa es *asuntivo* cuando la defensa, que es de por sí débil, se ve reforzada con argumentos externos. Hay cuatro clases de estados asuntivos: *confesión*, *transferencia de la responsabilidad*, *rechazo de la acusación* y *comparación*.

La *confesión* se da cuando el acusado suplica el perdón. Se divide en *excusa* y *súplica*. La *excusa* consiste en que el acusado niega haber actuado intencionalmente. Se divide en *ignorancia*, *azar* y *necesidad.* [...]

La *súplica* se da cuando se admite que se ha cometido una falta y que se ha actuado intencionadamente y, sin embargo, se suplica clemencia. [...]

La causa se basa en el *rechazo de la acusación* cuando, sin negar que hemos cometido una acción, sostenemos que lo hicimos obligados por culpa de otros; como Orestes, cuando se defendió haciendo a su madre responsable de los hechos.

La causa se basa en la *transferencia de la responsabilidad* cuando no rechazamos la acusación sino la responsabilidad y la atribuimos a otra persona o a alguna circunstancia. [...]

La causa se basa en una *comparación* cuando señalamos que sólo había dos opciones y que elegimos la mejor (*Ret. a Herenio*, libro I, 11-15; pp. 86-98 de la ed. citada).

1) ¿Qué traducción tendría cada uno de los estados de causa en terminología contemporánea? ¿Pudiera ser que, mientras que algunos estados de causa tienen una exacta correspondencia con alguno de los que

hoy consideramos como casos difíciles, en relación con otros estados de causa, no puede establecerse esa correspondencia? ¿Ocurre eso por razones que pudiéramos llamar procesales, o por alguna otra causa? En particular, ¿con qué se correspondería el estado de causa «jurídico»?

4,C) VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA RETÓRICA

El capítulo primero, «La naturaleza de la retórica», del libro de George Kennedy *The Art of Persuasion in Greece* (Kennedy 1963) termina con algunas consideraciones generales sobre las ventajas e inconvenientes de la retórica:

> Los lectores modernos tienden a simpatizar con la filosofía en su disputa con la retórica*. En la primera disciplina ven una devoción a la verdad, honestidad intelectual, profundidad de percepción, consistencia y sinceridad. En la segunda, habilidad verbal, pomposidad vacía, trivialidad, ambivalencia moral, y un deseo de obtener fines arbitrarios mediante cualquier medio. La imagen no es tan clara. Teóricos de la retórica como Aristóteles, Cicerón y Quintiliano no son tramposos que usan las palabras sin escrúpulos; sus recomendaciones hacen que merezca la pena considerar la respetabilidad intelectual de la retórica. Además, la retórica fue en ocasiones, en la vida intelectual antigua, una fuerza con más poder liberador que la filosofía. Demostraba que había dos lados en muchas si no en todas las cuestiones. El principio básico del Derecho humano de que cualquiera, por claras que sean las pruebas contra él, tiene derecho a presentar su caso a la mejor luz posible es un legado de la justicia griega, impuesto por los debates y los sofistas. «Hasta el lobo», se decía, «tiene derecho a abogar en su defensa» (Platón, *Fedro* 272c10). De manera semejante, en el debate político había, en los mejores periodos de la historia antigua, una disposición a prestar atención a las opiniones de los otros cuando se expresaban con eficacia retórica. Cuando menos, la retórica suministraba vigor a la vida intelectual antigua; se ha observado desde hace tiempo que la retórica floreció más en las democracias y menos bajo las tiranías.
>
> Al mismo tiempo, había serios peligros inherentes a la retórica. Era dinámica, sistemática y se volvió tradicional; los tres factores supusieron una mala influencia. En el siglo V antes de Cristo, sólo la primera de estas características resultaba evidente, pero las otras entraron cada vez más en escena en los siglos sucesivos.
>
> Empezando con el peligro proveniente del carácter dinámico de la retórica, es claro que el poder de la oratoria actúa sobre una audiencia, pero incluso más sobre un orador. Éste puede muy fácilmente ser llevado a «emborracharse con la exuberancia de su propia verbosidad» [...]. El peligro existe no sólo en debates improvisados, sino también en la composición retórica en el estudio, puesto que la preocupación de los retóricos es con el proceso, con la técnica, con la excelencia artística, más bien que con la verdad filosófica, con los principios políticos o con la rectitud moral. [...]. El buen orador, bueno tanto en un sentido moral como técnico, debe ser consciente de su poder y nunca debe olvidar su responsabilidad. Ninguna retórica puede ser mejor que el carácter de su orador, y a

* Antes había tratado de esa disputa en diversos momentos históricos en la antigua Grecia y Roma. [*Nota del Autor.*]

veces la retórica le seduce. Resulta evidente la seria carencia de responsabilidad moral en algunos de los últimos oradores áticos, que persiste en la mayoría de la oratoria latina, de manera que incluso Cicerón puede jactarse con satisfacción de echar polvo a los ojos de un jurado en defensa de un cliente indigno (Quintiliano 2.17.21).

La cualidad sistemática de la retórica produjo un resultado similar, pues los rectores suponían que su arte podía superar todos los obstáculos lógicos para lograr la persuasión con respecto a cualquier posición. Bajo tal perspectiva, la vida y la literatura se convertían en una serie de problemas que demandaban la adecuada respuesta retórica: había un tratamiento correcto y uno equivocado de cada causa. Aunque el orador en cuanto individuo moral y no en cuanto retórico tenía que juzgar sobre si hablar o no en nombre de una determinada causa o persona, había, entre los amantes del discurso, un desafío intelectual, profesional, para defender lo indefendible o para desafiar a lo seguro, según la frase clásica, para hacer que la peor causa pareciera la mejor. ¡Cuántos políticos de la Antigüedad lograron su fama inicial mediante un brusco ataque a un hombre cuya grandeza parecía incuestionada! En la teoría retórica, la tendencia hacia la sistematización produjo un cuerpo de reglas y de ejercicios que cada vez se alejaban más de las necesidades prácticas, cada vez más detallados y complejos, y, de esta manera, cada vez menos aptos para producir la elocuencia que era su objetivo.

Finalmente, la cualidad tradicional de la retórica desanimaba la novedad en el pensamiento, en el estilo y en el tratamiento [de las cuestiones] al implicar, con el paso del tiempo, que todas las respuestas eran conocidas y que los problemas ahora discutidos por los oradores habían sido perfectamente tratados en el pasado (Kennedy 1963: 23-25).

5,A) FALACIAS Y CAMBIOS DIALÉCTICOS

Douglas N. Walton y Erik C. W. Krabbe (1995), al partir de la idea de que existen diversos tipos de diálogos (la discusión crítica o diálogo persuasivo, la negociación, el diálogo forense, la disputa personal, etc.), entienden que un «buen argumento», en principio (y desde una perspectiva dialéctica), sería aquel que contribuye a la realización de la finalidad característica del tipo de diálogo de que se trate. Ahora bien, cada diálogo está regido por ciertas reglas funcionalmente orientadas al logro de esos fines, y eso supone que los participantes adquieren ciertos compromisos, característicos de cada tipo de diálogo (por ejemplo, en una discusión crítica, quien sostiene una tesis tiene la obligación de contestar razonadamente a las objeciones —fundadas— de la otra parte); la noción de «compromiso», por lo demás, no es de naturaleza psicológica, sino pragmática y crítica, de manera que el compromiso existe con independencia de que la obligación se asuma o no. La evaluación de los argumentos, en definitiva, dependerá del cumplimiento de esas reglas dialécticas, y las falacias serían entonces transgresiones veladas de esas reglas. En particular, muchas falacias tradicionales —de acuerdo con los autores— podrían verse como pasos ilícitos de un tipo de diálogo a otro:

> Un cambio dialéctico es una modificación en el contexto del diálogo (en cuanto al tipo, a la materia o al marco) durante una conversación, de un tipo de diálogo

a otro. Algunos cambios se producen bruscamente, mediante un *desplazamiento* en un diálogo, mientras que en otros casos el movimiento es gradual, se trata de un *deslizamiento*.

En algunos casos, el movimiento es constructivo y acordado por todas las partes, de manera que se trata de un cambio lícito. [...] En otros casos, el movimiento se oculta o es de alguna manera inapropiado: es un tipo de cambio ilícito. Los cambios ilícitos en el contexto de un diálogo en la argumentación están con frecuencia asociados a falacias. La falacia de la negociación, por ejemplo, tiene lugar en aquellos casos en los que se supone que los participantes están originariamente participando en un diálogo persuasivo, pero luego el diálogo cambia ilícitamente, en el curso del mismo intercambio, a una negociación.

Se dice que se produce un efecto en cascada cuando hay una serie de cambios de un tipo de diálogo a otro, luego a otro, etc. Por ejemplo, una discusión crítica puede pasar a ser una negociación, y la negociación convertirse en una disputa personal.

En algunos casos, el cambio es de un tipo de diálogo a otro, pero en otros casos es interno, o sea, el tipo de diálogo sigue siendo el mismo, pero hay un cambio en la materia o en el marco. Una clase de cambio a otro tipo de diálogo (pero no a otro de los tipos *principales*) consiste en hacer más estricto el diálogo persuasivo, de manera que la argumentación se vuelve de manera marcada menos permisiva y más rigurosa y exacta en cuanto a las clases de movidas permitidas.

Los cambios internos en un diálogo pueden ser cambios de actitud, cuando la actitud de un participante cambia, digamos, de meramente cuestionar una tesis a oponerse activamente a la misma. Pueden ser también cambios de cuestión, cuando se cambia de un tema de discusión a otro diferente. Esto tiene que ver con la relevancia dialéctica de la argumentación. Los cambios de participación ocurren cuando los participantes actuales en el diálogo cambian durante el curso de una conversación en marcha.

Asimismo otro tipo de cambio es un cambio de acento, cuando el tipo de diálogo permanece siendo básicamente el mismo, pero empiezan a imponerse de manera perceptible elementos de otro tipo de diálogo.

Hay varios tipos de falacias tradicionales que pueden verse desde la perspectiva de cambios dialécticos, como sigue. El *argumentum ad populum* o jugar con los sentimientos de la gente (algunas veces llamado «apelación a la multitud») está asociado con un cambio de un diálogo persuasivo a otro epidíctico; este último es un tipo de discurso utilizado para aumentar la adhesión de un auditorio a los valores o ideales comunes que comparte con el orador. El *argumentum ad baculum*, o apelación a la fuerza, está asociado con cambios del diálogo persuasivo a una negociación o, en algunos casos, a una disputa personal.

El *argumentum ad hominem*, o argumento del ataque personal, está asociado generalmente con la disputa personal, y cuando se usa falazmente este tipo de argumento, hay un cambio dialéctico subyacente de un tipo de diálogo a otro, por ejemplo, de una discusión crítica a una disputa personal.

El tipo de sesgo que es el ataque *ad hominem* se basa en la alegación de que un participante en la discusión crítica ha cambiado de manera encubierta el contexto a una negociación.

El *argumentum ad ignorantiam*, o argumento a partir de la ignorancia, está asociado a un cambio interno de actitud en el que una parte trata de (ilícitamente, si el argumento es falaz) trasladar a la otra parte la carga de la prueba.

La falacia de la cuestión múltiple es sensible al contexto del diálogo. Una cuestión como «¿Ha dejado de hacer trampas en los impuestos sobre la renta?» puede no ser falaz si el interlocutor ha concedido previamente haber hecho

trampas en su declaración de la renta. Pero si no es así, puede tratarse de una táctica pendenciera para tratar de intimidar a un interlocutor para que se comprometa con alguna proposición incriminadora, forzándole a hacer el esfuerzo de desafiar la legitimidad de plantear esa cuestión dentro del tipo de diálogo en el que están participando los argumentadores. Esta falacia envuelve un cambio de acento hacia una interrogación.

El uso de la opinión de un experto para apoyar el argumento de uno en un diálogo puede ser perfectamente legítimo y constructivo, pero se vuelve característicamente falaz cuando un participante en un diálogo persuasivo lo transforma ilícitamente en un diálogo de búsqueda de información, tratando a la otra parte como un receptor dócil o pasivo de información que no debe ser tan atrevido como para plantear cuestiones críticas (*argumentum ad verecundiam*).

En general, un elemento clave para juzgar una argumentación como falaz o no falaz, en un caso dado, es el contexto de diálogo que rodea al argumento, especialmente si ha tenido lugar un cambio dialéctico en el curso de la argumentación (Walton y Krabbe 1995: 119-121).

1) El texto anterior está tomado de un apartado del libro (3.6) en el que los autores hacen un resumen de lo tratado en las páginas anteriores (en el capítulo 3), y de ahí el estilo conciso empleado. ¿Podría poner algún ejemplo concreto de los tipos de falacias mencionados y analizarlas según esa teoría de los «cambios dialécticos» o cambios de diálogo?

5,B) FALACIAS INDUCTIVAS

En V,5 se señaló que las falacias inductivas podían considerarse básicamente como falacias materiales, lo que supone de alguna manera negar a la lógica inductiva carácter «formal». En el texto que sigue, José A. Díez y C. Ulises Moulines ([2]1999), entre otras cosas, aclaran en qué sentido sería (o no sería) formal esa lógica, cuyos fundamentos siguen siendo discutidos: o sea, no está claro que exista algo así como una *lógica* inductiva, en el sentido estricto de la expresión, pues los criterios de confirmación o de justificación inductiva (que avalan el paso de las premisas a la conclusión en un argumento inductivo), parecen suponer añadir una información *empírica* (y contextual) a la establecida en las premisas.

Díez y Moulines señalan —como es usual hacerlo— que los argumentos inductivos válidos no suponen siempre que las premisas sean afirmaciones particulares y la conclusión una afirmación general; pero la caracterización de la inducción como «paso de lo particular a lo general» podría aceptarse si lo que con ello se expresa es que, en esos argumentos, la conclusión contiene información nueva con respecto a la de las premisas. Así, señalan, mientras que los argumentos deductivos son sólo «explicativos», los argumentos inductivos son «aumentativos»; unos y otros se caracterizan por una pretensión de *validez* que, sin embargo, es distinta en cada caso. Las peculiaridades de la noción de validez inductiva (su carácter gradual y —en un sentido distinto al de la lógica deductiva— «formal») se trasladan también al concepto de falacias inductivas:

La disciplina que se ocupa de los criterios de validez de los argumentos inductivos, de las condiciones en las que se cumple efectivamente su pretensión, es la *lógica inductiva*. Esta disciplina es mucho más difícil y problemática que la lógica deductiva, tanto que para muchos autores está condenada al fracaso. [...]

Hemos dicho que lo que se pretende en los argumentos inductivos no es que la verdad de las premisas garantiza plenamente la verdad de la conclusión, sino sólo que la apoya en cierto grado, que las premisas no hacen cierta la conclusión sino sólo «probable». Mediante el entrecomillado queremos indicar que la noción de probabilidad usada en esta caracterización general es una noción preteórica intuitiva e informal. No pretende referir a alguna noción técnica específica de alguna teoría o concepción particular de la probabilidad. Estas nociones técnicas son justamente el recurso mediante el que algunos autores construyen su propia lógica inductiva [...]. [Y]a la noción intuitiva de probabilidad muestra algunas peculiaridades de los argumentos inductivos. La primera deriva del carácter gradual de la probabilidad.

En cualquier acepción que se quiera, la probabilidad es algo que no se da bipolarmente según un «todo o nada». [...] Una afirmación verdadera no puede ser más *verdadera* que otra también verdadera. Ello no ocurre con la probabilidad. [...] [E]se carácter gradual de la probabilidad se traslada a la satisfacción de la pretensión, esto es, a la validez inductiva. No hay argumentos deductivos más o menos válidos, un argumento deductivo válido no puede ser más válido que otro. [...] Eso no pasa con la validez inductiva. Un argumento inductivo puede ser *mejor* (*más fuerte*) que otro, si en el primero, las premisas confieren más apoyo a la conclusión que en el segundo. [...] Cuál es el grado mínimo de apoyo de las premisas a la conclusión para considerar el argumento «suficientemente válido» y cómo se debe medir dicho grado, son los principales problemas de la lógica inductiva. [...]

[...] Debe quedar claro que lo que importa aquí no es la probabilidad de la conclusión sin más, no importa cuán probable es la conclusión «en sí misma», independientemente de las premisas [...]. Lo que importa es la probabilidad de la conclusión *relativamente a (la verdad de) las premisas.* [...]

[...] Otra [dificultad] no menos importante tiene que ver con la cuestión de su carácter «formal». En principio, toda lógica es *formal*. No se estudia tanto la validez de inferencias concretas cuanto patrones o esquemas de inferencia válida, pues la validez no depende de los aspectos materiales de la inferencia. La lógica deductiva es el mejor ejemplo de ello. En la lógica inductiva, sin embargo, no está claro en qué consiste exactamente su carácter formal. La invalidez inductiva *absoluta* sí parece ser formal en un sentido inmediato pero poco interesante. Considérese, como ejemplo, [...] el [argumento] siguiente [...]: «los presidentes estadounidenses han sido todos varones hasta el momento, por tanto, el próximo par de zapatos que me compre me dará buen resultado». [...] El problema lo plantean argumentos mínimamente interesantes como A2 [«Todos los zapatos que he comprado hasta ahora en la zapatería *El pie ligero* me han dado un excelente resultado. Por tanto, los zapatos que me acabo de comprar en dicha zapatería seguro que me darán un resultado excelente»] y A5 [«Todos los presidentes estadounidenses hasta la actualidad han sido varones. El próximo presidente americano será varón»]. Según qué entendamos por forma lógica, las afirmaciones de A2 y A5 tienen la misma forma lógica, ambos argumentos tendrían la misma estructura. Pero imaginemos, respecto de la primera premisa de A2, que sólo he comprado un único par de zapatos antes en dicha zapatería; es claro que en tal caso no se pueden equiparar ambos argumentos en validez o fuerza inductiva. Parecería, entonces, que la validez inductiva depende, en algún sentido a precisar, de algunos aspectos «cuasi-materiales» y que por tanto la lógica inductiva no es exactamente formal.

La anterior conclusión es sin embargo apresurada. A2 y A5 tienen la misma estructura, la misma forma lógica, sólo si por forma lógica de una afirmación entendemos aquí aproximadamente lo mismo que entendemos en la lógica deductiva. [...] Pero en ese caso la forma lógica *inductiva* de una afirmación no tiene por qué coincidir, o aproximarse, a su forma lógica *deductiva* [...]. [L]a forma lógica inductiva es extremadamente compleja y toma en consideración algunos aspectos que en la lógica deductiva tienden a considerarse materiales; por ejemplo, los sistemas de lógica inductiva toman en cuenta el número de casos particulares que sustentan una afirmación general (como las primeras premisas de A2 y A5: algunos de ellos toman en cuenta además *la calidad* de los casos particulares, otros incluso el nexo causal involucrado). Todo ello hace que esta disciplina sea extremadamente difícil de desarrollar satisfactoriamente, y que, a pesar de haber nacido casi al mismo tiempo que la lógica deductiva, apenas haya avanzado y no se disponga todavía de una versión estándar aceptable para todos. [...]

Las dificultades para el estudio de la validez inductiva se trasladan al de las falacias de este tipo de argumentos. [...]

El primer error inductivo sobre el que hay que advertir tiene un patrón similar a una de las falacias deductivas [...] la falacia de afirmación del consecuente [...]. La afirmación del consecuente no es ni un argumento deductivo válido ni tampoco un buen argumento inductivo. Un ejemplo típico para mostrar esto [...] es el de la paresis, fase avanzada de la sífilis que desarrolla un porcentaje muy pequeño de hombres que han contraído dicha enfermedad. Supongamos que Juan tiene sífilis y consideremos el siguiente argumento:

Si Juan tiene paresis entonces tiene sífilis
Juan tiene sífilis

Juan tiene paresis[4]

Las premisas son verdaderas y sin embargo la conclusión es muy improbable (relativamente a las premisas). La inferencia inductiva es pues inválida, la verdad de las premisas no hace (muy, bastante) probable la conclusión. Contra lo que se suele creer, y en este sentido es una falacia, la ocurrencia del consecuente no hace altamente probable el antecedente. [...]

Otra falacia inductiva típica es la de *insuficiencia de datos*, como ocurriría con A2 en el caso de que la muestra previa haya sido escasa. [...] Sin embargo a veces estamos dispuestos a considerar la inferencia no totalmente desencaminada, «aceptablemente válida», incluso si el número de casos previos es relativamente escaso, sobre todo si la conclusión no es general sino sólo acerca del próximo caso. Por ejemplo, consideremos resultados de actividades que requieren calidad y adiestramiento y tales que normalmente sus autores mantienen durante cierto tiempo la capacidad de realizarlas satisfactoriamente, actividades como la producción artística, la investigación científica o la práctica deportiva. Que las tres primeras monedas que he extraído de mi bolsillo sean plateadas no es motivo inductivo suficiente para que lo sea la próxima. Pero que las tres primeras piezas musicales de cierto compositor sean obras maestras confiere suficiente fundamento inductivo a que la próxima al menos no sea mala; si en las primeras tres carreras de 100 m un atleta baja de 10 s, está inductivamente fundado esperar, por ejemplo, que

4. Los autores utilizan la raya discontinua —que separa las premisas de la conclusión— para indicar que se trata de una inferencia inductiva.

en la siguiente no supere los 11 s. De todas formas nuestras intuiciones no son totalmente claras al respecto; quizás podría pensarse que estos casos también son falaces, a no ser que se interpreten como conteniendo premisas ocultas consideradas ausentes en los otros casos que sí nos parecen claramente falaces.

Este tipo de argumentos, si no son falaces sin añadir premisas adicionales, sugiere a algunos autores que el peso de la validez/invalidez inductiva no descansa sólo en el número de casos previos sino en la calidad de los mismos. Una versión específica de ello es tomar en consideración nexos causales. Entonces, otra forma típica de inducción errónea consiste en errar en los nexos causales. Un modo usual de confusión se da cuando coinciden accidentalmente hechos inesperados. [...] Las falacias por erróneas conexiones causales se pueden producir incluso si las relaciones estadísticas son extremadamente altas (Díez y Moulines [2]1999: 53-57).

5,C) FALACIAS BIOÉTICAS

Son muchas las causas que llevan a cometer errores de argumentación en el campo de la bioética o en cualquier otro campo. De acuerdo con lo que hemos dicho, algunos de esos errores (o engaños: si el que esgrime el argumento es consciente de su invalidez, pero lo utiliza por razones estratégicas) son de naturaleza formal o pragmática. Pero otros —quizás los más frecuentes y los más graves— son de carácter material, en el sentido de que tienen que ver con tesis falsas sobre diversos aspectos de la ética en general o de la bioética (que, al fin y al cabo, no es otra cosa que una modulación de la ética —sólo hay una ética— a un determinado campo). He aquí un elenco de lo que, me parece, son errores frecuentes sobre la moral y que están en el fondo de muchas argumentaciones defectuosas en esta materia:

1. No distinguir la moral social o positiva de la moral crítica o justificada; las opiniones que un determinado grupo humano tiene sobre lo que está bien o mal, de los juicios morales racionalmente justificados.
2. Considerar que la ética no es más que una colección de opiniones subjetivas, y subjetivas no solamente porque provengan de cada sujeto ético —lo que inevitablemente es así—, sino porque no pueden pretender ser válidas más allá del ámbito definido por la actividad de ese sujeto.
3. Identificar el Derecho con la moral y aceptar que lo correcto o lo bueno es lo que un determinado Derecho positivo considera como tal.
4. Identificar la ética con la técnica, de manera que se supone que lo que puede (técnicamente) hacerse es también lo que debe hacerse.
5. Sustituir la ética por la ideología, el discurso racional por invocaciones a palabras prestigiosas («derechos humanos», «dignidad humana», «bien común», etc.) que, si no se precisan mínimamente, no tienen más que un significado emotivo.
6. Confundir la ética con la religión, el contexto del descubrimiento de las ideas morales (cuya raíz, en el caso de mucha gente, es la religión) con el contexto de la justificación (en el que la religión no debería jugar ningún papel).
7. Incurrir en la «falacia naturalista», que consiste en pasar, sin más fundamentación, del discurso descriptivo al prescriptivo o valorativo.
8. Confundir, en la argumentación moral, las cuestiones fácticas con las normativas.
9. Desconocer que los principios morales tienen carácter *prima facie*: aportan razones que pueden, en algún caso, ser derrotadas por otras (provenientes de otros principios), pero ello no quiere decir que carezcan de objetividad.

10. Recabar de la ética —de los supuestos «especialistas en ética»— lo que no puede dar: doctrina moral (lo que choca con el hecho de que no existen «autoridades morales»: nadie tiene una competencia particular frente a los demás para determinar lo que está bien o mal) en lugar de teoría moral (Atienza 2010: 31-32)[5].

1) ¿Está de acuerdo con el anterior texto? ¿Es cierto que las falacias bioéticas son, esencialmente, de carácter material?

5,D) ¿FALACIAS PRAGMÁTICAS?

He aquí tres ejemplos de falacias (o de ejercicios para poner de manifiesto falacias) en donde el aspecto pragmático (retórico y/o dialéctico) tiene una particular relevancia:

A) CUBA Y EL GENOCIDIO

Por paradójico que parezca, no se puede ser un buen polemista sin mostrar cierto grado de empatía con el adversario: en las controversias, el exceso de parcialidad perjudica gravemente a la calidad de los argumentos.

En la reciente visita del Papa a Cuba, Fidel Castro lo recibió, en el aeropuerto de La Habana, con un discurso que, en nuestro país, ha sido objeto de numerosas críticas. La razón de ello estriba en la visión muy negativa que el dirigente cubano mostró de la colonización española en aquella isla y, en general, en América. «No encontrará aquí —afirmó refiriéndose a Cuba— aquellos pacíficos y bondadosos habitantes naturales que la poblaban [...] Los hombres fueron exterminados casi todos por la explotación y el trabajo esclavo que no pudieron resistir». Y en otro momento del discurso se refirió al «genocidio» cometido contra 70 millones de aborígenes americanos.

Las críticas a que antes aludía se basan en tres tipos de argumentos: el de la verdad, el de la oportunidad y el de la responsabilidad. Sin embargo, la validez de cada uno de ellos, como trataré brevemente de mostrar, me parece más bien dudosa.

En cuanto a la verdad de los hechos, es cierto que Castro parece haberse excedido respecto a las cifras y también en haber presentado una visión exclusivamente negativa de la conquista y colonización de América. Pero no al hablar de «genocidio», pues eso fue lo que los conquistadores llevaron a cabo en América con muchas poblaciones indígenas. Sánchez Ferlosio, en una carta al director (en *El País* de 25 de enero 1998) que es lo mejor que he leído sobre la polémica considera que, según estimación de «los expertos», cuando Colón llegó a Cuba, la isla tenía unos 250.000 habitantes aborígenes, que quedaron reducidos a 5.000 unos 50 años después. No parecen, por ello, muy atendibles los argumentos esgrimidos por muchos políticos, como el director de Asuntos Religiosos (y catedrático de Historia de la Iglesia en América) al invocar el «extraordinario éxito

5. El origen de ese elenco es una ponencia presentada en un encuentro sobre el Derecho y el genoma humano (en 1993), en la que se analizaban las intervenciones de diversos juristas, políticos y científicos; de manera que cada uno de esos errores estaba ilustrado con un ejemplo real.

de la colonización española» y «la falsedad» de las imputaciones del presidente cubano (*Abc* de 23 de enero 1998).

La «inoportunidad» del discurso —por lo que se refiere a la visión castrista de la colonización— ha sido también remarcada por casi todos los críticos. El arzobispo de Barcelona aseguró que Castro «no estuvo a la altura de un jefe de Estado, ya que no era el momento de decir esas cosas, que son muy discutibles, y algunas no son exactas». El portavoz del PP en la Comisión de Exteriores del Congreso calificó las afirmaciones de Castro de «desafortunadas, que no vienen a cuento». Y un catedrático de Historia de América de la Universidad de Sevilla consideró «inoportuno» que el dirigente cubano llevara «tan atrás» las referencias históricas, así como la «especial dureza contra España, que estaban fuera de lugar, porque aunque todos los imperios hacen cosas graves, también podría haber dicho cosas positivas».

Personalmente, considero que lo que resulta fuera de lugar son, precisamente, los argumentos del tipo de los que acabo de reproducir. Y ello, no sólo porque, en efecto, resulta «chocante» —como señala Sánchez Ferlosio refiriéndose al último de ellos— que se considere inoportuno llevar las cosas «tan atrás» cuando se piensa en lo que han sido las celebraciones del «quinto centenario» en España y, en especial, en Sevilla. O porque no se sabe por qué habría que considerar «oportunas» muchas de las declaraciones del Papa con motivo de su viaje como, por ejemplo, cuando se refirió al «éxito de la evangelización» en América (dicho por quien hablaba como «mensajero de la verdad»), o cuando criticó el divorcio o las relaciones prematrimoniales entre los jóvenes. Sino, fundamentalmente, porque los críticos no parecen tomar en cuenta (tampoco Anguita, cuando calificó el discurso de Castro de «verdadera y auténtica lección de Historia») que de lo que se trata es, precisamente, de un discurso político, y no de una conferencia sobre historia de América; y que el criterio para evaluar los argumentos políticos es, básicamente, el de la eficacia. Pues bien, el discurso de Castro —en el aspecto que aquí comento— puede resultar «inoportuno» para los intereses españoles o, quizás mejor, para los de la actual política española sobre Cuba (por cierto: ¡qué sentido de la oportunidad el quedarse sin embajador en ese país precisamente ahora!), pero me parece bastante «oportuno», desde la perspectiva de las finalidades que, presumiblemente, pretendía alcanzar: la imagen de un país tratado injustamente por otro más poderoso en el presente queda fortalecida con el «argumento» de que algo muy semejante había ocurrido ya en el pasado. La retórica de Castro no tiene, pues, nada de irracional, como muchos han pretendido.

Lo que llamé el «argumento de la responsabilidad» consiste en sostener que, si existió el genocidio, los responsables del mismo no seríamos los españoles de hoy, sino los que, en el pasado, se trasladaron a América y de los que descienden los americanos —o cubanos— de hoy. Así que, en definitiva, lo afirmado por Castro, caso de ser cierto, se volvería contra él mismo: «El dictador —escribe un conocido periodista en *Abc* de 23 de enero 1998—, percatándose o no, criticó y descalificó su propio linaje humano, porque, si alguien maltrató a los nativos, ésos fueron los antepasados de Castro, los españoles de Cuba que hicieron posible a Castro, no los que se quedaron en España».

No es fácil, desde luego, evaluar la validez de un argumento que trata de adscribir responsabilidades por hechos del pasado. Pero, en mi opinión, quienes aducen las anteriores razones cometen el error de suponer que la transmisión de la «responsabilidad histórica» —si existe tal cosa— tiene que ver con la sangre (con el «linaje») y no con las ventajas de que pueda disfrutarse como consecuencia de injusticias cometidas en el pasado. Si, razonablemente, pudiera llegarse a la conclusión de que el (relativo) bienestar que hoy se tiene en España

tiene algo que ver con el despojo a que se sometió a Cuba y a otros países durante siglos, entonces, me parece a mí, existirían razones para que nos sintiéramos responsables (aunque no culpables), por mucho que nuestros ancestros nunca hubiesen abandonado el solar patrio.

Como me he mostrado escéptico con los críticos del discurso de Castro, algún lector podría llegar a la conclusión de que mi artículo trata, de alguna forma, de defender el régimen político que él representa. No es así. Como muchos otros profesores de la Universidad de Alicante (que desarrolla desde hace años un ambicioso programa de cooperación cultural con Cuba) he tenido oportunidad de viajar recientemente a esa isla y comprobar la situación de opresión política, de extrema escasez material y de falta de perspectivas vitales que padece la mayoría de los cubanos. También —todo hay que decirlo—, el alto nivel cultural y el sentido de la dignidad humana representado supremamente por el cacique Hatuey que —según refiere Las Casas—, cuando estaba a punto de ser quemado, contestó al fraile franciscano que trataba de convertirlo para que, como los cristianos, pudiera ir al cielo, «que no quería él ir allá sino al infierno, por no estar donde estuviesen (los cristianos) y por no ver tan cruel gente (Atienza 2010: 58-64).

B) AZNAR Y ANSON: LA IRRELEVANCIA Y LA CONFESIÓN

En ocasiones, para desvelar una falacia basta con mostrar el carácter argumentativo de un discurso: la existencia —velada— de premisas y de conclusiones.

¿Comete una falacia el presidente del Gobierno cuando comenta, a propósito de las ya famosas declaraciones de Anson a la revista *Tiempo*: «Ya he dicho que no voy a perder ni un segundo de mi tiempo en esa cuestión [...] Eso [la presunta conspiración de periodistas, políticos y financieros para desplazar del poder al anterior presidente] es una colosal estupidez [...] Las estupideces para estúpidos, y los demás a ocuparnos de las cosas que tenemos que hacer, que son muy importantes»? Yo creo que sí, pero para llegar ahí —a indicar en qué consiste la falacia de la irrelevancia— se necesita dar algunos pasos.

El primero consiste en mostrar que, al decir eso, el presidente del Gobierno está argumentando. Pues, dado que una falacia es un mal argumento que parece bueno, parece obvio que, sin argumento, no hay falacia que valga. Un argumento consta, al menos, de dos elementos: la tesis que se pretende sostener, la conclusión; y las razones, las premisas, que se aducen para apoyarla. En el caso de la frase antes transcrita, la conclusión sería que nadie debe perder su tiempo con esa cuestión; la premisa, que se trata de una «colosal estupidez», esto es, de algo que carece de interés periodístico y político (pues los destinatarios de la frase fueron, inmediatamente, los periodistas, y mediatamente, los políticos y la opinión pública en general). De manera que el presidente Aznar sí que argumentó cuando dijo lo que dijo, aunque al mismo tiempo, por cierto, hiciera otras cosas: Por ejemplo, mentir o, por lo menos, crear la impresión de que mentía, pues parece inverosímil que la «conspiración», «trama» o lo que fuera no haya ocupado —y vaya a ocupar en el futuro— parte de su tiempo. E insultar (llamando «estúpidos») a numerosos ciudadanos (entre los que me incluyo) que hemos dedicado más de unos segundos al tema en cuestión.

Para dar el segundo paso, se necesita probar que la cuestión que le formuló el periodista era pertinente y que, en consecuencia, Aznar debería haberla tomado en serio: para negar el hecho de la conspiración, para desmentir su presunta implicación en la trama, para justificarla, o incluso para mostrar por qué el asunto no es importante. Hay muchas razones para pensar así: Una, que nadie ha desmentido que los hechos relatados por Anson fueran ciertos, aunque algunos —empezan-

do por el propio Anson— se nieguen a calificarlos como «conspiración». Otra, que en las declaraciones hay más de una referencia expresa a Aznar. Y finalmente, y la más importante, que los hechos en cuestión tienen una manifiesta relevancia pública: no sólo no es estúpido, sino que parece muy natural interesarse por el papel que algunos periodistas —juntamente con políticos, financieros o jueces— han jugado en el pasado —y pueden jugar en el futuro— no en informar a la opinión pública, sino en modificar esa opinión de acuerdo son sus intereses. La falacia de Aznar queda así desvelada: consiste en haber pretendido que consideremos como irrelevante lo que no lo es.

¿Y qué pasa con las propias declaraciones de Anson? ¿Habrá argumentado también falazmente el ex-director de *Abc*? Mi respuesta es también en este caso positiva; me atrevo incluso a bautizarla como «la falacia de la confesión».

Como recordarán muchos lectores (también ellos afectados por el tipo de «estupidez» al que aludía Aznar), tanto el autor del reportaje como diversos comentaristas políticos han hablado, en efecto, de la confesión de Anson. Sin embargo, la acción de confesarse parece exigir conciencia del pecado, arrepentimiento e incluso propósito de la enmienda. Pero estos sentimientos no se traslucen de ninguna manera en las declaraciones de Anson. Al contrario, en la misma aparece clara la intención de justificar su comportamiento pasado, aunque sea con argumentos que no parecen muy convincentes. Según Anson, la operación de «acoso y derribo» de González, aunque supusiera rozar «la estabilidad del propio Estado» estaría justificada «no tanto por los posibles abusos que cometió, si es que lo hizo, sino por el riesgo de anulación de la alternancia». Anson reconoce así haber mentido, o manipulado, a la opinión pública, pero —insisto— eso no equivale a una confesión; equivale a justificar un cierto tipo de maquiavelismo político que, como se ve, no es teoría tan alejada del credo católico. La verdadera falacia, el engaño, de Anson ha consistido, me parece, en hacer que otros consideren como confesión lo que no lo es para procurar, de esa manera, alcanzar los beneficios de la misma (el perdón de los pecados, la tranquilidad de conciencia, etc.) sin asumir sus cargas (Atienza 2010: 81-85).

C) FALACIAS POLÍTICAS Y ERRORES DIALÉCTICOS

Conocer las reglas de un juego (por ejemplo, el de la argumentación) no sólo es importante para que las mismas se respeten, sino también para que pueda saberse que no se han respetado.

Un debate político constituye una actividad que se asemeja a prácticas como el fútbol o el boxeo. De ahí, la profusión de metáforas procedentes de esos juegos para referirse al reciente debate sobre el estado de la nación y, en especial, sobre su resultado: tras la confrontación dialéctica entre Aznar y Borrell, algunos políticos opinaban que habían empatado, otros que el primero había ganado por goleada o a los puntos, y no faltó quien aseguró que Borrell había vencido por 2 a 1, cuando lo que se esperaba era un 8 a 0.

Entre las contiendas políticas y las deportivas hay, pues, analogías, pero también diferencias. Por ejemplo, en ambas existen ciertos criterios que determinan quién es el vencedor del juego: quien logra marcar más goles o noquear a su contrincante o propinarle determinados golpes, en un caso; quien lleva al rival a contradecirse o a repetirse una y otra vez o a hablar sin sentido, en el otro. Pero, en la dialéctica política, quien aplica esos criterios (quien desempeña, por así decirlo, el papel de juez o de árbitro) son los propios espectadores que, por otro lado, no son nada ajenos a la contienda.

Se me dirá —y con razón— que eso no impide que en un debate político se pueda conocer el resultado con precisión y seguridad semejante a la de un partido de fútbol o un combate de boxeo: así, según la encuesta de opinión que acabo de leer, el 41 % de los entrevistados cree que el debate lo ganó Aznar y sólo el 14 % da como vencedor a Borrell. Pero eso, el que los destinatarios resulten o no persuadidos de hecho, no es el único elemento relevante en ese tipo de competición. Para seguir con el símil futbolístico, en los debates públicos importa el resultado, pero a veces aún más cómo se ha logrado, esto es, hasta qué punto se han cumplido las reglas que definen el juego limpio y el buen juego. La lucha política no tiene —o no debería tener—, pues, como única finalidad la mera persuasión, sino la persuasión racional; o, si se quiere decirlo de otra manera, en la política existe una dimensión de moralidad de la que, naturalmente, carece un juego como el fútbol.

Ahora bien, si las cosas son así, entonces es importante que los espectadores (y jueces) de un debate sepan identificar esas reglas y detectar cuándo se ha infringido alguna. Las falacias políticas son un tipo de infracción de esas reglas.

Algunas de tales normas fijan los presupuestos para que el juego pueda desarrollarse en condiciones aceptables. Son las que habrían infringido los diputados del PP al crear, durante la intervención de Borrell, una verdadera algarada que, al parecer, dificultó su actuación. No tiene sentido hablar aquí de falacia (pues armar un alboroto no es una forma de argumentar), aunque se pueden cometer falacias al hablar sobre el incidente. Es lo que hizo el secretario de Estado de Relaciones con las Cortes al afirmar que «atribuir a eso la derrota de Borrell es como echar la culpa al viento cuando se pierde un partido de fútbol»; prescindiendo de la influencia que pudiera tener en el resultado, lo que parece indudable es que el término de comparación adecuado no habría que buscarlo en un agente atmosférico, sino en las actuaciones de aficionados incívicos tratando, por ejemplo, de poner nervioso al portero del equipo contrario.

Las falacias propiamente dichas del debate serían las «marrullerías» que pudieron cometer los contendientes, esto es, sus infracciones, más o menos ocultas, de las reglas del juego; el equivalente en el fútbol sería cuando un jugador que no sea el portero se lleva el balón con la mano, o se tira dentro del área contraria para dar la impresión de haber sido derribado y lograr que el árbitro pite un penalti. Aznar y Borrell se acusaron recíprocamente de cometerlas, y seguramente no les faltara razón a ninguno de los dos. Así, Aznar habría incurrido en la falacia del autobombo al tratar de atribuirse en exclusiva los méritos de una situación económica aparentemente boyante que, sin embargo, no cabe pensar tenga su única causa en las medidas tomadas por el actual Gobierno. Y Borrell, la de la apelación al miedo, no tanto por sugerir que las pensiones y, en general, el sistema de protección social podrían encontrarse en cierta situación objetiva de peligro (para lo que dio algunas razones), cuanto por atribuir al Gobierno el propósito deliberado de minar las bases de la seguridad social para justificar así, en un momento posterior, la necesidad de privatizar el sistema (para lo que no dio ninguna razón).

Sin embargo, Borrell no habría cometido una falacia al tratar de mostrar que se está produciendo un grave fraude contable en la seguridad social. Cometió —lo que es distinto— un error dialéctico al envolver sus razones en un lenguaje técnico que la inmensa mayoría del auditorio no pudo entender, de manera que tampoco podría haber sido persuadida; el equivalente futbolístico sería el del equipo que se sitúa mal en el terreno de juego. Y quizás tampoco pueda acusársele a Aznar de falaz cuando evitó contestar a las preguntas que, una y otra vez, le dirigía su rival. Pero en este caso porque, aunque el incumplimiento de la regla en cuestión (la obligación de contestar a las preguntas que sean pertinentes o, al menos, de señalar por qué no se contesta) resultara clara y patente para todos,

los jueces-espectadores optaron por no sancionar al infractor; es como si hubieran pensado que ese partido se jugaba sin que rigiera la regla del fuera de juego (Atienza 2010: 131-135).

1) Trate de aplicar a los ejemplos anteriores de argumentos (de falacias) la teoría de los cambios dialécticos de Walton y Krabbe recogida en V,5,A.

5,E) ARGUMENTOS *AD HOMINEM* Y ARGUMENTOS DE AUTORIDAD

El 11 de enero pasado [de 2011], el conocido y prestigioso lingüista Francisco Rico escribió un artículo en el diario *El País* («Teoría y realidad de la ley contra el fumador») que desató una considerable polémica. Rico arremetía en términos muy duros contra la ley anti-tabaco que acababa de entrar en vigor y que, en lo esencial, venía a prohibir que se pudiera fumar en cualquier espacio cerrado de uso público. Consideraba la ley, en aspectos muy importantes, como «un golpe bajo a la libertad, una muestra de estolidez y una vileza»; entre otras cosas, descalificaba los argumentos que se suelen esgrimir a favor de medidas drásticas contra el tabaquismo y que suponen apelar a la autoridad, a los daños que el tabaco, según la opinión de los expertos, ocasiona en la salud: «no pocos de los argumentos contra el tabaco —escribía Rico— carecen de rigor científico y son simple fruto del desconocimiento por las actuales insuficiencias de la investigación». Seguía un argumento (en refuerzo del anterior) a partir de un ejemplo: «como cuando hace unos años el aceite de oliva se consideraba malo para el colesterol y se excluía de la 'sana dieta mediterránea' en la que hoy tanto se ponderan sus virtudes». Y concluía con una descalificación general de la ley: «con absoluta desestima de los datos, de la voluntad y el sufrimiento ajenos, sacrifica al individuo cercano en el altar de un remoto ideal genérico. Líbrenos Dios de los altos principios». Y una apostilla final: «En mi vida he fumado un solo cigarrillo».

El artículo suscitó muchas cartas de protesta al director. En una de ellas (del día 14, representativa, seguramente, de lo que muchos pensaron sobre el mismo), la lectora no ponía en duda que Rico fuera «un gran lingüista», pero —añadía— «su ignorancia en el campo de la salud, en el tabaquismo en concreto, es supina». Y denunciaba además que, como podía averiguarse fácilmente pinchando en Google, Rico «fuma como una chimenea», lo que le llevaba a terminar así su carta: «Perdone, señor Rico, no hable de lo que no sabe, sus mentiras e insultos invalidan completamente sus argumentos».

Al cabo de unas semanas, el mismo diario (*El País* de 13 de febrero), publicaba un artículo de Javier Cercas, titulado irónicamente «Rico, al paredón». Sostenía ahí (y en una carta aclaratoria del 21 de febrero) que el periodismo, como la ciencia o la historia, es una empresa interpretativa y que «toda interpretación conlleva el uso de la imaginación», razón por la cual no tenían sentido las críticas que se le habían dirigido a Rico (de quien Cercas afirmaba —con orgullo— haber sido alumno) por su presunta falsedad, pues para él era obvio que se trataba simplemente de una broma: «Rico no es un fumador: es un hombre a un cigarrillo pegado, un tipo que en sus innumerables clases, conferencias e intervenciones en prensa, radio y televisión, apenas ha aparecido sin un cigarrillo en la mano, o por lo menos jamás ha ocultado su vicio imparable». Cercas no entraba en el fondo de los argumentos, pero acusaba —cabría decirlo así— a los críticos de Rico de estar argumentando simplemente *ad hominem*, en cuanto estarían descalificando los argumentos de Rico contra la ley simplemente porque éste fumaba: «la validez de un argumento es independiente de quien lo esgrime:

dos más dos son cuatro independientemente de que quien lo afirme sea matemático o torero».

La polémica adquirió un tono particularmente agrio debido a la intervención en la misma de un periodista y escritor, Arcadi Espada, que al parecer venía discutiendo con Cercas desde hacía algún tiempo, y de manera poco amistosa, acerca de la verdad periodística y la verdad literaria. Espada aprovechó la ocasión para hacerle saber a Cercas en carnes propias los riesgos que tiene el uso de la ficción en el periodismo; con ese propósito, publicó en *El Mundo* (de 15 de febrero) una columna en la que hacía referencia a una noticia que él había inventado (como lo aclaró al poco tiempo), según la cual Cercas había sido detenido en un prostíbulo: afirmaba que de ello se estaba hablando en alguna tertulia televisiva y que a él (a Espada) no le parecía bien.

Pues bien, dejando a un lado (relativamente) esta última cuestión sobre la verdad, la ficción y la falsedad y sobre los límites de la discusión racional, me parece que tiene interés plantearse si la «broma» de Rico y la defensa que de la misma hace Cercas son o no acertadas. Mi opinión es que no, por lo siguiente.

Por supuesto, no hay por qué oponerse al uso de la ironía, el humor, la ficción, etc., en una argumentación. Pero el que resulte o no adecuado hacerlo depende de ciertos datos contextuales. Suponiendo (como parece razonable hacerlo) que el de Rico era un artículo de opinión y estaba dirigido a tratar de persuadir a la opinión pública de la injusticia de la ley (o de algunos aspectos de la misma), el acierto o no de su apostilla habría que juzgarlo en términos de si podía contribuir al logro de ese objetivo: a la persuasión racional de su auditorio. Y la respuesta —me parece— es que no, puesto que la inmensa mayoría de los lectores no podía saber que Rico era un fumador empedernido, de manera que tampoco podía interpretar la apostilla como una broma, sino como un refuerzo de los argumentos contenidos en el artículo. (Esta última fue también la interpretación que hizo la «Defensora del lector», en *El País* de 20 de febrero). Podría decirse entonces que el error de Rico fue, quizás (insisto, si la finalidad de su artículo era la de persuadir sobre ciertas tesis), de tipo retórico.

En el caso de Cercas, yo creo que su error en la defensa que hace de Rico es doble: no sólo se equivoca al identificar mal el tipo de acto de lenguaje que se contiene en la apostilla de Rico, sino también en su pretensión de que la apostilla en cuestión no podía tener ningún valor argumentativo, puesto que, en su opinión, la validez de un argumento es completamente independiente de las circunstancias personales de quien lo emite. O sea, para Cercas no habría ni argumentos de autoridad ni argumentos *ad hominem*; o, mejor dicho, ambas formas de argumentar serían, todo lo más, falacias, malos argumentos que parecen buenos. Y esto no parece verdaderamente de recibo.

En cuanto a la legitimidad de los argumentos de autoridad, quizás podría recordársele a Cercas que el propio Rico los usaba en su artículo y que ello debería ser una razón de peso para Cercas, precisamente por la autoridad que (con razón) parece reconocerle a Rico en cuestiones lingüísticas. Pues, en efecto, la apelación a los expertos que hacía Rico es un ejemplo de uso de un argumento de autoridad: aunque sea para sostener que no hay un argumento de autoridad de suficiente peso que acredite la nocividad que habitualmente se atribuye (y atribuye la ley) al tabaco (podría ocurrir —nos dice— como pasó con el aceite de oliva y el colesterol). Pero todo ello presupone que, para Rico, quién sea el que diga ciertas cosas sí que tiene valor argumentativo. Precisamente, en una carta publicada algunas semanas después de su artículo (el 19 de febrero), se refería a ese argumento de autoridad, aunque, en mi opinión, modificando el sentido en el que lo había usado antes. Rico alude ahora a un estudio científico que, a su

juicio, pondría de manifiesto que «las prohibiciones totales» no tienen por qué ser el criterio óptimo (para la protección de la salud de la gente) y que parecería mejor «habilitar sitios alternativos para los fumadores». Y si digo que el sentido de su argumento se ha modificado es porque lo anterior parece presuponer claramente que el tabaquismo (fumar y respirar el humo de quienes fuman) sí que es nocivo para la salud y que, por lo tanto, nada tiene que ver con el consumo de aceite de oliva.

En relación con los argumentos *ad hominem*, el error de Cercas puede estar motivado porque él parece estar pensando (como lo pone de manifiesto el ejemplo elegido) en un campo muy concreto, el de la matemática, en el que, en efecto, no se argumenta *ad hominem*, sino *ad rem*. Pero hay muchos otros contextos en los que no es así. En general, cuando se trata de cuestiones «dudosas», opinables, como puede ser la del alcance de las prohibiciones de una ley anti-tabaco. Poner en cuestión, por ejemplo, la veracidad de una persona no es un procedimiento falaz si hay razones para pensar que la veracidad afecta a la justificabilidad de su tesis. Y esto es lo que ocurre con el artículo de Rico que, como había dicho, no pretende simplemente establecer «verdades abstractas», sino persuadir a la opinión pública de la conveniencia de limitar ciertas prohibiciones: para lo cual sí que es muy relevante el dato de que quien sostiene esa tesis lo hace de buena fe y por motivos, podríamos decir, altruistas.

Perelman, desde una perspectiva retórica de la argumentación, ha podido afirmar que, en cierto modo, toda argumentación es *ad hominem* o *ex concessis*, esto es, depende de lo que cada uno (cada auditorio) está dispuesto a conceder. Eso quiere decir que, para la *Nueva Retórica*, la distinción entre argumentación *ad hominem y ad rem* es simplemente relativa: «En cambio —escribe con Olbrechts-Tyteca en su famoso *Tratado*—, si, a la argumentación *ad hominem*, se le opone con frecuencia la argumentación *ad rem* —la primera relativa a la opinión y la segunda referente a la verdad o a la cosa misma—, obedece a que se olvida que se debe admitir la verdad en cuestión. En términos de nuestra teoría, la argumentación *ad rem* corresponde a una argumentación supuestamente válida para toda la humanidad razonable, es decir, *ad humanitatem*. Ésta sería un caso particular, pero eminente, de la argumentación *ad hominem*» (Perelman y Olbrechts-Tyteca 1989: 184). Y, en todo caso, lo que podríamos llamar argumento *ad hominem* en sentido estricto y argumento de autoridad pertenecen a un mismo género. Si se quiere, son tácticas de argumentación opuestas, basadas ambas en la argumentación personal, esto es, en la que toma la opinión de individuos particulares como fuente confiable de conocimiento (o de guía de la acción), frente a la argumentación que apela al conocimiento externo u objetivo: en un caso, argumento *ad hominem*, para destruir o minar la credibilidad de una persona; en otro, argumento de autoridad, para apoyar una tesis basándose en la opinión de una autoridad o de un experto en la materia (Walton 1989: 172). Es interesante observar al respecto que, en la carta de la lectora a la que antes se hacía referencia, aparecen usadas ambas tácticas: el argumento de autoridad, al señalar que Rico, aun siendo una autoridad en lingüística, no lo es en medicina (lo que supone restaurar la autoridad de los expertos en tabaquismo); y el argumento *ad hominem*, al achacarle una actitud basada en «mentiras e insultos» (Atienza 2012a: 14-17).

1) ¿Cabría calificar la argumentación de Rico y la de Cercas de «falaz», en el sentido de que en ambas hay un «cambio (o salto) dialéctico» encubierto (*vid.* V,5,A)? ¿Y la de Espada?

2) ¿Es entonces cierto que los argumentos *ad hominem* y los argumentos de autoridad no son necesariamente falaces? ¿De qué depende el que lo sean o no?

5,F) ¿UNA PETICIÓN DE PRINCIPIO?

Después de que la Corte Suprema de México resolviera que era constitucional una ley del Distrito Federal que (en 2007) declaraba impune el aborto practicado durante las primeras doce semanas del embarazo, diversos Estados reformaron sus constituciones estableciendo el «derecho a la vida» desde el momento de la concepción e impidiendo con ello que la despenalización pudiera estar vigente en esos Estados. Contra esas iniciativas de las legislaturas estatales, se interpusieron recursos de inconstitucionalidad que la Corte Suprema decidió en el sentido de declarar su constitucionalidad[6]. Unos días antes de la primera de esas decisiones (el 25 de septiembre de 2011), el grupo parlamentario del partido Acción Nacional publicó en la prensa un manifiesto en defensa del «derecho a la vida» en el que se contenía el párrafo siguiente:

> Sobre el tema del aborto, nos parece una situación que parte del supuesto erróneo de que alguien puede decidir si otra persona es o no un ser humano cuando ya lo es. Nuestra convicción es que el embrión es una persona, independientemente de que sus padres o las normas jurídicas positivas lo reconozcan como tal, y que tiene derechos, empezando por el derecho a la vida, por el simple hecho de ya ser; y justamente por su condición de ser una persona completamente indefensa, requiere la protección y tutela invariable del Estado justo desde el momento de la concepción. Para nosotros, la justicia no la define únicamente la ley, porque existe un derecho natural anterior que debe ser reconocido y que es el que defendemos en esta ocasión, como lo hemos defendido siempre.

1) ¿Incurren los parlamentarios en petición de principio? ¿Por qué? ¿En dónde se contendría la falacia —si es que existe?

6,A) REFUTACIÓN, REDUCCIÓN AL ABSURDO Y FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA

La refutación se ha considerado tradicionalmente como una de las partes del discurso retórico (un elemento de la *argumentatio*) y es también un componente esencial de la dialéctica: debatir consiste en defender las propias tesis y en atacar, refutar, las contrarias. Por lo demás, la refutación, como es natural, está presente tanto en la argumentación judicial como en la de los abogados, los dogmáticos, los teóricos del Derecho,

6. En realidad, el resultado de la votación fue de cuatro votos favorables a la constitucionalidad y siete en contra. Pero en el Derecho mexicano se requiere una mayoría de ocho magistrados para declarar la inconstitucionalidad de una ley.

etc. Y como se trata de contradecir, esto es, de negar o de suprimir alguna tesis, parecería que la reducción al absurdo debería jugar aquí un papel de gran relieve.

En la Presentación que hace al libro de Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Francisco Laporta (2009) ofrece dos refutaciones a dos argumentos frecuentes esgrimidos para defender la tesis de que la jurisprudencia no puede tener un valor vinculante en ordenamientos jurídicos como el español.

Uno de esos argumentos es el de la prohibición expresa dirigida a los jueces de «dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que llevan a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional» (art. 12.3 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial; el precepto tiene su origen en el art. 1.5 del Código de Napoleón, que se transmitió a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870), junto con una regulación de las fuentes del Derecho en la que la jurisprudencia sólo tenía la función de «completar» el ordenamiento jurídico. A ello, Laporta contrapone una regulación de la casación en la que figurará, desde siempre, como motivo de casación, la infracción de doctrina legal o de jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, desde 1855, el recurso «en interés de la ley», es decir, «un recurso cuya decisión no afecta a los derechos de las partes en un caso concreto y tiene como única función crear jurisprudencia» (p. 14). Esa situación de «esquizofrenia jurídica» resulta patente, en su opinión, en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil en donde la exposición de motivos afirma que en un sistema como el nuestro (como el español) «el precedente carece de fuerza vinculante», pero diversos preceptos de la ley desmienten esa no vinculatoriedad:

> No vale la pena perseguir la historia de la casación en España. Lo que nos interesa es que el punto de llegada de esta historia es, de momento, la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, en la que la semántica de los preceptos no hace sino incrementar la perplejidad. En su artículo 477.1 establece que el único motivo para la casación es «la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso». Al margen de las elaboraciones doctrinales a que pueda dar lugar la terminología del «interés casacional», lo que es cierto es que si la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo tiene ese interés casacional, es que se trata de una de esas «normas aplicables» para resolver las cuestiones «objeto del proceso», y si es una norma aplicable, entonces, siguiendo a Perogrullo, concluiremos que es una norma, y si se trata de una norma, entonces seguramente es jurídica y si lo es, será vinculante para los jueces (p. 16).

El otro argumento viene a decir que reconocer fuerza vinculante a los precedentes iría en contra de la independencia judicial. A lo que Laporta objeta (entre otras cosas) lo siguiente:

> Este razonamiento que vincula la existencia del precedente obligatorio con la amenaza a la independencia judicial es realmente sorprendente. Sólo imaginar

que nos lleva al solemnísimo disparate de suponer que todo juez que ejerza en un orden jurídico que establezca el principio *stare decisis*, todo juez inglés o americano, digamos, carece sólo por ello de independencia, sería razón bastante para reconsiderarlo (p. 30).

1) Trate de esquematizar los argumentos de Laporta contenidos en los párrafos transcritos. ¿Son ejemplos de argumentos por reducción al absurdo? ¿Tienen peso suficiente como para desplazar a los argumentos a los que se oponen?

2) Arthur Schopenhauer distinguía dos vías de refutación: una directa y otra indirecta. La directa ataca las tesis mostrando que los puntos de partida (las premisas) son falsas, o bien que de las premisas no se sigue la conclusión (la tesis defendida). La vía indirecta consiste en presuponer la tesis y mostrar que lo que se sigue de ella es inaceptable, o bien que la tesis incluye casos que son falsos (Schopenhauer 2002: 30-31). ¿Cabría decir que las dos refutaciones de Laporta son ejemplos de cada una de esas dos vías?

6,B) LOS ARGUMENTOS DE AUTORIDAD EN EL DERECHO

Si uno entendiera los argumentos de autoridad como aquellos basados en enunciados (premisas) autoritativos, entonces todos los argumentos jurídicos aplicativos lo serían. Pero hay también un sentido más estricto de esa noción. Tarello habla de un tipo de argumento interpretativo (interpretativo de los enunciados legales, pero podría extenderse también a los del precedente: en general, a aquello que constituye una fuente de Derecho) que denomina «autoritativo o *ab exemplo*»: sería aquel por el cual a un enunciado normativo se le adjudica el significado que le ha sido atribuido por alguien, y por este solo hecho (Tarello 1980: 172). Considera que es uno de los argumentos tradicionales de la retórica y que coincidiría con los que Perelman llama argumentos a partir del ejemplo. Se basan en el *principio de inercia*, o sea, en la tendencia a conservar el modelo de comportamiento establecido. En el Derecho eso está ligado a los valores de certeza y de igualdad de trato, de manera que podría decirse que cierto conservadurismo (sin dar a esta expresión ningún significado político) es un valor intrínsecamente jurídico.

La estructura lógica de un argumento (práctico) de autoridad (en sentido amplio o en sentido estricto) es simple. Podría esquematizarse así:

— *X* ha establecido que en las condiciones *C* debe hacerse *A* (por ejemplo, seguir el sistema de fuentes vigentes, o interpretar [el enunciado] *I* en el sentido *I'*).

— *X* tiene autoridad sobre *Y* (que se encuentra en las condiciones *C*).

— Por lo tanto, *Y* debe hacer *A* (seguir el sistema de fuentes vigente o interpretar *I* en el sentido *I'*).

Pero desde un punto de vista material, la validez o fuerza del mismo depende obviamente de la solidez de las premisas, de lo que suele llamarse la *justificación externa*; el esquema anterior constituiría la *justificación interna* del argumento. Aquí, para dar cuenta conjuntamente de la estructura de la justificación interna y externa, puede ser útil recurrir a los esquemas de Toulmin (1958). La pretensión (*claim*) del argumento, la conclusión, es que *Y* debe hacer *A*. Las razones para ello (*data* o *grounds*) son que *X* tiene autoridad sobre *Y* y que *X* ha establecido que *Y* debe hacer *A*. Puede haber situaciones, naturalmente, en que

haya que dar ulteriores razones en favor de estas últimas. Pero hay además otra razón general (la garantía o *warrant*), para pasar de las anteriores razones a la pretensión, que se enunciaría así: se deben obedecer las directivas de la autoridad. Y, a su vez, el respaldo (*backing*) de la garantía podría venir dado por una teoría de la autoridad como la antes examinada de Raz-Nino o (en el caso de argumentos interpretativos de autoridad) por el principio de inercia o algún otro semejante. Pero la cosa no se queda aquí. Los argumentos de autoridad son (o suelen ser) argumentos plausibles, derrotables, pues su validez depende de que no se dé alguna condición de refutación (*rebuttal*), o sea, la pretensión se sigue de todo lo anterior *a no ser que*..., por ejemplo, sea un caso de supra-inclusión o infra-inclusión en relación con alguna regla aplicable (hay un desajuste entre el elemento directivo y el justificativo de la regla), o (en el caso del argumento interpretativo) surja alguna poderosa razón para no mantener el modelo de comportamiento, para romper con el ejemplo (con el principio de *stare decisis*).

Y si se tiene en cuenta todo lo anterior, no es difícil darse cuenta de cuáles serían las reglas pragmáticas que seguir para usar con éxito, en un contexto retórico o dialéctico, ese argumento. Son reglas que tratarían de contestar, evitar, etc. (dependiendo de la posición que se ocupa en la argumentación) *preguntas críticas* del tipo de: ¿Es *X* autoridad respecto de *Y*? ¿Lo es en relación con la directiva emanada, *D*? ¿Ha emanado realmente *X* la directiva *D*? ¿Puede entenderse *D* de manera que no suponga la obligación para *Y* de hacer *A*? ¿Existe realmente la obligación de obedecer las directivas de la autoridad? ¿Se aplican en este caso las condiciones para considerar legítima la autoridad de *X* para dictar *D*?, etcétera. [...]

Hasta ahora he hablado del argumento de autoridad en el Derecho como tipo de argumento práctico. Pero, en realidad, el argumento de autoridad también es importante en contextos jurídicos teóricos (relativos a hechos, a cuestiones probatorias), puesto que el razonamiento jurídico es, globalmente considerado, un tipo de razonamiento práctico que, como es obvio, contiene fragmentos de razonamiento teórico. La apelación a la autoridad teórica, a los expertos, es de gran importancia en la argumentación legislativa [...]. Pero también en la argumentación judicial y de los abogados: en los problemas de prueba, la apelación a los expertos, el uso de la prueba pericial tiene —y cada vez más— una gran relevancia. Y el manejo de ese argumento exige una particular habilidad en el caso de los sistemas acusatorios en los que se practica el interrogatorio cruzado.

El análisis por hacer del mismo, en términos formales, es paralelo al del argumento en contextos prácticos. Walton (1989: 193), por ejemplo, lo esquematiza así:

— *E* es experto en *D*.
— *E* afirma que *A* es verdadero.
— *A* está dentro del dominio *D*.
— Por lo tanto, *A* (plausiblemente) es verdadero.

La única diferencia en relación con lo que resultaría de trasladar aquí el otro esquema es que ahora se añade una premisa, la referencia al dominio o campo de pericia, que sería equivalente al ámbito en el que se tiene autoridad práctica; y la aclaración (contenida en la conclusión) de que se trata de un argumento plausible o derrotable. Pero esos dos elementos aparecían también cuando utilizábamos para representar el argumento de autoridad práctico el esquema de Toulmin, si bien es importante precisar que el sentido en el que puede considerarse derrotable una norma jurídica es distinto a cuando se trata de un enunciado teórico: Por un lado, en relación con los principios, cuando uno de ellos resulta derrotado al efectuar la ponderación, ello no quiere decir —como tantas veces se ha repetido— que pierda su validez, que deje de ser un principio válido del ordenamiento; a diferencia, por tanto, de lo que ocurre con un enunciado teórico que resulta derrotado.

Y, en relación con las reglas, ellas presentan una resistencia típica a ser derrotadas, muy superior a la que puede encontrarse en los enunciados teóricos: como se ha dicho varias veces, puede tener sentido seguir una regla incluso cuando la misma nos aparta del curso de acción señalado por las razones sustantivas aplicables (el equivalente a las pruebas empíricas en los enunciados fácticos). [...]

En todo caso, también aquí podríamos usar el esquema de Toulmin. La *pretensión* sería que *A* es verdadero. Las *razones*, las premisas del razonamiento. La *garantía*, el enunciado general de que si un experto en un campo hace una afirmación relativa a ese campo, entonces la misma es (probablemente) verdadera. El *respaldo*, los métodos usados en ese campo de conocimiento. Y las *condiciones de refutación*, las circunstancias que anularían lo anterior como, por ejemplo, que hay otro experto que, con mejores credenciales, afirma lo contrario, o que se ha efectuado una prueba empírica que desmiente la afirmación del experto.

También aquí cabe construir una serie de reglas pragmáticas que seguir en el uso del argumento, centradas en varias preguntas críticas. Walton lo sistematiza en las seis siguientes: 1) ¿cae el juicio del experto dentro de su campo de especialidad?; 2) ¿se trata realmente de un experto?; 3) ¿cómo de experto es?; 4) ¿hay desacuerdos con otras autoridades en la materia?; 5) ¿avalan las pruebas objetivas existentes al respecto la opinión del experto?; 6) ¿se ha interpretado bien lo dicho por el experto? (Walton 1989: 194-197).

Es más o menos obvio que ésas son, aproximadamente, el tipo de preguntas (de *checklisten*) que se hace un juez que tiene que evaluar el testimonio de un perito, y que han de servir de guía también al interrogatorio llevado a cabo por un abogado. Por lo demás, resulta también claro que el argumento *ad hominem* es perfectamente admisible en este contexto; el abogado que trata de desacreditar al perito utilizando diversos tipos de estrategias (por ejemplo, mostrando que el perito tiene algún interés en el caso) no está por ello (o no necesariamente) argumentando mal, de manera falaz. Y el argumento *ad verecundiam*, esto es, apelar a la confianza que merece la opinión de un experto (*ad verecundiam* —término introducido por Locke— significa «a la modestia» y hace referencia a que sería insolente oponerse a la opinión de los autores prestigiosos (Hamblin 1970: 162), no es tampoco necesariamente una falacia. Sería un argumento falaz (una falacia dialéctica) si se hiciera para apoyar un argumento que se sabe que es débil y para impedir que el punto pueda seguir siendo discutido como merecería serlo (Atienza 2012a: 23-26).

1) El texto anterior muestra que, sobre un determinado argumento, como el de autoridad, hay que considerar tres planos de análisis: formal o estructural, material y pragmático, y que este último tiene cierta prioridad, al menos para la práctica de la argumentación. ¿Podría aplicarse ese método de análisis al resto de los argumentos jurídicos: *a contrario*, por analogía, *ad absurdum*...?

2) ¿Qué naturaleza tienen las «reglas pragmáticas» (las preguntas críticas) incluidas a propósito del uso práctico o teórico del argumento de autoridad? ¿En qué consiste su dimensión dialéctica y retórica? ¿Se puede hacer uso de esas reglas prescindiendo de los aspectos formales y materiales del argumento?

VI

CÓMO ANALIZAR LAS ARGUMENTACIONES

1. ANALIZAR, EVALUAR Y ARGUMENTAR

El resumen de los anteriores capítulos podría ser éste. Para dar cuenta adecuadamente de la dimensión argumentativa del Derecho habría que considerar (distinguir, para luego integrar en una teoría compleja) los componentes formales, materiales y pragmáticos (dialécticos y retóricos) que existen en toda argumentación. A partir de ahí, se estaría en condiciones de poder afrontar las tres grandes preguntas que plantea este enfoque del Derecho: cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y cómo argumentar en el Derecho.

Es bastante obvio que las tres operaciones pueden (suelen) estar unidas en la práctica; pero resulta útil separarlas a efectos didácticos. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que las dos primeras operaciones son *ex post*, esto es, presuponen una argumentación ya dada; mientras que la tercera es *ex ante*. Pero eso no significa exactamente que lo que se diga respecto de las dos primeras presuponga el punto de vista de un observador o espectador, mientras que la última significa que requiera el punto de vista del participante en la argumentación. No es necesariamente así, porque entender y, sobre todo, evaluar una argumentación implica asumir una actitud bastante comprometida, si la argumentación no se ve exclusivamente desde el punto de vista formal. Y en la posición *ex ante* puede encontrarse alguien que asume un punto de vista muy abstracto, esto es, que no se plantea cómo argumentar en una determinada situación, sino de manera general, en cualquier situación. Y, en fin, tampoco podría decirse que la primera operación (el análisis) consista simplemente en describir, mientras que en las dos siguientes lo que se haría es prescribir: analizar un texto argumentativo supone tomar determinadas decisiones (por ejemplo, entender que hay una determinada premisa implícita); la evaluación requiere un tipo de análisis conceptual que no podría calificarse sim-

plemente de prescriptivo; y «cómo argumentar» es obviamente una pregunta ambigua, que puede entenderse en el sentido de cómo debe argumentarse o en el de cómo se argumenta de hecho.

El análisis de los argumentos supone a su vez diversas tareas que tienen que realizarse de manera relativamente conjunta, dado que están estrechamente conectadas entre sí. Una es la de representar los argumentos y las argumentaciones de las que forman parte los mismos. No es siempre estrictamente necesario (no lo es si se quieren analizar argumentaciones simples), pero puede ser muy útil si se trata de argumentaciones complejas que envuelven diversos argumentos conectados entre sí en forma que no siempre es fácil de apreciar, al menos a primera vista. Otra consiste en mostrar cuáles son los elementos, las partes, que pueden distinguirse en una argumentación; a lo cual, naturalmente, ayuda una representación adecuada de la argumentación. Y otra tarea es la de analizar con detalle cada una de esas partes y, en particular, la (o las) que pueda(n) tener una mayor importancia en la argumentación.

2. UN MÉTODO PARA LA REPRESENTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS

De acuerdo con lo que hemos visto, lo que tendríamos que representar no es sólo la forma, la estructura, de la argumentación, sino las razones que se esgrimen en una argumentación (indicando sus diversos tipos, el peso relativo de cada una, etc.) y los elementos pragmáticos de la misma. Quizás sea imposible dar cuenta completa de todos esos elementos; o, si se quiere, para lograrlo habría que idear un método que probablemente sería excesivamente complejo o engorroso como para que pudiera ser manejable y, por tanto, de utilidad para el jurista. De manera que hay que pensar en algún modelo razonablemente simple y que, sin embargo, sea también suficientemente completo.

Una posibilidad, sin duda, es la de recurrir a la lógica formal clásica, como han hecho muchos autores (incluidos los representantes de la teoría estándar de la argumentación jurídica: como MacCormick o Alexy). El formalismo de la lógica es, obviamente, un expediente útil para muchos propósitos, pero la representación que proporciona no resulta satisfactoria cuando se trata de argumentos jurídicos de cierta complejidad, y no sólo en relación con los casos estrictamente difíciles. Por diversas razones: no da cuenta del flujo de la argumentación, o sea, lo que se representa no es el proceso, la actividad de argumentar, sino exclusivamente el resultado; no da cuenta de la diferente fuerza que tienen cada una de las razones, de los argumentos (en la lógica formal estándar, todas las premisas —no superfluas— valen lo mismo); no da cuenta de la variedad de actos de lenguaje en que con-

siste la argumentación; y la representación que ofrece es, cabría decir, lineal, mientras que las argumentaciones reales se asemejan más bien —como a veces se ha dicho— a la trama de un tejido (es una metáfora de Perelman) o a las patas de una silla (Wisdom). Tampoco cabría proponer una representación basada en las razones, en lo que hemos llamado elementos «materiales» de la argumentación, puesto que el sentido de esas razones no sería comprensible si se dejaran fuera los elementos estructurales y los pragmáticos. De manera que la mejor alternativa parece que tendría que ser la de un modelo que asumiera más bien la perspectiva pragmática de la argumentación, pues, como se señaló en el capítulo anterior, esa perspectiva no es reductivista, esto es, permite dar cuenta también de los elementos formales y materiales de la argumentación. Un ejemplo de esto último es el esquema ideado por Toulmin y al que ya se ha hecho referencia varias veces. Y otro, el propuesto por el procesalista estadounidense John Wigmore, a partir de la segunda década del siglo XX, que denominó *chart method* (Wigmore 1937), y que ha sido desarrollado (y simplificado) recientemente por Twinning, Anderson y Schum (Twinning 2005).

El método que aquí se propone[1] se basa en la utilización de diagramas de flechas y, hasta cierto punto, podría considerarse como un desarrollo del de Toulmin y puede complementarse con el de Wigmore, al que me acabo de referir, si bien este último se aplica únicamente a la argumentación en materia de hechos. No da cuenta, por supuesto, de todos los elementos que cabe encontrar (y analizar) en una argumentación, pero sí de muchos de ellos. En el mismo se refleja tanto el aspecto inferencial, el paso de unos argumentos a otros, como los tipos de enunciados (la naturaleza de las premisas y su contenido proposicional) y los diversos actos de lenguaje que se llevan a cabo en cada uno de esos pasos. Por lo demás, también permite captar la diferencia entre las argumentaciones, las líneas argumentativas y los argumentos. Una *argumentación* es el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta inicial —el problema que da lugar a la argumentación— y la respuesta a la misma —la solución—. Un *argumento* es una razón a favor o en contra de una determinada tesis; las argumentaciones no constan exclusivamente de argumentos. Y una *línea argumentativa* es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla.

El punto de partida consiste en concebir la argumentación como un flujo de información que va desde el planteamiento del problema que suscita la necesidad de argumentar hasta su solución. Ese flujo se puede representar mediante líneas (los pasos que no son argumentativos, inferenciales) o mediante flechas que indiquen que se trata

1. El método está expuesto con mayor detalle en Atienza y Lozada 2009; lo fui desarrollando a partir del propuesto en Atienza 1991.

de un argumento a favor o en contra de cierta tesis. Además de estos argumentos, a los que cabe llamar simples, se pueden representar diversos tipos de argumentos complejos; o sea: puede que se trate de varias razones independientes entre sí, o que estén ligadas entre sí de diversas formas (conjuntiva o disyuntivamente); puede que una razón ataque o apoye directamente una tesis, o que el ataque o apoyo esté referido a la inferencia, al paso de un enunciado a otro. Y a todos estos tipos de relaciones de inferencia puede atribuírseles un peso variable: puede tratarse de una inferencia deductiva o no deductiva y, en este último caso, su peso podría ser mayor o menor.

En cuanto al contenido proposicional (el elemento material en sentido amplio de las argumentaciones), algunos expresan razones, pero otros no; o sea, hay oraciones lingüísticas que forman parte de una argumentación y que no son un argumento —una razón— en sentido estricto: por ejemplo, una pregunta. Ahora bien, además del contenido proposicional, el esquema puede dar cuenta (cuando ello resulte de interés) de los diversos tipos de enunciados —de premisas y de conclusiones— que se contienen en una argumentación jurídica. Como anteriormente se ha señalado, algunos de esos enunciados forman parte del sistema jurídico, y otros no. Los que pertenecen al sistema pueden ser de carácter teórico, como las definiciones, o práctico, como las normas o los enunciados valorativos; las normas pueden ser reglas o principios, etc. Entre los que no forman parte del sistema, puede distinguirse, a su vez, entre enunciados interpretativos, teóricos (de la dogmática o de la teoría del Derecho), jurisprudenciales, empíricos, valorativos, etcétera.

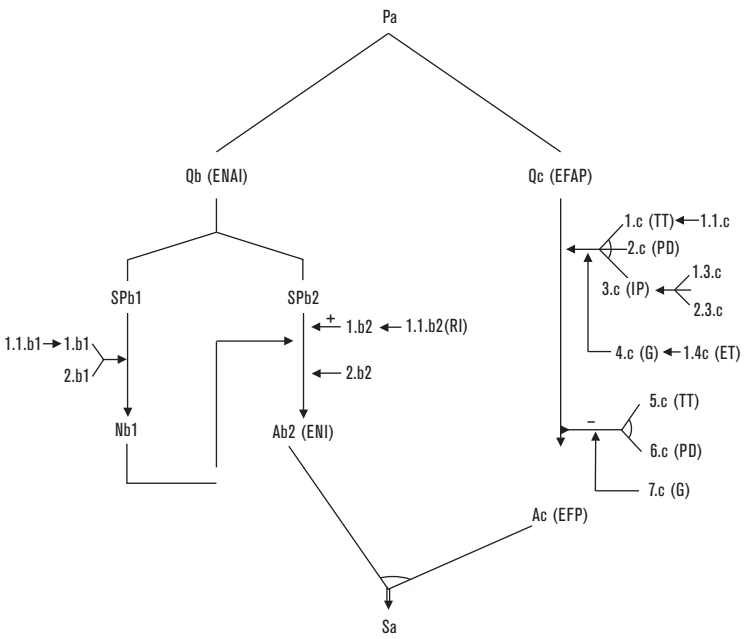
Por lo que se refiere a la dimensión pragmática, el esquema trata de captar el aspecto ilocucionario, esto es, los diversos tipos de actos de lenguaje que tienen lugar dentro del acto de lenguaje complejo en que consiste argumentar. Así, además del acto de plantear un problema y de proponer una solución, tienen particular importancia las preguntas que el argumentador se va haciendo a lo largo del proceso argumentativo y que, a su vez, podrán clasificarse, por ejemplo, en cerradas u orientadas (pueden concebirse como una disyunción entre dos o más miembos y cuya respuesta —que no es la respuesta final de la argumentación— consistirá, por lo tanto, en optar por uno de ellos), o bien abiertas (la pregunta está formulada de manera que no están delimitadas de antemano las respuestas posibles entre las que habría que elegir). Además, una argumentación incluye también suposiciones, afirmaciones o negaciones. El modelo no permite dar cuenta de todos los aspectos retóricos y dialécticos de una argumentación (por ejemplo, de si se utiliza un lenguaje más o menos preciso, cargado emocionalmente, etc.), pero sí de algunos de ellos: del orden de la argumentación, de la concentración del esfuerzo argumentativo en ciertos lugares o momentos y, hasta cierto punto, de la interacción

dialéctica que tiene lugar cuando sobre un mismo problema se han producido diversas argumentaciones.

Finalmente, el esquema está pensado partiendo de un tipo característico de argumentación jurídica, la justificación judicial, pero es suficientemente flexible como para, a partir de ahí, poder extenderlo (con alguna que otra modificación) a otros tipos de argumentaciones jurídicas.

3. EL MÉTODO APLICADO A UN CASO FICTICIO

El siguiente diagrama, referido a un ejemplo ficticio de argumentación, puede servir para aclarar todo lo anterior:



La argumentación se abre con el planteamiento de un problema, representado con la mayúscula P, que modaliza un contenido proposicional, *a*. Por ejemplo, si una persona debe ser o no condenada, si a alguien se le declara o no propietario de un determinado bien, etc. (los problemas judiciales están, por lo general, planteados en términos binarios). A partir de ahí, la argumentación se abre en dos ramas, lo que quiere decir que la solución del problema depende de dos cuestiones (representadas cada una por la Q mayúscula que se antepone a la letra

proposicional): la de la izquierda es de tipo interpretativo: cómo debe entenderse un contenido proposicional, *b*, que representa un enunciado normativo que interpretar (es lo que señalan las letras que aparecen entre paréntesis, tras la letra proposicional); la de la derecha es una cuestión probatoria: ¿ha tenido lugar un hecho descrito en la proposición *c* —lo que aparece entre paréntesis a su derecha caracteriza el tipo de enunciado: un enunciado fáctico que tiene que ser probado?

La cuestión de la izquierda (la cuestión interpretativa) lleva a plantearse dos suposiciones (SP), o sea, ese enunciado puede entenderse de dos maneras: como b1 o como b2. La primera suposición es negada (Nb1) por un argumento complejo que consta de tres razones: 1.b1 y 2.b1 son razones (cada una de ellas es una razón, pero no completamente independiente de la otra) a favor de pasar de la suposición de b1 a su negación. Y 1.1.b1 es una razón exclusivamente en favor de 1.b1. Por su lado, la negación de b1 es también una razón para afirmar la interpretación contraria: Ab2. Pero aquí hay otras dos razones, ahora completamente independientes entre sí, para afirmar la interpretación que en principio se había supuesto: una de ellas es 1.b2, en favor de la cual hay además otra razón, 1.1.b2, que es una regla de interpretación; y el signo «+» que aparece sobre la flecha indica que ésa es una razón a la que el argumentador atribuyó un peso considerable; la otra razón, 2.b2, enuncia un argumento simple, independiente, en favor de pasar de SPb2 a Ab2.

La cuestión de la derecha es resuelta en el sentido de que se da por probado el hecho descrito en *c*. Para ello, para pasar de Qc (EFAP) a afirmar *c*: Ac (EFP), se articula un argumento complejo (el de la parte de arriba), que consta de cuatro razones. Las tres primeras, 1.c, 2.c y 3.c, son hechos probatorios: respectivamente, el testimonio de un testigo (TT), una prueba documental (PD) y un informe pericial (IP); el arco de flecha indica que las tres razones constituyen conjuntamente un argumento, pero que cada una por separado no lo sería; a su vez, a favor de 1.c se aporta una razón, y a favor de 3.c dos razones, 1.3.c y 2.3.c, conectadas entre sí en forma disyuntiva: cada una de ellas sería un argumento a favor de 3.c. La cuarta razón, 4.c, es un enunciado general (por ejemplo, una máxima de experiencia), a favor de la cual hay una nueva razón, 1.4.c, que es un enunciado teórico (por ejemplo, una doctrina dogmática); esa razón (como pasa con las garantías en el esquema de Toulmin) da fuerza para pasar del conjunto de las anteriores a la afirmación de que *c* ha tenido lugar (Ac). Pero hay además otro conjunto de razones (5.c y 6.c son de nuevo hechos probatorios y 7.c un enunciado general) en el que el sentido de la flecha está invertido; quiere decirse con ello que esas tres razones constituyen un argumento en contra de dar como probado el hecho (de pasar de Qc a Ac); pero un argumento más débil que el anterior (lo que se señala con el signo «-»), y de ahí que se concluya afirmando *c*.

El tramo final representaría lo que suele llamarse la justificación interna de una decisión judicial: a partir de una norma (un enunciado normativo interpretado en un cierto sentido: Ab2 [ENI]) y de un hecho considerado probado (un enunciado fáctico que enuncia un hecho considerado probado: Ac [EFP]), se concluye en forma deductiva (representado con la doble línea de la flecha) que la solución debe ser *a* (Sa): que tal persona debe ser condenada o que debe ser considerada propietaria de tal bien.

4. PARTES DE LA ARGUMENTACIÓN

El modelo anterior de representación de los argumentos puede desarrollarse en varias direcciones, como ha quedado más o menos claro. Pueden distinguirse diversos tipos de cuestiones, diversas agrupaciones de argumentos, introducir nuevos actos de lenguaje, realizar una clasificación más fina de los tipos de enunciados, etc. Pero sólo debería hacerse en la medida en que fuera necesario para representar aspectos relevantes de las argumentaciones, que puedan facilitar su análisis. La representación de una argumentación no equivale a su análisis, sino que es un instrumento, una ayuda para llevarlo a cabo. Por esa razón, no debe abusarse del recurso, esto es, quien pretenda analizar una argumentación judicial sirviéndose del modelo anterior no debe pensar que su esquematización será tanto mejor (y el análisis tanto más profundo) cuanto más símbolos de los propuestos (o de los que él pudiera añadir) utilice. Al contrario, de lo que se trata es de dar cuenta de lo esencial de la argumentación con el menor número de elementos posible.

Si recordamos las partes del discurso que se distinguían en la tradición retórica (y que sigue sirviendo de inspiración a quienes tratan de establecer las fases de un debate dialéctico [*vid.* Van Eemeren y Grootendorst 2000]), lo que recoge el esquema anterior es, esencialmente, una de ellas: la *argumentatio*. Pero el análisis de la motivación de una sentencia exige tener en cuenta también otros componentes de la misma. Dicho de otra manera, para entender cabalmente la motivación de un juez frente a un determinado caso, se deben distinguir una serie de elementos. Los fundamentales parecen ser los siete siguientes[2]:

2. Los cuales vienen a coincidir, como es natural, con los elementos que deben recogerse en los *briefs*, resúmenes, que los estudiantes, en las escuelas de Derecho de los Estados Unidos, deben aprender a hacer en los cursos de *Legal Reasoning*. En su formato tradicional, un *brief* consta de los siguientes apartados: *a*) *Citation*: brevísimo encabezamiento, con la referencia de la sentencia y el tipo de acción de que se trata. *b*) *Facts*: breve relato de los hechos jurídicamente relevantes. Como típicamente se analizan sentencias de apelación en tribunales superiores, es frecuente que los hechos se relaten con ocasión del resumen de la «historia procesal» del caso en instancias inferiores, la cual a veces se incluye en el epígrafe *facts* y a veces va en un apartado distinto (*Procedural history*, que cabe incluir en la

1) La narración, los hechos del caso. O sea, lo que ha sucedido en el mundo social e institucional y que ha llevado al planteamiento de un problema jurídico.

2) El problema o los problemas jurídicos de donde arranca la argumentación. Esto es, la traducción de lo anterior al código (normal-

«parte 1» cuando se alude a lo ocurrido en el mundo «institucional»). *c*) *Issues*: la *cuestión* o *cuestiones jurídicas generales* que se discuten a propósito del caso, el problema jurídico o interpretativo. No si debo condenar a Juan o si Juan actuó en legítima defensa, sino cómo ha de entenderse tal o cual requisito de la legítima defensa. Corresponde a la «parte 3», no a la «parte 2». La respuesta a los *issues* no es el fallo particular y concreto (que sería la respuesta a la «parte 2»), sino el *holding* (como enseguida se verá). Y dado que se analizan sentencias de apelación, fundamentalmente para extraer la norma jurisprudencial que sirve de precedente (o confirma uno anterior), los *issues*, típicamente, no se refieren a las cuestiones controvertidas sobre los hechos. *d*) *Holding* (o *ruling*): la tesis jurídica general defendida por la sentencia, la afirmación o declaración de Derecho que la sentencia sostiene como respuesta al o los *issues* jurídicos. Corresponde a la «parte 4» (en tanto no referida a declaraciones de hechos). Es la norma jurídica *general y abstracta* (regla, principio o doctrina), en la versión o interpretación defendida por la sentencia, que fundamenta el fallo particular. O, dicho en otro lenguaje, es el «enunciado normativo interpretado [ENI]» (a partir de un «enunciado normativo que interpretar [ENAI]», sea éste legislativo o un precedente judicial previo). Es la «premisa normativa de un razonamiento jurídico acabado» (R') como distinta de la disposición normativa del «Derecho objetivo» (R) emanado de fuentes autoritativas que le sirvió de punto de partida (*vid.* Aguiló 2000: 106-109). En suma, el *holding* es el núcleo de la *ratio decidendi*, formulada de manera concisa y precisa como quien enuncia una norma (eso se le pide al estudiante, aunque en el texto de la sentencia a menudo no aparezca explicitada así, «en estado puro»). Y es lo que opera como precedente para casos futuros. Para distinguir el *holding* (*ratio decidendi*) de otros comentarios marginales innecesarios para el fallo y/o que no responden a los *issues* suscitados por el caso, y que, por tanto, al menos en principio, no servirán de precedente (*obiter dicta*, aunque puedan ser también afirmaciones de Derecho), hay que mostrar su doble correspondencia o congruencia: con el fallo particular y, no menos importante (para no incurrir en «ruling too wide»), con los *issues* (el *holding* a la vez responde a los *issues* y fundamenta el fallo). *e*) *Rationale*: las razones o argumentos para sustentar el *holding*. Corresponde a la «parte 5». Si el *holding* era el «enunciado normativo interpretado [ENI]», el *rationale* engloba al «enunciado interpretativo» que lo fundamenta y a la ulterior argumentación (cánones interpretativos y otros argumentos) que sustenta dicho enunciado interpretativo. El *rationale* es también *ratio decidendi*. Si se quiere, la *ratio decidendi* puede entenderse «en sentido estricto» (sólo el *holding*), o en sentido amplio (*holding* más *rationale*). La diferencia es que el *holding* es la razón que fundamenta directamente al fallo, y el *rationale* es la «razón de la razón», la razón que fundamenta al *holding* (y, a su través, al fallo). El *rationale* se corresponde con la «parte 5». *f*) *Judgement*: el fallo o decisión particular y concreta, que afecta a las partes del caso y su particular controversia. Ya que no es esto lo que operará como precedente general (que es lo que interesa), a menudo incluso se omite del *brief* este apartado. Corresponde a las «partes 6 y 7». Una advertencia terminológica: las palabras inglesas *decision*, o *to decide*, suelen referirse con frecuencia al *holding*, no (o no sólo) al fallo, lo cual puede provocarnos malentendidos.

En suma: los elementos centrales de una sentencia son el *holding* (sobre ciertos *issues*), los hechos, y la fundamentación del *holding*. «Un caso es, básicamente, una norma jurídica general (*a rule of law*), enunciada en un contexto fáctico específico y justificada mediante una cierta argumentación (*rationale*)» (Hegland ^{3}2000: 107).

mente binario) característico de la resolución judicial de conflictos. Por ejemplo, a la vista de la decisión del tribunal de instancia, de los escritos de apelación, etc., ¿se debe o no ratificar la sentencia?; ¿se debe declarar inconstitucional o nulo el artículo A de la ley L?; etcétera.

3) Las cuestiones y subcuestiones de las que depende la solución del problema. En el ejemplo ficticio: ¿cómo interpretar tal artículo de tal ley?; ¿se debe considerar probado tal hecho?

4) Las respuestas a esas cuestiones. Por ejemplo: el artículo A debe interpretarse en el sentido S; el hecho H se da por probado.

5) Las razones en las que se basan las anteriores respuestas. Aquí es importante distinguir entre las *rationes decidendi* y los *obiter dicta*, es decir, entre las razones que el juez o el tribunal consideraron esenciales para conformar las premisas (normativas y/o fácticas) de la justificación interna; y otra serie de razones, de argumentos, que aparecen en la motivación, pero que no jugaron ese papel. Es una tarea difícil y típicamente interpretativa: los jueces no señalan explícitamente (o no lo hacen siempre) qué enunciados de sus sentencias tienen esas características; y aunque lo hicieran, las palabras utilizadas para ello podrían entenderse de más de una forma.

6) La solución del problema. O sea, el cierre de la pregunta inicial; por ejemplo: debe ratificarse la sentencia; el artículo A de la ley L debe declararse constitucional (o debe declararse constitucional, pero entendida la expresión E en el sentido S).

7) La decisión. Por ejemplo: se ratifica la sentencia del tribunal T; se declara la constitucionalidad del artículo según la ley L.

5. CUESTIONES CONTROVERTIDAS Y CASOS DIFÍCILES

En relación con las anteriores partes o elementos de un discurso judicial justificativo, tiene una particular importancia identificar cuál es el tipo de cuestión que caracteriza a la controversia. Como se recordará, en eso se basaba la doctrina de los estados de causa que puede considerarse como un precedente de lo que hoy llamamos tipos de casos difíciles; por lo demás —luego se va a volver a insistir en ello—, una cosa es el *tipo* de cuestión, y otra la cuestión concreta planteada. Quintiliano, por cierto, era plenamente consciente de las dificultades que planteaban esas clasificaciones; en su opinión, los diversos *estados* guardaban entre sí cierto «parentesco», de manera que su separación era conceptualmente problemática y la justificaba por razones didácticas: para cada uno de los estados había ciertos argumentos y objeciones, lugares comunes, etc., más o menos estandarizados y que, por tanto, podían ser objeto de aprendizaje (*Institutiones Oratoriae*, libro VII). Impresiona darse cuenta de la sutileza (pero una sutileza al servicio de fines prácticos) de esas clasificaciones, la más influyente de las cuales parece haber sido, como ya se ha dicho, la de Hermágoras de Temnos,

un retórico del siglo II a. C. cuya obra ha desaparecido, aunque se ha podido reconstruir su doctrina al respecto (*vid.* Calboli 1986). Sin embargo, se trata de una clasificación, aparte de discutible desde el punto de vista sistemático, hecha en función de las características del Derecho (particularmente, el Derecho procesal) de la época, de manera que —como ya se ha dicho antes— no podríamos utilizarla sin más en relación con nuestros ordenamientos jurídicos (*vid.* V,4,B).

MacCormick elaboró, a finales de los años setenta del siglo pasado (MacCormick 1978), una tipología de casos difíciles que ha sido muy influyente, y que podríamos tomar como un buen punto de partida. Arranca de la idea usual de que el esquema básico de la justificación judicial (la justificación interna o de primer nivel) tiene una forma silogística (de un *modus ponens*) con dos premisas: una normativa y una fáctica. Pues bien, los problemas pueden surgir en relación con cada una de ellas. A propósito de la premisa normativa, podrían plantearse dos tipos de dificultades: 1) problemas de interpretación, en los que hay acuerdo sobre cuál es la norma —o la disposición— aplicable, pero se discrepa en relación a cómo debe ser entendida; 2) problemas de relevancia, cuando existe una duda en relación con si la hay o con cuál es la norma aplicable. Y a propósito de la premisa fáctica, otras dos dificultades: 3) problemas de prueba, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar; y 4) problemas de calificación o de «hechos secundarios», en los que la duda surge sobre si un determinado hecho, que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de una norma. Ahora bien, con esa tipología, MacCormick parece estar pensando exclusivamente en problemas sustantivos y pasa por alto, por lo tanto, las cuestiones procesales. Hay también un tipo de problema normativo (que no es exactamente ni de relevancia ni de interpretación) no considerado por MacCormick: si la norma aplicable es válida. Y como la subsunción, el esquema clasificatorio, parte (como premisa mayor) de una regla de acción, no considera tampoco los supuestos en los que el juez tiene que aplicar, bien una regla de fin, o bien un principio. En consecuencia, cabría hacer una tipología de casos difíciles, de cuestiones controvertidas, que duplicaría en número a la propuesta por MacCormick: procesales, de prueba, de calificación, de aplicabilidad, de validez, de interpretación, de discrecionalidad y de ponderación. Veámoslas con algún detalle.

5.1. *Cuestiones procesales*

Podría pensarse que las cuestiones procesales son, en realidad, problemas reducibles a las otras categorías (las cuatro planteadas por MacCormick). O sea, antes de plantearse el problema de cómo debe decidir la cuestión de fondo, el juez se plantea si debe decidirla: si es compe-

tente para hacerlo y si quien le plantea la cuestión ha seguido el procedimiento adecuado para ello. Y, para resolver este problema, cuenta a su vez con las normas procesales (aquí se trata también de aplicar ciertas normas a determinados hechos), que podrán suscitar alguno de los cuatro tipos de duda de los que habíamos hablado.

Pues bien, en cierto modo es así, pero la norma que aquí tiene que aplicar el juez es muy distinta a la que funge de premisa del razonamiento clasificatorio. No es una norma regulativa, sino una norma constitutiva. Exactamente, una norma que confiere poder, y que tiene la siguiente forma canónica: «si se dan las circunstancias X y Z realiza Y, entonces se produce el resultado normativo R». Las circunstancias X son las que determinan la competencia del juez y esas circunstancias pueden ser de carácter material, personal, espacial o temporal; el juez puede no ser competente, pongamos por caso, por el tipo de asunto que se discute, porque está afectado por una causa de recusación, porque los hechos tuvieron lugar fuera de su jurisdicción o porque la acción procesal ya ha prescrito. La acción Y es un procedimiento (una actividad, una sucesión de acciones) referido normalmente a una pluralidad de sujetos (Z); por ejemplo, el juez puede decidir no entrar a conocer el caso porque la demanda se interpuso fuera de plazo, porque no se agotaron los recursos previos, etc. Y R, el resultado normativo, es que, si se cumplen las anteriores condiciones, entonces al juez se le confiere el poder de resolver el caso (la cuestión de fondo); los poderes de los jueces son de ejercicio obligatorio (a diferencia, en general, de los poderes conferidos a los particulares), pero eso no debe llevar a confundir las reglas que confieren poder con las reglas de obligación (de mandato) referidas a los poderes[3].

De manera que las cuestiones procesales son cuestiones normativas y fácticas, pero que tienen ciertas peculiaridades, puesto que pueden encajarse bajo determinadas categorías doctrinales: legitimación procesal, recusación, prescripción, etc. Lo cual hace, en definitiva, que en relación con las mismas rijan ciertos criterios interpretativos, se apliquen razones de carácter institucional, etc., todo lo cual justifica que sean tratadas con cierta autonomía (como ocurría —por cierto— en la tradición retórica) en relación con las de carácter sustantivo.

5.2. *Cuestiones de prueba*

Aquí se trata de conjeturar («estado de causa conjetural» es el nombre que recibió en la tradición retórica) si ha tenido lugar un determina-

3. Esa regla de obligación será, en realidad, la *razón operativa* del razonamiento. Como antes veíamos, las normas constitutivas funcionan en tanto razones auxiliares en el razonamiento práctico del juez. Lo que le «mueve» a declararse competente, etc., es la obligación de ejercer ese poder.

do hecho (del pasado), a partir de ciertos hechos —conocidos— del presente. Según hemos visto, el razonamiento probatorio se puede concebir como una inducción, cuyas premisas expresan la afirmación de ciertos hechos probatorios (obtenidos a través de los diversos medios de prueba) y de una generalización (una máxima de experiencia o una ley científica), para llegar, como conclusión, al hecho probado. Las dificultades pueden entonces concernir a la fiabilidad de los diversos medios de prueba: testigos, documentos, informes periciales, indicios; de las generalizaciones utilizadas; o de la inferencia propiamente dicha. En el *chart method* de Wigmore, tal y como fue reelaborado —y simplificado— por Twinning, Anderson y Schum, se distinguen los siguientes elementos (con los que —se supone— es posible representar el razonamiento judicial en materia de hechos): aserción de un testigo; prueba circunstancial o proposición inferida; explicación alternativa; corroboración de una prueba; percepción directa por parte del juez; aceptación por el juez sin apoyo en pruebas; inferencia; generalización. Como antes se ha señalado, esos elementos analíticos (el *chart method*) podrían ser integrados sin mayores problemas al método antes expuesto.

Por otro lado, las cuestiones de prueba contienen también siempre un aspecto normativo, institucional, y por ello el razonamiento probatorio judicial no se identifica con el del historiador, el arqueólogo, el detective, o el médico que efectúa un diagnóstico. El juez tiene que combinar el manejo racional de la prueba, de la inducción, con el Derecho probatorio que forma parte de su sistema jurídico. Y ese Derecho puede contener normas que prohíban el uso de ciertos medios de prueba, que requieran un estándar de prueba más o menos exigente (según las materias), que establezcan criterios sobre cómo interrogar a los testigos, etcétera.

5.3. *Cuestiones de calificación*

En la tradición retórica estaban bien caracterizadas como problemas de *definición* que, por tanto, se distinguían de las cuestiones conjeturales (de prueba). Si Fulano atropelló a Zutano y le causó la muerte es un problema de prueba; si la muerte se produjo o no por imprudencia (o por imprudencia grave) es un problema de calificación, de definición. La distinción entre los problemas de calificación y los de interpretación parece más problemática[4]. MacCormick considera que, en realidad, se trata de una distinción que sólo puede plantearse re-

4. En la tradición retórica, el estado definicional se situó algunas veces en el género racional, junto a las cuestiones de hecho (en la clasificación de Hermágoras o de Quintiliano), mientras que otras veces formaba parte del estado de causa legal, junto a las cuestiones de interpretación (en la *Retórica a Herenio*).

tóricamente, en el sentido de que un mismo caso, desde un punto de vista lógico, podría presentarse tanto como un problema de calificación como de interpretación, y que si, por ejemplo, un abogado opta por considerarlo como un problema interpretativo es porque, normalmente, los sistemas procesales suelen establecer criterios más amplios para aceptar recursos por motivos «normativos» que de tipo «fáctico». Con todo, la distinción, en términos teóricos, podría plantearse así: en los problemas de calificación se trata de argumentar a partir de definiciones; en los de interpretación, los argumentos van dirigidos a la definición misma; o sea, en un caso, las definiciones operan como premisas, en el otro, como conclusión.

Obviamente, las cuestiones de calificación plantean dificultades muy distintas, en función del tipo de palabra o de expresión utilizada. Las palabras (o los conceptos) densamente valorativos (como «razonable», «equitativo», «dignidad», etc.) son particularmente complejas; y en relación con ellas no podría utilizarse el criterio de distinción antes sugerido: los problemas de calificación, en esos casos, son también, necesariamente, de interpretación.

5.4. *Cuestiones de aplicabilidad*

Coinciden con las que MacCormick llama de relevancia: o sea, se trata de establecer si existe o no —o de cuál es la— norma aplicable al caso. Esos problemas, por cierto, no se plantean únicamente en el *common law*, aunque parece natural que sean más frecuentes en los ordenamientos jurídicos con sistemas de fuentes más abiertos. Pero precisamente por ello, el pluralismo jurídico característico de la época de la globalización, la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio, lleva a que ese tipo de cuestiones —conflictos de leyes— surjan cada vez con mayor frecuencia. Y hay, por lo demás, toda una rama del Derecho, el Derecho internacional privado, cuyo objeto central de estudio no es otro que el de determinar cuál es la norma aplicable[5] en los supuestos en que existe un elemento de extranjería.

5. Pablo Navarro y José Juan Moreso (Moreso y Navarro 1996) introdujeron, desarrollando una idea de Eugenio Bulygin, una distinción entre dos nociones de aplicabilidad: la aplicabilidad externa y la aplicabilidad interna. Una norma es externamente aplicable a un caso, si existe otra norma jurídica que obliga al juez a aplicarla; y es internamente aplicable, si regula el caso al que se aplica. Lo que aquí se entiende por aplicabilidad es más bien esta segunda noción que, de todas formas, no puede separarse muy claramente de la otra. En todo caso, la noción de aplicabilidad externa no coincide del todo con la de validez (con lo que aquí se está entendiendo por validez), pero parecen nociones muy próximas: para que una norma sea externamente aplicable a un caso (sea obligatoria o vinculante para el aplicador), no puede estar en contradicción con los criterios de validez del sistema, aunque se trate de una norma no perteneciente al sistema (una norma de un Derecho extranjero).

5.5. *Cuestiones de validez*

Obviamente, un problema de validez puede ir ligado a uno de aplicabilidad (y de interpretación), pero eso no impide que pueda hablarse de problemas típicamente de validez (como los hay de aplicabilidad y de interpretación). En un problema de validez, lo que se plantea es si una determinada norma (una ley, un reglamento, una costumbre...), en principio aplicable a una situación, respeta los criterios establecidos en el sistema jurídico de referencia para que pueda considerarse válida[6]. Esos criterios se contienen en normas constitutivas: normas que confieren poder (cuando se trata de normas de origen deliberado) o normas puramente constitutivas (en el caso de la costumbre). Ahora bien, en la forma canónica —en el esquema— de norma constitutiva al que antes se había hecho referencia aparecían, en el supuesto de hecho (la consecuencia jurídica, el resultado R, es que la norma en cuestión es válida), tres elementos: la competencia para dictar normas sobre ciertas materias, ciertos sujetos y cierto ámbito espacial y temporal (X); la competencia de un órgano para hacerlo (Z); y el procedimiento que seguir (Y). En muchas ocasiones, es obvio que lo que puede llevar a un tribunal a anular una ley o un reglamento es uno de esos factores. Pero otras veces, la tacha de invalidez se refiere al contenido mismo de la norma. Típicamente, son las cuestiones de constitucionalidad que se le plantean a un tribunal constitucional cuando se recurre una ley por considerar que su contenido va en contra de algún derecho fundamental, o a un tribunal administrativo que tiene que decidir, por ejemplo, si un reglamento es o no conforme con la ley. En consecuencia, la anterior forma canónica de una norma constitutiva tendría que sustituirse por esta otra (para simplificar, tomemos la norma que confiere el poder de dictar leyes válidas): «si en las circunstancias X los sujetos Z realizan la serie de acciones —el procedimiento— Y dando lugar a un contenido C, entonces se produce el resultado institucional R (una ley válida)» (*vid.* Atienza y Ruiz Manero 2003).

5.6. *Cuestiones de interpretación*

El término «interpretación» ha de entenderse aquí en un sentido estricto. En un sentido más amplio, cabría decir que todos los problemas normativos son cuestiones de interpretación. E incluso los problemas relativos a los hechos, los problemas de prueba, también lo serían (o tendrían una dimensión interpretativa), pues los mismos

6. También cabría hablar de validez en relación con actos normativos (dictar una sentencia, emitir una autorización administrativa, celebrar un contrato, efectuar un testamento) y los resultados normativos de los mismos: las sentencias, las cláusulas contractuales...

dependen de cómo «interpretar» un documento, las palabras de un testigo, un acontecimiento, etcétera.

Lo que aquí se entiende por cuestión de interpretación es la que surge a propósito del texto de una norma: si T (que puede ser una palabra o un enunciado) ha de entenderse en el sentido T1 o T2. Los problemas de interpretación se generan por dudas relativas a los siguientes factores (o a una combinación de ellos): el autor del texto ha empleado alguna expresión imprecisa (problemas de ambigüedad y de vaguedad); no es obvio cómo ha de articularse ese texto con otros ya existentes (problemas de lagunas y de contradicciones); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (la relación entre lo dicho —lo escrito— y lo que se quiso decir); es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir (con relativa independencia de lo que haya querido el autor); es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento.

El esquema argumentativo de la interpretación consta de un enunciado que interpretar (por ejemplo, «todos tienen derecho a la vida» [art. 15 CE]), un enunciado interpretativo («'todos' en el artículo 15 significa todos los nacidos») y un enunciado interpretado («todos los nacidos tienen derecho a la vida»). Lo que resulta problemático de la deducción es la justificación de la segunda premisa, del enunciado interpretativo. Y para ello existen reglas o cánones de la interpretación. Unas son de primer grado y sirven para justificar esa segunda premisa: permiten deshacer una ambigüedad, rellenar una laguna, conocer la intención del autor acudiendo a la exposición de motivos de la ley, etc.; y se vehiculan a través de los «argumentos interpretativos» que vimos en su momento: digamos que el argumento (por ejemplo, el argumento *a pari* o *a contrario*) suministra la estructura, y la regla o el canon es el «tópico», la «regla de inferencia material» (que funciona como «garantía», en el sentido de Toulmin). Otras, las de segundo grado, señalan qué hacer cuando existen varias reglas de primer grado concurrentes y contradictorias. La solución de un problema interpretativo implica por ello recurrir siempre a una determinada teoría de la interpretación que, si se quiere, ocuparía el lugar del «respaldo» (o del «respaldo último») en el esquema de Toulmin.

5.7. *Cuestiones de discrecionalidad*

Llamo cuestiones de discrecionalidad (en sentido estricto) a aquellas que surgen en relación con la aplicación de normas de fin: reglas o principios (directrices). Las normas de fin establecen que, dadas determinadas circunstancias, un sujeto tiene la obligación de (o le está prohibido o permitido) alcanzar un fin, un estado de cosas (valioso, cuando se trata de una obligación). Como la manera de alcanzar ese

fin no puede establecerse de antemano (o no se estima conveniente hacerlo, por eso se opta por regular la conducta de esta manera y no mediante normas de acción, o sea, estableciendo que, si se dan tales circunstancias, entonces alguien debe, no debe o puede realizar tal acción), se deja cierta libertad a la hora de elegir los medios e incluso en ocasiones (cuando se trata de directrices: las normas de fin que son principios) de moldear los fines (puede haber varios objetivos que tienen que ajustarse entre sí). El comportamiento discrecional es el que realiza quien ha de seguir esas normas finales, lo que supone elegir los medios adecuados y, en su caso, ponderar adecuadamente los fines.

Los jueces no tienen, normalmente, que aplicar ese tipo de normas que, como se ha dicho, dan más amplios márgenes de libertad que las reglas de acción (en relación con estas últimas, sólo cabría hablar de discrecionalidad en el sentido débil de la expresión); los destinatarios de las normas de fin suelen ser los legisladores y los órganos administrativos. Pero algunas veces deben hacerlo. En ocasiones (quizás de manera excepcional) en forma directa; por ejemplo, cuando en un pleito de divorcio o separación el juez debe tomar la decisión que sea más favorable para el menor (tiene que aplicar una *regla* de fin). Y otras veces, indirectamente, esto es, cuando el juez debe controlar la actuación discrecional llevada a cabo por algún órgano administrativo o político; por ejemplo, la revisión de nombramientos, de planes de urbanismo, etc. El tipo de argumentación para ello (el argumento adecuativo: el argumento medio-fin o «razonamiento práctico» en sentido aristotélico) es, como se ha visto, de naturaleza distinta al clasificatorio, a la subsunción.

5.8. *Cuestiones de ponderación*

Finalmente, a los jueces se les plantean en ocasiones cuestiones de ponderación cuyas características y dificultades ya han sido consideradas. Esencialmente, se trata de pasar de principios a reglas. Si lo que se ponderan son principios en sentido estricto, esa necesidad deriva de la existencia de una laguna normativa o de una laguna axiológica (o de la duda de si existe o no una laguna) en el nivel de las reglas. Si se trata de directrices, el problema que se les suele plantear a los jueces —como se ha dicho— es el de controlar si la ponderación (concreción de objetivos) llevada a cabo por los legisladores o por la Administración es correcta, si se ha efectuado sin vulnerar determinados límites. Sería discutible si en algún caso está justificado que los jueces creen reglas a partir simplemente de directrices, esto es, que lleven a cabo una «ponderación discrecional». Por supuesto, en lo que he llamado «ponderación entre principios» (ponderación sin discrecionalidad) las directrices juegan un papel, en cuanto contribuyen

a la asignación de peso a cada uno de los elementos del balance, o incluso porque uno de esos elementos puede consistir esencialmente en una directriz; pero en ninguno de estos dos supuestos se trataría de la «concreción de un objetivo», sino de optar por uno u otro conjunto de bienes; precisamente por eso no habría «discrecionalidad», en el sentido estricto de esta expresión.

6. PUNTO QUE DEBATIR

La clasificación anterior permite, por lo tanto, incluir en uno u otro rubro la cuestión (o las cuestiones) que se ha(n) identificado como cruciales para la argumentación. Pero debe quedar claro que el punto que debatir es una cosa, y la clase o categoría a la que pertenece, otra. Por lo demás, es perfectamente posible y usual —como ya se ha señalado— que el punto controvertido sea complejo y suscite una pluralidad de cuestiones, pertenecientes a diversas categorías, y combinadas entre sí de muy distintas formas. Pero identificar el punto (o los puntos) de la controversia tiene una importancia fundamental para entender la argumentación que ha tenido lugar y, como luego se verá, para argumentar.

MATERIALES

1,A) SOBRE LAS MADRES DE ALQUILER

La ley española de reproducción humana asistida (de 2006) no prohíbe exactamente la gestación por sustitución, pero el artículo 10.1 establece que el contrato realizado con esa finalidad es «nulo de pleno derecho», y el apartado 2 que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto». Ello no ha impedido, sin embargo, que se haya recurrido a esa práctica que es legal, por ejemplo, en algunos estados de los Estados Unidos. En el texto que sigue (Atienza 2009a) se analiza, primero, se evalúa, después, y se ofrece, finalmente, una argumentación alternativa a la efectuada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resolución de 18 de febrero de 2009), resolviendo un recurso que se había presentado contra un auto del encargado del registro civil del consulado de España en Los Ángeles, California. El auto había denegado la solicitud de dos ciudadanos españoles (ambos varones) de inscribir el nacimiento de sus hijos, nacidos mediante gestación de sustitución. La Dirección General aceptó el recurso de los interesados y ordenó la inscripción de los niños en el registro:

La inscripción del nacimiento de un español en el extranjero [argumenta la Dirección General] puede tener lugar a través de dos modalidades: mediante la *declaración* del sujeto o sujetos interesados; o bien mediante la *presentación de una certificación registral extranjera*. En este caso, el medio empleado es el segundo y, por ello, la solución legal del problema no lleva a la aplicación del Derecho sustantivo español (la Ley 14/2006), sino del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil que establece un mecanismo técnico específico para el acceso al registro español de esas certificaciones. La cuestión de la que depende la solución del problema —dice la resolución de la Dirección General— no es de «Derecho aplicable», sino de «validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España».

Pues bien, el mencionado artículo 81 no exige que la solución dada por las autoridades registrales extranjeras tenga que ser idéntica a la que hubiesen establecido las españolas. Si lo exigiera, ello supondría desconocer una característica básica del Derecho internacional privado (que presupone la pluralidad de sistemas jurídicos nacionales), se perjudicaría la seguridad jurídica (una situación jurídica válidamente creada en un Estado, no lo sería en otro), y se atentaría además contra el principio de economía procesal (los particulares tendrían que plantear dos —o más— veces la misma cuestión). El documento extranjero debe cumplir, por supuesto, diversas exigencias legales: debe tener carácter público; la certificación debe haber sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a la española; y, aunque la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera —como ya se ha dicho— no tenga por qué ser idéntica a la que hubiera dado una autoridad española, sin embargo, no debe ser contraria al orden público español. Como los dos primeros requisitos no plantean mayores problemas, la resolución se detiene en el tercero. Las razones aducidas para justificar que, en el caso, se ha cumplido con el mismo, son las siguientes: 1) el Derecho español admite, en caso de adopción, la filiación

en favor de los varones; 2) en Derecho español se admite también la filiación, sin que medie adopción, a favor de dos mujeres, de manera que sería discriminatorio negárselo a los varones; 3) si se rechazara la inscripción, podría resultar que los hijos de nacionalidad española quedaran privados de filiación inscrita en el registro, lo que iría en contra del principio del interés superior del menor; 4) se atentaría también contra el derecho del menor a una identidad única, otra de las exigencias del anterior principio; 5) en Derecho español, la filiación natural no se determina necesariamente por la «vinculación genética», «como se deduce del antes citado artículo 7.3 de la Ley 14/206, precepto que permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo»; 6) no se puede aducir que haya habido en el caso fraude de ley (por parte de los interesados); 7) aunque «es indudable que los contratos de gestación están expresamente prohibidos por las leyes españolas» (art. 10.1 LRHA), ese precepto «no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar el 'Derecho aplicable' a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de los sujetos»; además, la certificación registral extranjera no produce efecto de «cosa juzgada» y en la certificación de las autoridades californianas no consta que el nacimiento haya tenido lugar a través de la gestación por sustitución.

Ahora bien, además de cumplirse los requisitos del artículo 81, los menores concernidos en el caso ostentan la nacionalidad española. Esto es así porque el artículo 17.1 a) del Código Civil establece que son españoles de origen «los nacidos» (no: «los hijos») de español o española; de manera que el precepto no exige que haya quedado «determinada legalmente» la filiación; es suficiente con que pueda acreditarse «el hecho físico de la generación».

Y la conclusión del conjunto de los argumentos anteriores es que debe procederse a la inscripción en el Registro español.

[...] Como antes decía, se trata de una argumentación de indudable finura jurídica que, sin embargo, no deja de ofrecer algunos puntos débiles.

Uno, sin mucha importancia, se refiere al anterior punto 5). Para justificar que la filiación natural no se determina en nuestro Derecho necesariamente por la «vinculación genética», el argumento que utilizar, me parece, no tendría que haber sido el de que un hijo pueda constar en el Registro a favor de dos mujeres: técnicamente es posible que nazca un bebé que tenga solamente la carga genética de dos mujeres (o de una sola), aunque esto no podría ocurrir en relación con progenitores varones. En su lugar, hubiese sido más claro señalar que la posibilidad de usar material genético de donante (un tercero en relación con la pareja) lleva, como es lógico, a que, efectivamente, la filiación natural pueda no implicar vinculación genética con los padres jurídicos (pensemos en una mujer a la que se le implanta un embrión resultado de la fecundación de un óvulo de otra mujer con semen procedente de un varón que no sea su pareja —la pareja de la primera mujer—). Pero, como decía, esto no afecta al conjunto de la argumentación.

Tampoco es muy claro, en mi opinión, que el caso no integre un supuesto de fraude de ley, si fuera cierto que la maternidad subrogada está categóricamente prohibida en nuestro Derecho, esto es, supone una conducta ilícita. Pues, entonces, haber optado por la vía de la presentación de una certificación registral extranjera en lugar de la declaración del sujeto interesado podría verse como la elusión de una norma imperativa del Derecho español. Sobre esto volveré un poco más adelante.

Pero la dificultad fundamental, en mi opinión, es que toda la argumentación resulta un tanto artificiosa. Al comienzo de la misma, como se ha visto, se traza una distinción (entre declaración y presentación de certificación registral extranjera) para evitar tener que resolver el caso aplicando la Ley 14/2006 (su art. 10), pero esa cuestión vuelve a aparecer enseguida (aunque la resolución no

lo explicite del todo) bajo la forma de la cláusula de orden público. La resolución plantea las cosas como si se tratase de examinar simplemente si una certificación registral extranjera atenta o no contra el orden público, eludiendo entrar —al menos, de manera clara— en la cuestión de fondo: si la gestación por sustitución, como tal, va o no contra el orden público español. Como consecuencia de esa manera de proceder, lo que resulta es una fundamentación débil y formalista; un ejemplo extremo de esto último se encuentra en el anterior punto 7), donde se afirma que en la certificación registral extranjera no constaba «en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución» (cuando, por cierto, en el hecho 1 se había dicho que los interesados habían solicitado la inscripción de nacimiento «de sus hijos [...] nacidos en San Diego, California [...] mediante 'gestación de sustitución'»), con lo que, en cierto modo, lo que se hace es eludir la cuestión. Por lo demás, al final de ese mismo punto 7) —fundamento V— uno tiene la impresión de que el argumento fundamental que la resolución esgrime (pero —insisto— nunca de manera clara) vendría a ser éste: es posible que una inscripción registral extranjera que recoja un supuesto de gestación por sustitución vaya contra el orden público español, pero, en todo caso, el valor del «interés superior del menor» tiene en el caso una mayor fuerza: «En la disyuntiva de dejar a unos menores [...] sin filiación inscrita en el Registro [...] o de permitir la inscripción [...] siempre es preferible proceder a dicha inscripción en nombre del 'interés superior del menor'».

[...] Pues bien, en mi opinión, la resolución de la Dirección General, que me parece acertada en cuanto a la solución que da al problema, podría haber tenido una fundamentación más sólida, si se hubiesen incorporado a la misma dos aspectos que me parecen esenciales.

Uno se refiere a lo afirmado por la resolución (y por el auto del Encargado del Registro Civil Consular) en el sentido de que la gestación por sustitución está categóricamente o expresamente prohibida en nuestro Derecho. Pero esto no es así. Lo que la ley establece, como varias veces se ha repetido, es que esos contratos son nulos de pleno derecho. Ahora bien, la nulidad no equivale (o, por lo menos, no equivale necesariamente) a una sanción, de manera que de ahí no se puede seguir que el antecedente de esa consecuencia jurídica (la nulidad) sea un acto prohibido, un acto jurídicamente ilícito. [...]

[S]ería posible que el contrato de gestación por sustitución, que es declarado nulo de pleno derecho en uno de los artículos de la Ley 14/2006, estuviese regulado en otra parte de la ley (o del ordenamiento jurídico) como una conducta prohibida, ilícita. Pero esto no ocurre; o por lo menos, no de manera expresa y categórica. La ley no establece ninguna sanción para quien participa en este tipo de prácticas (a diferencia de lo que ocurre, entre muchos otros ejemplos, con la elección del sexo —cuando no se trata de evitar una enfermedad hereditaria—). Tampoco hace ninguna referencia a ello la Exposición de Motivos. Y si se leyeran las actas de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (cuya opinión, la exposición de motivos de la ley dice haber tenido muy en cuenta), se vería que la razón fundamental por la que ese órgano se manifestó en contra de esa práctica no fue de carácter moral (por considerarla ilícita), sino de conveniencia: para evitar las dificultades de diverso tipo que la existencia de esos contratos generaría. Desde luego, es posible considerar que una determinada acción o práctica está prohibida por el Derecho simplemente por razones de conveniencia. Pero parece obvio que ese tipo de razones no son aptas para justificar que tal acción o práctica pueda ser considerada como contraria al orden público. Cosa muy distinta sería, por poner un ejemplo significativo, un supuesto en el que se tratara de inscribir —pongamos— un matrimonio poligámico, institución

que, naturalmente, va en contra del orden público español, puesto que atenta contra el principio de igualdad de sexos.

Pero además —éste sería el segundo aspecto que incorporar—, aunque se pensara que la gestación por sustitución está (implícitamente) prohibida por la Ley 14/2006, lo que me parece bastante claro es que esa práctica no contradice ningún principio moral racionalmente justificado, ni tampoco los principios y valores de la Constitución española. [...] [L]a gestación por sustitución es compatible con los tres grandes principios que —se suele considerar— presiden la bioética: el principio de dignidad y de daño (no causar un daño injustificado), el de autonomía y el de igualdad. [...] [E]sos principios están también incorporados a nuestra Constitución, como resulta más o menos evidente. De manera que, en definitiva, habría que considerar que la gestación por sustitución no va en contra del orden público de ninguno de los sistemas jurídicos pertenecientes al constitucionalismo contemporáneo: eso explica que, en algunos de esos países, no se haga nada por impedir ese tipo de contratos (positivamente regulados: como es el caso de California y de otros estados de los Estados Unidos), mientras que en otros (como en España) se trate de desalentarlos, seguramente con no muy buenos resultados. En definitiva, la justificación de la resolución hubiese sido más clara y más sólida si hubiese contenido, de manera explícita, un fragmento de razonamiento constitucional y moral, puesto que la interpretación de la Constitución en esta materia implica apelar a razones morales.

1) ¿Podría esquematizar la argumentación de la resolución de la Dirección General (utilizando el método expuesto en el apartado 3 de este capítulo; vea el texto completo de la resolución —que no es muy breve— para comprobar que el resumen de la misma es adecuado)? ¿Ayudaría eso a las dos operaciones subsiguientes: evaluar la argumentación y ofrecer una nueva (aunque sólo lo sea en parte) argumentación?

2) La resolución fue recurrida por el fiscal ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia y dio lugar a una sentencia (193/2010) en la que se dejaba sin efecto la inscripción practicada, por entender que no podía obviarse la aplicación de la ley española de reproducción humana asistida que prohibía (en su art. 10) la gestación por sustitución. La sentencia del juzgado fue a su vez recurrida en apelación (por los padres de los menores) ante la sección 10 de la Audiencia Provincial de Valencia, la cual ratificó la anterior decisión (sentencia 949/2011). Los argumentos utilizados por la Audiencia fueron, fundamentalmente: *a*) que el criterio utilizado no implicaba discriminación, puesto que se aplicaba tanto a parejas homosexuales (de hombres o de mujeres) como a parejas heterosexuales; *b*) que no cabía invocar el interés del menor pues «la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados», aparte de que «también podría defenderse que la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, pues como se ha dicho, pretende impedir que la vida humana sea objeto del comercio» (fundamento quinto); y *c*) que la inscripción vulnera el «orden público internacional español». A propósito de esto último, la Audiencia argumenta así:

Estos obstáculos [para la inscripción en el registro] radican en la infracción de los artículos 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 23 de la Ley de Adopción Internacional y 34-1 del Reglamento 44/2001; y vienen a coincidir con las razones que llevaron al legislador español a prohibir, conforme al Derecho actualmente vigente en España, el contrato de gestación subrogada o por sustitución; en concreto, se trata de los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así como la propia dignidad de la persona, principios reflejados, además de en el artículo 10.1 de la Constitución, en su artículo 15 que reconoce el derecho a la integridad moral, el artículo 39.2 de la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil, el artículo 1.271 del Código Civil, que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita. Incluso puede considerarse el artículo 10 de la Ley 14/2006 [de reproducción humana asistida] como una ley de policía, en el sentido del artículo 9.1 del Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: «una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación» (fundamento segundo).

¿Le parece acertada la argumentación de la Audiencia? ¿Incurren la Audiencia y el Juzgado en formalismo al denegar la inscripción en el registro, pero señalar, al mismo tiempo, que esa inscripción sería posible obtenerla, mas utilizando otro cauce? ¿Y al pretender la aplicación de la normativa española (fijada en la Ley de Reproducción Humana Asistida) según la cual la maternidad se fija por el parto?

3) En el fundamento cuarto de la sentencia del Juzgado puede leerse lo siguiente:

El primer argumento que esgrime la DGRN justificando que la Inscripción no vulnera el orden público internacional español se formula en forma de silogismo, si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales, los hijos naturales deben poder tener dos padres varones naturales, la propia lectura del argumento provoca su desestimación, los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales por la sencilla razón que los varones no pueden, en el estado actual de la ciencia, concebir ni engendrar.

Lo que había dicho la DGRN era lo siguiente:

En primer término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California a favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español, ya que también en Derecho español se admite la filiación a favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la ley (art. 14 de la Constitución española). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida a favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.

Trate de esquematizar el argumento de la Dirección General y su refutación por parte del Juzgado. ¿Quién tiene razón?

2,A) EL *CHART METHOD* DE JOHN H. WIGMORE

John H. Wigmore (1863-1943) distinguió, en el estudio de la prueba, dos partes: una se refiere a la prueba en general, esto es, al razonamiento probatorio o sobre cuestiones de hecho[7]; y la otra, a la regulación jurídica de la prueba, al Derecho probatorio. Pensaba que en los estudios académicos (en los Estados Unidos) sólo se había prestado atención a esta segunda parte y, por ello, se propuso desarrollar la primera. Para ello, para dar cuenta de las inferencias probatorias, ideó un método, el *chart method*, que expuso en su obra *The Science of Judicial Proof, as given by Logic, Pshychology, and General Experience, and ilustrated in Judicial Trials* (Wigmore 2007) y que enseñó en sus clases en la Universidad de Chicago. El método elaborado por Wigmore era probablemente demasiado complejo (él no parece haberlo aplicado más que a dos casos) y, después de su muerte, cayó en el olvido. A partir de los años sesenta, autores como William Twinning, Terence Anderson y David Schum lo han vuelto a poner en circulación, introduciendo en el mismo algunos cambios que, fundamentalmente, consisten en simplificarlo, a fin de que pueda ser más o menos fácilmente utilizable: por ejemplo, los 64 símbolos que utilizaba Wigmore se reducen ahora a sólo 8.

El texto que sigue forma parte del *handout* suministrado por Twinning a los asistentes a una conferencia sobre «La lógica de la prueba» celebrada en la Universidad de Alicante en junio de 2010 y constituye, a su vez, un esquema de los capítulos IV y V (redactados por Twinning) de una obra conjunta con Anderson y Schum (Twinning, Anderson y Schum 2005). Se trata de un método flexible, que puede ser utilizado por diversos operadores jurídicos y en diversas fases del proceso (de ahí, el sentido del primer paso del método, como enseguida se verá). Que permite tanto un análisis completo del caso, como un análisis pormenorizado de una de las fases del proceso argumentativo: o sea, un análisis macro o micro. Que es (parcialmente) dialéctico, en tanto que pretende dar cuenta no sólo de los argumentos formulados por el constructor del diagrama, sino también de los de la otra parte (en un procedimiento contradictorio). Y que descompone toda la inferencia probatoria en una serie de proposiciones simples con las que se elabora el diagrama; tiene una especial importancia identificar el hecho último que se trata de probar, pues a partir de ahí, hacia abajo, se van estableciendo los penúltimos, los intermedios, etc. Twinning (que tiene una larga experiencia docente al respecto) considera que se trata de un método divertido de enseñar,

7. Luis Muñoz Sabaté (2009) denomina a esta parte «probática».

duro pero también divertido de aprender y que la mayor parte de los estudiantes (al cabo de algunas semanas) acaban siendo unos conversos. Considera que tiene un gran valor en cuanto desarrolla habilidades intelectuales de gran importancia para el análisis, la evaluación y la realización de argumentos en materia de hechos; pero reconoce que mucha de su utilidad se pierde cuando se trata de casos en los que el problema central es la existencia de un conflicto entre el testimonio de dos testigos o cuando hay una falta de indicios probatorios.

4. *El* chart method *de Wigmore: ordenación de las pruebas y construcción de argumentos complejos*

(*a*) Para quienes no están familiarizados con ello, el *chart method* de Wigmore es una técnica específica para analizar un cuerpo complejo de elementos de prueba. En relación con un determinado caso o cuestión disputada de carácter fáctico, todos los datos que son relevantes y potencialmente utilizables en un argumento a favor o en contra de una conclusión particular («el último *probandum*») se analizan en proposiciones simples que se incorporan en un listado de proposiciones. Las relaciones entre todas las proposiciones del listado se representan entonces en forma de un diagrama usando una serie de símbolos prescritos, de manera que el producto final es un diagrama de un (típicamente complejo) argumento. El método es semejante a tablas cronológicas, índices, historias y otros dispositivos en cuanto es útil para «ordenar» o «manejar» cuerpos complejos de datos, de manera que pueden ser considerados como un todo; difiere de ellos en que el principio organizativo es la relación lógica entre proposiciones en un argumento más bien que la secuencia temporal, la coherencia narrativa, la fuente [de prueba], el orden alfabético o la taxonomía. El método es también útil para identificar los puntos fuertes y débiles en un argumento y para someter esos puntos clave a un análisis riguroso, detallado, «microscópico». [...]

5. *El* chart method*: las bases*

La metodología de los siete pasos

1. Clarificación del punto de vista, del propósito y del rol [del analista];
2. Formulación del (de los) potencialmente último(s) *probandum* o *probanda*;
3. Formulación de los potencialmente penúltimos *probanda*;
4. Formulación de teorías y de temas del caso: elección estratégica de los *probanda* últimos, penúltimos o intermedios;
5. Elaboración de un listado [con todas las proposiciones simples];
6. Preparación del (de los) diagrama(s);
7. Terminación del análisis [o sea, refinar y completar el listado de proposiciones y el diagrama].

Los símbolos básicos

□ (1) El cuadrado para representar aserciones de los testigos.

○ (2) El círculo para representar pruebas circunstanciales o proposiciones inferidas.

> (3) El ángulo abierto para identificar un argumento que ofrece una explicación alternativa para una inferencia propuesta por la parte.

◁ (4) Un triángulo vertical para identificar un argumento que corrobora una inferencia propuesta.

↑← (5) Una flecha vertical para indicar la dirección de una relación de inferencia entre proposiciones; y una flecha horizontal para indicar que una proposición niega o debilita otra.

∞ (6) Un símbolo de infinito para identificar las pruebas que el investigador ha podido escuchar o percibir de otra manera con sus sentidos [por ejemplo, el arma utilizada por un atacante]*.

¶ (7) Un símbolo de parágrafo para indicar hechos judicialmente admitidos y los hechos notorios.

G (8) La letra G para denotar una generalización que probablemente juega un papel significativo en un argumento a propósito de un caso, pero que no es una proposición apoyada en elementos de prueba o que el tribunal pida que se acepte formalmente.

* Para facilitar su comprensión, he retocado la caracterización que hace Twinning en relación con (5), (6) y (7).

6. *Una ilustración parcial del* chart method

La ilustración que sigue asume que el último *probandum* es que «X asesinó a Y» o, dicho de manera más formal, que «(A) Y ha muerto, y (B) Y murió como resultado de un acto antijurídico, y (C) fue X quien cometió el acto antijurídico que causó la muerte de Y, y (D) X tuvo intención (*i*) de cometer el acto y (*ii*) así de causar la muerte de Y». El informe y las observaciones en la escena del crimen del *coroner*[8] son satisfactorios para todos los afectados en cuanto a que «Y murió aproximadamente a las 4:45 p.m. el 1 de enero en su casa como resultado de un acto contrario a Derecho cometido por otro». El siguiente listado y diagrama analiza cinco afirmaciones de testigos e inferencias relacionadas que el analista pretende son relevantes para el penúltimo *probandum*: «Fue X quien cometió el acto antijurídico que causó la muerte de Y».

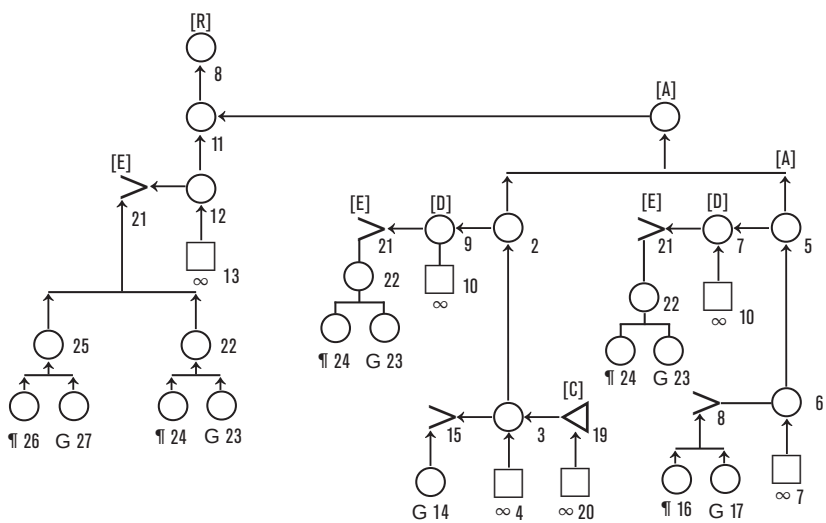
El listado

1. X estaba en la casa de Y a las 4:45 p.m. el 1 de enero.
2. X entró a la casa de Y a las 4:30 p.m. el 1 de enero.
3. W_1 vio a X entrar en la casa de Y a las 4:30 p.m. del 1 de enero.
4. W_1: Vi a X entrar en la casa de Y a las 4:30 p.m. el 1 de enero cuando estaba paseando por la acera a lo largo de la calle.

8. El *coroner*, en los sistemas de *common law*, es un funcionario público que, entre otras, cumple la función de investigar las causas del fallecimiento de una persona.

5. X salió de la casa de Y a las 5:00 p.m. el 1 de enero.
6. W_3 vio a X salir de la casa de Y a las 5:00 p.m. el 1 de enero.
7. W_3: Vi a X salir de la casa de Y a las 5:00 p.m. el 1 de enero.
8. X no estuvo en la casa de Y el 1 de enero.
9. X no entró ni salió de la casa de Y el 1 de enero.
10. X: No fui a la casa de Y el 1 de enero.
11. X estaba en su oficina a las 4:45 p.m. el 1 de enero.
12. X estuvo trabajando en su oficina desde las 9:00 a.m. hasta las 5:00 p.m. el 1 de enero.
13. X: Estuve trabajando en mi oficina desde las 9:00 a.m. hasta las 5:00 p.m. el 1 de enero.
14. Una pretendida identificación visual por un peatón paseando por el otro lado de la calle es dudosa.
15. Puede haber sido alguien distinto a X al que W_1 vio entrar a la casa de Y.
16. El sol se había puesto antes de las 5:00 p.m. el 1 de enero.
17. Una pretendida identificación hecha después de la puesta del sol es dudosa.
18. Puede haber sido alguien distinto a X al que W_3 vio salir de la casa de X.
19. W_2 vio a X entrar a la casa de Y a las 4:30 p.m. el 1 de enero.
20. W_2: Vi a X entrar a la casa de Y a las 4:30 p.m. el 1 de enero.
21. El testimonio de X no debe ser aceptado.
22. X miente en relación a sus actos y paradero el 1 de enero.
23. Una persona acusada de un crimen tiene un fuerte motivo para fabricar un testimonio que pueda exonerarle.
24. X es el acusado en este caso.
25. X probablemente no estuvo en su oficina el 1 de enero.
26. El 1 de enero es el día de Año Nuevo y son vacaciones oficiales en esta jurisdicción.
27. Poca gente va a su oficina y trabaja todo el día el Año Nuevo en esta área.

El diagrama



A: aserción; E: explicación; R: hipótesis rival; y D: negación. Nótese que un acusado puede convertirse en un «proponente» de aserciones rivales y negativas, y así el fiscal puede usar el procedimiento de la explicación del «oponente» para minar estas aserciones.

2,B) EL *CHART METHOD* FUERA DEL *COMMON LAW*

En «El método de Wigmore y su aplicación en nuestra práctica jurídica», Raymundo Gama (2011), después de exponer en qué consiste ese método, se plantea la objeción que a veces se ha suscitado de si el mismo es aplicable en el contexto de un sistema jurídico de tipo continental europeo y la resuelve así: «en la medida en que el método de Wigmore consiste en el análisis minucioso de las distintas relaciones entre proposiciones que se dan en un argumento sobre cuestiones de hecho, no hay obstáculos para su utilización en nuestro contexto» (p. 9). Como prueba de ello ofrece, en la parte final de su trabajo, la aplicación del método a un caso concreto (del Derecho español):

a) El caso que se utiliza como ejemplo se refiere a la sentencia de la Sección 4.º de la Audiencia provincial de Sevilla de fecha de 31 de marzo de 2003, en la que se condena a un agente de policía, Juan Pedro, como autor de un delito de detención ilegal y de dos faltas de lesiones. Para efectos del presente análisis me centraré únicamente en las dos faltas de lesiones.

b) Hipótesis discutidas. 1. Hipótesis de la acusación: Carlos Alberto y Luis Andrés sostuvieron que Juan Pedro los había golpeado en la cara el día 2 de mayo de 1998 por la mañana, en la caseta de la policía local ubicada en el recinto de la Feria de Abril de Sevilla. 2. Hipótesis de la defensa. Juan Pedro, por el contrario, negó categóricamente haber golpeado en la cara a CA y LA, y argumentó que los hechos denunciados eran en realidad un montaje de los denunciantes, que incluso los denunciantes pudieron llegar a autolesionarse, o bien a sufrir las leves lesiones que presentaban en el rostro en el transcurso de la noche anterior, o bien en la mañana por otro mecanismo distinto a la agresión del inculpado.

c) Descripción de los hechos del caso. El día 2 de mayo de 1998, sobre las 10:30 de la mañana, Juan Pedro, requirió a Carlos Alberto, Luis Andrés y a sus otros dos compañeros, Juan Ramón y Víctor Manuel, para que se identificaran y mostraran su documentación, pues las características de algunos de ellos coincidían con las de dos jóvenes que habían sustraído la gorra de un policía en el interior de un vehículo oficial. Todos los jóvenes se identificaron y mostraron su documentación a excepción de Carlos Alberto, que indicó al agente que no la portaba. El testigo de la sustracción de la gorra, José Ángel, identificó a Carlos Alberto y Luis Andrés como las personas que habían cogido la gorra y posteriormente la habían arrojado a un contenedor de basura donde fue posteriormente encontrada minutos después. El agente Juan Pedro llamó al interior de la caseta a Carlos Alberto diciéndole: «Estate calladito, chulo de mierda». Posteriormente, Juan Pedro ordenó entrar a Luis Andrés. Juan Pedro les dijo por separado que iban a ser imputados por la sustracción de la gorra de un policía. Carlos Alberto y Luis Andrés se comportaron de manera altiva y chulesca, diciendo que se marchaban y pidiendo al agente que se identificara; por lo que ante esa actitud, Juan Pedro habría propinado varios manotazos en la cara primero a Carlos Alberto y luego a Luis Andrés, al tiempo que profería

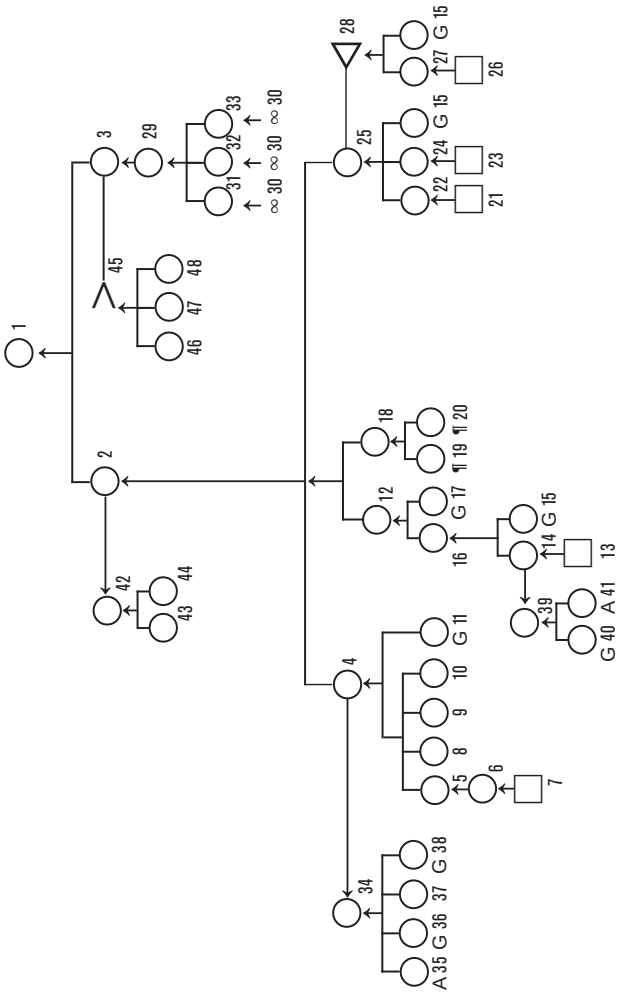
expresiones contra los mismos, tales como «chulos madrileños, hijos de puta». Juan Pedro acordó el traslado de Carlos Alberto a las dependencias policiales para su identificación. También se acordó el traslado de Luis Andrés a dichas dependencias, pese a que había sido debidamente identificado y sin solicitar su anuencia (circunstancia que fue considerada en el juicio como determinante para acreditar que la detención de Luis Andrés, por parte de Juan Pedro, fue ilegal) dejándolo en el vestíbulo de la entrada. A los pocos minutos de estar ahí, Juan Pedro acordó la puesta en libertad de Carlos Alberto (lo que tuvo lugar a las 12:05 horas). Al estar ahí, Carlos Alberto, Luis Andrés, al igual que Juan Ramón y Víctor Manuel, los cuales se habían trasladado hasta las dependencias policiales, fueron a tomarse un refresco. Posteriormente, acudieron a un centro médico, donde Carlos Alberto y Luis Andrés fueron atendidos a las 13:05 horas por leves contusiones en la cara.

d) Listado de proposiciones

1. Juan Pedro (JP) golpeó en la cara a Carlos Alberto (CA) y Luis Andrés (LA), cuando se encontraban en la caseta de la policía local, causándoles leves lesiones en la cara.
2. JP golpeó en la cara a CA y LA en la caseta de policía.
3. Las lesiones leves que presentaban CA y LA fueron producidas como consecuencia de los golpes propinados por JP.
4. JP tenía motivos para agredir a CA y LA.
5. CA y LA sustrajeron la gorra de un policía del interior de un vehículo oficial.
6. CA y LA fueron identificadas como las personas que sustrajeron la gorra de un policía del interior de un vehículo oficial.
7. Un testigo presencial —José Ángel (JA)— identificó a CA y LA como las personas que habían cogido la gorra.
8. CA y LA se comportaron de manera chulesca cuando JP les preguntó por la gorra.
9. JP estaba visiblemente molesto por la actitud altiva y chulesca de CA y LA.
10. Cuando JP llamó a CA al interior de la caseta le dijo: «Estate calladito, chulo de mierda».
11. G: Una persona visiblemente molesta puede llegar a tener motivos para agredir a quien lo está alterando.
12. CA y LA recibieron alguno o varios golpes en la cara mientras estaban en la caseta.
13. Declaración de VM y JR: «Al salir de la caseta CA y LA presentaban un aspecto abatido, CA tenía el rostro enrojecido y el pelo alborotado y LA presentaba una pequeña herida sangrante en el labio».
14. VM y JR declararon que al salir de la castea CA y LA presentaban un aspecto abatido, que CA tenía el rostro enrojecido y el pelo alborotado y LA presentaba una pequeña herida sangrante en el labio.
15. G: Las personas generalmente dicen la verdad en sus declaraciones.
16. Al salir de la caseta CA y LA presentaban un aspecto abatido, CA tenía el rostro enrojecido y el pelo alborotado y LA presentaba una pequeña herida sangrante en el labio.
17. G: Un aspecto abatido, el rostro enrojecido y el pelo alborotado, así como una pequeña herida sangrante son signos inequívocos de que recibieron algún golpe en la cara.
18. JP era la única persona que podía haber agredido a CA y LA.
19. JP ordenó entrar en la caseta a CA y LA.
20. En la castea de policía no había otras personas además de JP, CA y LA.

21. CA declaró: «JP me golpeó en la cara cuando estábamos en la caseta de policía».
22. CA manifestó que JP lo había golpeado en la cara cuando se encontraba con él en la caseta de policía.
23. LA declaró: «JP me golpeó en la cara cuando estábamos en la caseta de policía».
24. LA manifestó que JP lo había golpeado en la cara cuando se encontraba con él en la caseta de policía.
25. La declaración de CA y LA apunta a que JP los golpeó en la cara en la caseta de policía.
26. VM y JR declararon: «Al salir CA y LA nos dijeron que JP les había pegado».
27. VM y JR manifestaron que cuando pudieron hablar con CA y LA les dijeron que JP les había pegado.
28. La declaración de VM y JR corrobora la declaración de los acusados.
29. Como consecuencia de los golpes que recibieron por parte de JP, CA y LA sufrieron lesiones leves.
30. Parte médico de lesiones de CA y LA recabado una hora después de que dejaran las dependencias policiales.
31. CA fue atendido por contusiones en la cara.
32. LA fue atendido por herida contusa de 0,5 cm en mucosa labial inferior y contusión en la sien.
33. El facultativo consignó en el parte que LA le dijo que las lesiones habían sido causadas por un agente en la caseta de policía.
34. JP no tenía motivos para agredir a CA y LA.
35. La gorra que le habían quitado a uno de los agentes era un objeto de poco valor y fácilmente reemplazable.
36. Los policías están acostumbrados a lidiar con personas altivas sin que se produzca ninguna agresión.
37. Pese a que JP pudo haberse enfadado por la actitud de CA y LA, no implica que pudiera llegar a agredirlos.
38. Los policías están acostumbrados a este tipo de gamberradas.
39. La declaración de VM y JR no es digna de crédito.
40. G: Los amigos de los acusados dirían cualquier cosa con tal de defenderlos.
41. Hubo «pequeñas» discrepancias en las declaraciones de VM y JR.
42. JP no golpeó en la cara a CA y LA.
43. Los hechos denunciados son en realidad un montaje de los denunciantes.
44. La denuncia obedece a un ánimo de venganza contra JP por haberlos imputado por la sustracción de una gorra.
45. Esas lesiones fueron producidas por otras circunstancias diferentes a la agresión de JP.
46. CA y La pudieron autolesionarse.
47. Las lesiones pudieron producirse en el transcurso de la noche.
48. Las lesiones pudieron producirse por otro mecanismo distinto a la agresión de JP.

e) Diagrama de Wigmore para el argumento de que Juan Pedro golpeó en la cara a Carlos Alberto y Luis Andrés en la caseta de la policía local, causándoles leves lesiones.

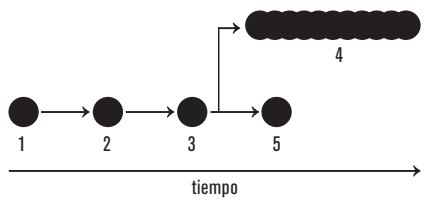


2,C) CÓMO REPRESENTAR INFERENCIAS FÁCTICAS

La representación gráfica de los argumentos es, obviamente, un instrumento de gran importancia cuando se trata de manejar argumentos complejos. Pero el problema —que explicaría la relativa falta de éxito de esquemas como los de Wigmore— es que los métodos pueden no resultar útiles por ser excesivamente complejos de manejar o porque no están bien diseñados. Peter Tillers, en «Representando la inferencia de hechos en el ámbito jurídico» (Tillers 2007), propone una serie de criterios teniendo muy en cuenta la necesidad de que la representación gráfica de las inferencias esté estructurada de la misma manera que el cerebro humano organiza los pensamientos.

Para ello parte de un esquema muy simple de inferencia (el paso de una evidencia, un medio de prueba —por ejemplo, «el acusado escapó de la prisión»—, a la hipótesis de un hecho —«el acusado es penalmente culpable»—) que va enriqueciendo progresivamente: puede haber diversos pasos inferenciales, o sea, la cadena inferencial puede ser muy larga; puede que las inferencias estén ramificadas de diversas maneras, de modo que no formen una simple cadena lineal; etc. Una representación adecuada debe tener en cuenta que la actividad inferencial de las personas es dinámica (tiene lugar en el tiempo, aunque también al margen del tiempo), es cíclica (con frecuencia hay que revisar el terreno inferencial anteriormente atravesado) y existen diversas estrategias para organizar la evidencia de la que se dispone, aunque no haya ningún algoritmo o regla que especifique cómo interactúan esas estrategias. Tillers señala diversos métodos o estrategias de organización de la prueba judicial y se centra en dos de ellos a los que denomina *líneas temporales* y *escenarios*. Una línea temporal es una ordenación cronológica de acontecimientos posibles (los sugeridos por la evidencia disponible); mientras que un escenario es una hipótesis sobre las conexiones posibles entre acontecimientos: la diferencia estriba entonces en que en los escenarios hay acontecimientos puramente conjeturales (no basados en evidencias), de manera que una misma línea temporal puede dar lugar a diversos escenarios. He aquí un ejemplo de línea temporal y de escenario:

Línea temporal



1 = Pedro Demandante (PD) entra en la tienda.
2 = Alguien dispara a Pedro Demandante.
3 = PD recobra la conciencia y es llevado al hospital.
4 = Quique El Sucio (QS) desaparece y no reaparece.
5 = PD se somete a tratamiento médico y cirugía.

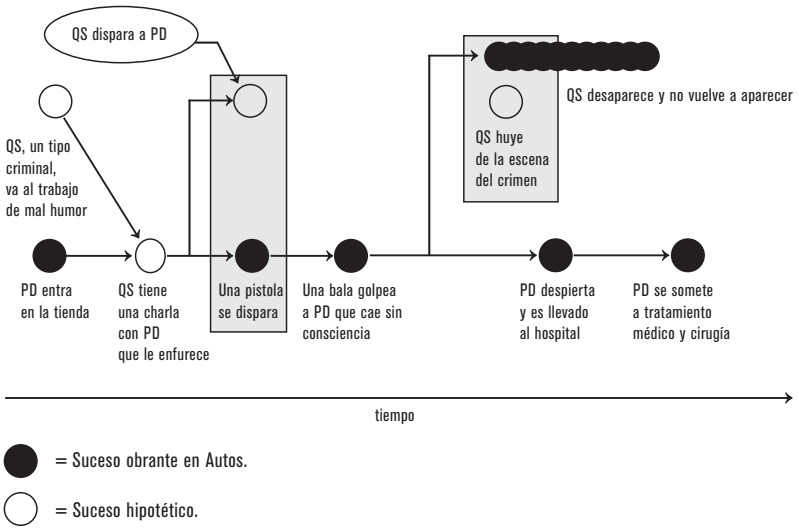
Nota: las distancias entre eventos representan el paso del tiempo, pero no la cantidad de tiempo entre sucesos.

● = Sucesos para los que hay evidencia.

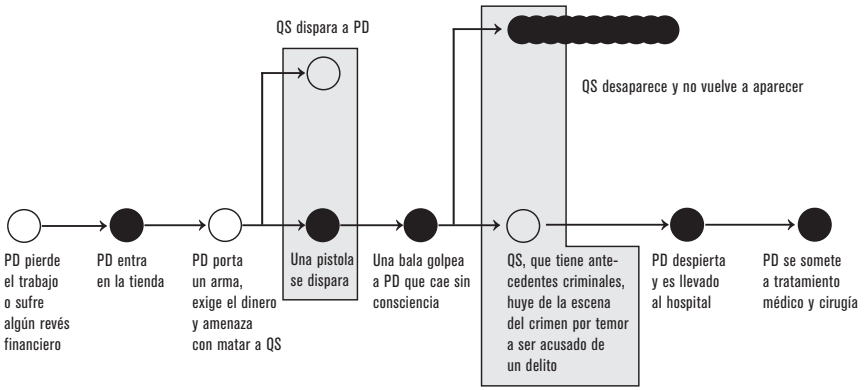
○ = Relleno de huecos; sucesos hipotéticos; sucesos para los que carecemos de otra evidencia distinta que el escenario.

⟶ = Lapso de tiempo; paso del tiempo.

Escenario 1



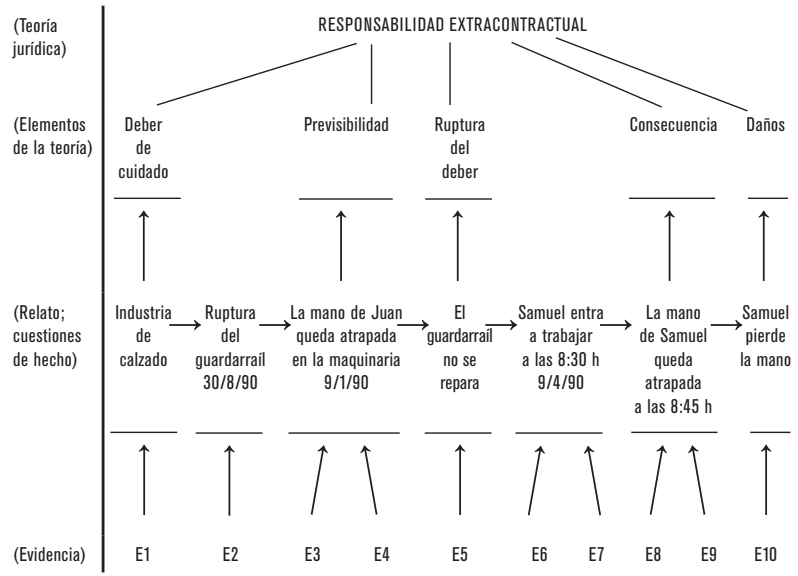
Escenario 2



En su artículo, Tillers ofrece también un diagrama sobre cómo se pueden armonizar los resultados de las diversas estrategias de organización de la evidencia. Y da diversas razones de por qué esas representaciones son útiles, subrayando en particular la importancia de que las mismas permitan al usuario una visión general del proceso inferencial sin perder, sin embargo, de vista detalles importantes, y la necesidad de contar con apoyos visuales para mejorar la capacidad de las personas para hacer uso de procesos cognitivos tácitos: «cuando la atención se encuentra enfocada en alguna materia, muchos pensamientos sobre otras materias respecto de las que la mente se encuentra relativamente distraída continúan siendo importantes

y muchos de tales pensamientos continúan trabajando y agitándose en la trastienda de la mente» (p. 411).

En uno de los apartados del trabajo, aparece un diagrama que el autor entiende puede resultar de utilidad para el abogado o el juez. Trata de ser una representación general que armoniza los resultados de diversas estrategias de organización de la evidencia; las flechas no representan una relación lógica, sino «hablando en términos generales, ordenaciones psicológicas posibles» (p. 409, nota):



1) ¿Son útiles los anteriores esquemas? ¿Por qué?

3,A) ALGUNOS EJEMPLOS DE ANÁLISIS DE CASOS

He aquí algunos ejemplos de análisis de casos, utilizando el método (diagrama o esquema de flechas) expuesto en VI,3. Antes de los esquemas aparece un resumen de cada caso, que permite ver las diversas partes de una argumentación, según lo indicado en VI,4.

A) *Parejas homosexuales y unión marital de hecho* (sentencia C-075/07 del Tribunal Constitucional de Colombia)

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, varios ciudadanos piden que se declare la inconstitucionalidad de diversas expresiones de una ley de 1990, modificada parcialmente en 2005, y en la cual se regulan «las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes». La razón es que al definir la ley la unión marital de hecho como la formada entre «un hombre y una mujer», deja fuera a las parejas homosexuales, lo que comportaría un trato discriminatorio contrario a la Constitución.

2. Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal:

2.1. Rechaza la propuesta de no admitir la demanda por «proposición jurídica incompleta» (por haber omitido demandar la ley de 2005). La razón es que no habría habido una violación del debido proceso «que pueda dar lugar a una solicitud de nulidad» (ap. 2.4).

2.2. Aclara que la demanda hay que entenderla como dirigida a la «unidad normativa» formada por la totalidad de la ley de 1990 tal como fue modificada por la ley de 2005 y no solamente a las definiciones contenidas en sus artículos 1 y 2 a).

2.3. Rechaza que haya operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, a pesar de que en una resolución de 1996 la Corte había declarado exequibles (válidos) los artículos ahora cuestionados. Las razones para ello son:

2.3.1. La ley de 2005 «incorporó ingredientes nuevos de enorme significación», de manera que el «conjunto normativo» es ahora «formal y materialmente distinto». Ésta sería la razón de más peso.

2.3.2. En la sentencia de 1996 se dejó abierta la posibilidad de un nuevo examen constitucional si de la aplicación del régimen legal pudiera advertirse, entre otras hipótesis, «un impacto negativo» para los homosexuales (lo que efectivamente ocurre). Ésta sería una razón «adicional».

3. El problema que tiene que resolver el Tribunal es, en consecuencia, el de si debe declarar o no exequible la ley de 1990, tal y como fue modificada por la de 2005.

4. La solución del problema depende de la cuestión de si la ley controvertida, al establecer ese régimen patrimonial para las uniones (no matrimoniales) formadas por un hombre y una mujer, viola los derechos a la igual protección, al respeto a la dignidad, al mínimo vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas formadas por personas del mismo sexo.

5. La respuesta a la cuestión es que sí, por diversas razones:

5.1. Las parejas homosexuales plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección asimilables a los de las parejas (de hecho) heterosexuales. Los homosexuales que cohabitan se encuentran desamparados patrimonialmente (como lo estarían, sin la ley, las parejas —de hecho— heterosexuales).

5.2. Toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona se presume inconstitucional. Ello viene avalado por diversas normas internacionales que forman parte del «bloque de constitucionalidad» y también por la jurisprudencia de la propia Corte.

5.3. La falta de protección legal (el vacío legislativo) en relación con las parejas homosexuales es contrario a la Constitución, porque:

5.3.1. El juez constitucional no puede fijar el grado exacto de protección que requieren grupos de personas en comparación con otros (eso es competencia del legislador democrático), pero sí puede (debe) determinar: si se han respetado ciertos límites mínimos, si la desprotección excede los márgenes constitucionalmente admisibles o si la menor protección relativa de un grupo obedece a una discriminación prohibida.

5.3.2. La ausencia de protección patrimonial de las parejas homosexuales supone incumplir esos criterios porque va en contra de la dignidad de la persona humana, ya que:

5.3.2.1. Se les somete a un régimen incompatible con una opción vital a la que han accedido en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

5.3.2.2. La no regulación puede tener consecuencias que afectan a las condiciones materiales de existencia. (Puede suponer, por ejemplo, la pérdida de lo que a uno de los miembros de la pareja —en caso de ruptura— le correspondería en

justicia del patrimonio construido de manera conjunta durante el tiempo en que han vivido juntos.)

5.4. La aplicación del régimen patrimonial exclusivamente a las parejas (de hecho) heterosexuales es discriminatorio porque las parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado.

6. En consecuencia, la solución del problema es que la ley de 1990 modificada por la de 2005 es exequible pero interpretada de manera que el régimen de protección se aplica también a las parejas homosexuales.

7. La sentencia tuvo el voto favorable de nueve de los diez magistrados del Tribunal. De esos nueve, cuatro aclararon su voto.

7.1. El magistrado disidente (Araujo) formuló un salvamento de voto fundamentado en que la sentencia resultaba demasiado restrictiva: acaba con la discriminación de las parejas homosexuales en relación con las heterosexuales, pero sólo a efectos patrimoniales. En su opinión, el Tribunal tenía que haber ido más lejos incluso de lo estrictamente demandado, para restablecer la libertad e igualdad plenas exigidas por la Constitución y acabar con todas las discriminaciones; esto es, debería haber equiparado a todos los efectos jurídicos a las parejas homosexuales, heterosexuales y matrimoniales. La Constitución admite diversas clases de familia y otorga la misma protección a todas ellas.

7.2. Tres magistrados (Monroy, Escobar y Pinilla) aclararon su voto en el sentido de que el fallo no significa para ellos un cambio de la jurisprudencia del Tribunal: la familia que la Constitución protege es la monogámica y heterosexual.

7.3. Finalmente, otro magistrado (Córdoba) aclaró su voto en el sentido de que la sentencia se refiere únicamente a la cuestión del régimen patrimonial porque eso es lo que había planteado la demanda; pero ello (su voto favorable) no prejuzga cuál habría de ser su postura en relación con posibles medidas, que corresponden al legislador, «de protección diversa y graduable», «cuyo examen debe hacerse en su oportunidad» y que «si eventualmente entrañan una diversidad de trato, ellas deben obedecer a un principio de razón suficiente».

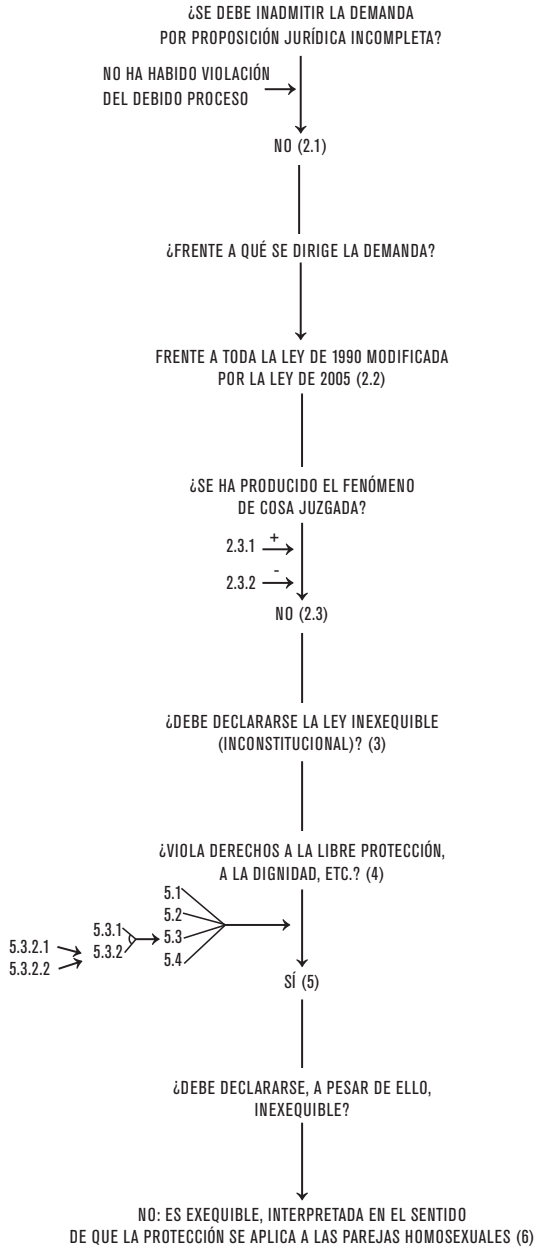
B) *El caso Loyola* (sentencia n.º 020-2009-TCE del Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador [en Atienza y Lozada 2009]).

1. El señor Alexis Renán Loyola Vázquez había presentado su candidatura a alcalde del cantón La Troncal, de la provincia del Cañar, por el Movimiento Unidad Plurinacional Pachakutik Nuevo País. La candidatura fue impugnada por Fredy Rolando Ruilova Lituma, secretario provincial del Movimiento Patria Altiva i Soberana, y por Darwin Asdrúbal Quispe Pico, ante la Junta Provincial Electoral del Cañar, la cual aceptó la impugnación y no inscribió (calificó) la candidatura del señor Loyola; el motivo de la impugnación había sido que el señor Loyola era concesionario de frecuencia de medios de comunicación. El señor Loyola y el señor Aurelio Morocho Tenesaca (coordinador este último del Movimiento Pachakutik) impugnan la resolución de la Junta Provincial ante el Tribunal Contencioso Electoral.

2. El problema a resolver es si el Tribunal Contencioso Electoral, que tiene competencia para conocer el recurso, debe aceptar o no la impugnación. Ello depende, a su vez, de las dos siguientes cuestiones.

3. En primer lugar, de si quienes impugnaron la candidatura ante la Junta Provincial Electoral del Cañar estaban legitimados para ello. La respuesta que da el Tribunal Contencioso Electoral es que:

SENTENCIA C - 075/07 SOBRE PAREJAS HOMOSEXUALES Y UNIÓN MARITAL DE HECHO



3.1. En relación con el señor Ruilova, el mismo tenía legitimación activa, puesto que era representante del Movimiento País, Lista 35 y, por tanto, «sujeto político» en el sentido del artículo 13 de la Ley Orgánica de Elecciones y otras normas de la legislación electoral ecuatoriana. El artículo 13 de las Normas indispensables para viabilizar el ejercicio de las competencias del Tribunal Contencioso Electoral conforme a la Constitución resulta particularmente claro: «Los recursos contencioso electorales... podrán ser interpuestos únicamente por los sujetos políticos. Se denominan sujetos políticos los partidos políticos, movimientos políticos, alianzas electorales y los candidatos, quienes podrán actuar a través de sus representantes legales, apoderados o mandatarios especiales».

3.2. En relación con el señor Quispe, el mismo carecía de legitimación activa, pues comparece «por sus propios derechos» y no puede ser considerado como un «sujeto político».

4. En segundo lugar, y puesto que uno de los impugnantes de la candidatura tenía legitimación para ello, el Tribunal pasa a examinar si es admisible alguna de las razones, de las causas, esgrimidas por el señor Loyola para pedir la anulación de la decisión de la Junta Provincial. Aquí el Tribunal distingue entre:

4.1. La razón principal, que se refiere a la cuestión de si el candidato, el señor Loyola, estaba o no afectado por el artículo 113.1 de la Constitución, que establece: «No podrán ser candidatas y candidatos de elección popular: 1) Quienes al inscribir su candidatura tengan contrato con el Estado, como personas naturales o como representantes o apoderados de personas jurídicas, siempre que el contrato se haya celebrado para la ejecución de obra pública, prestación de servicio público o explotación de recursos naturales». La respuesta del Tribunal es que, efectivamente, en el candidato concurría esa circunstancia. Su argumentación al respecto, puede sintetizarse así:

4.1.1. El señor Loyola había suscrito (desde 2001) un contrato de concesión de frecuencias con la Superintendencia de Telecomunicaciones, por un plazo de 10 años.

4.1.2. Se trata de un contrato de concesión para la prestación de un servicio público: instalar y operar una radiodifusora en la ciudad La Troncal. La calificación como «contrato de prestación de servicio público» la basa el Tribunal, fundamentalmente, en la definición que de esa figura hace el profesor Escola.

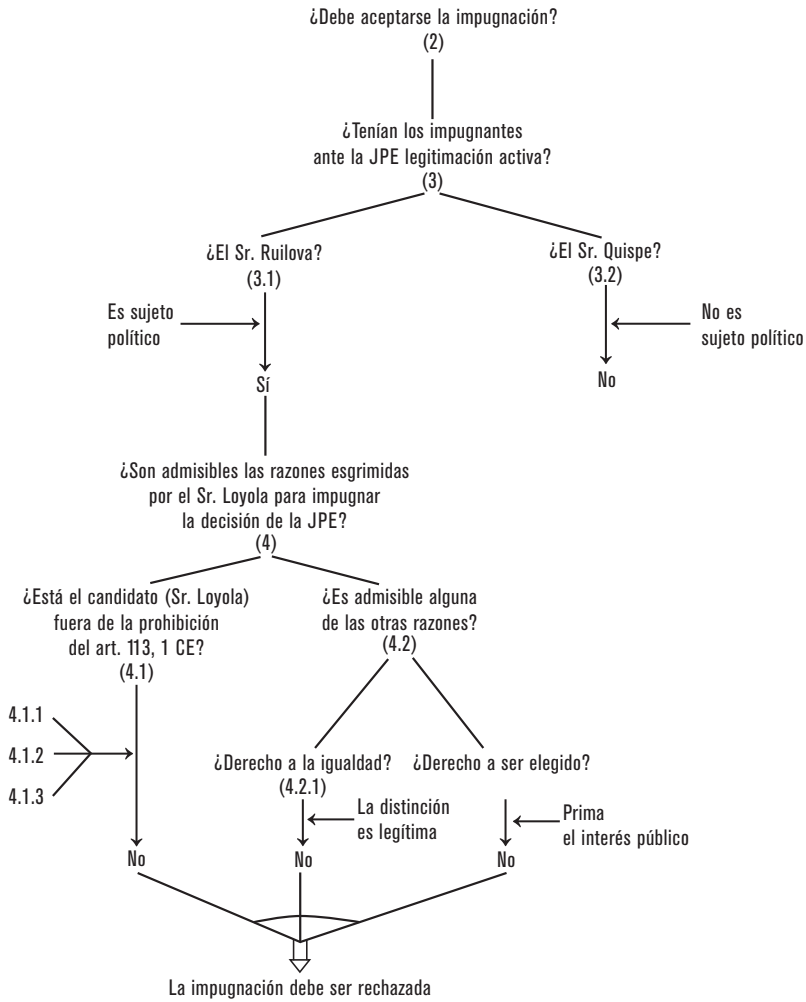
4.1.3. El espectro radioeléctrico es un «recurso natural», de acuerdo con la Ley Especial de Telecomunicaciones, el Reglamento de la misma y la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

4.2. Las otras razones examinadas por el Tribunal se refieren a lo siguiente:

4.2.1. A si la no inscripción (calificación) del candidato supone conculcar su derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación. La respuesta del Tribunal es que no, porque se trata de una diferenciación constitucionalmente legítima. Para ello, el Tribunal Contencioso Electoral utiliza el «test de la igualdad» elaborado por la Corte Constitucional colombiana que, esencialmente, viene a decir que la diferencia de trato está justificada si: no resulta constitucionalmente vetada; el trato distinto tiene una finalidad concreta la cual está dirigida a permitir la igualdad material; la finalidad concreta es razonable; hay una racionalidad interna —coherencia— entre lo diferente de la situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga; el trato diferente no resulta desproporcionado.

4.2.2. A si se vulnera el derecho del candidato a ser elegido. La respuesta del Tribunal es también que no, porque los derechos políticos (el sufragio pasivo) «no se agotan en la dimensión individual de la persona, sino en la configuración del sistema político en su conjunto»; «el interés individual debe ponderarse con el interés público».

5. En consecuencia, el Tribunal confirma la resolución de la Junta Provincial y, por tanto, resuelve «negar y no calificar la candidatura del señor Alexis Renán Loyola Vázquez, a Alcalde del cantón La Troncal». Pero añade que «se deja a salvo el derecho de la alianza política conforme lo dispone el artículo 58 de las Normas Generales para las Elecciones dispuestas en el Régimen de Transición de la Constitución de la República expedidas por el Consejo Nacional Electoral», lo que supone que el Movimiento puede, en el plazo de 24 horas, presentar un nuevo candidato.



C) *El caso Tanetze* (sentencia SUP-JDC-11/2007 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mexicano) (Atienza 2009)

1. Desde finales de 2002 no existen, en el municipio de Tanetze de Zaragoza, en Oaxaca, autoridades elegidas democráticamente. En esa fecha, la legislatura del Estado decretó la «desaparición de poderes» en el municipio. A finales de diciembre de 2006, el Consejo General del Instituto Estatal Federal Electoral de Oaxaca emitió un acuerdo declarando que en ese municipio no se daban las condiciones necesarias para la elección de concejales bajo las normas de Derecho consuetudinario (que implican la renovación anual de los cargos) por entender que estaba en peligro la paz pública. Poco después, el acuerdo fue ratificado por la legislatura del Estado de Oaxaca mediante el decreto núm. 365, con lo que se autorizaba al Poder Ejecutivo (al Gobernador) para nombrar un nuevo administrador del municipio. El acuerdo y el Decreto se publicaron en el periódico oficial.

El 1.º de enero de 2007, varios habitantes del Municipio de Tanetze dirigen un escrito a la Sala Superior (del Tribunal Electoral del PJF) pidiendo que se «instruya» al Consejo General del Instituto Electoral de Oaxaca para que expida copia certificada del mencionado Acuerdo y para que convoque a asamblea para que los ciudadanos del municipio puedan elegir democráticamente a las autoridades. El pleno de la Sala resuelve «reencauzar la vía» como juicio para la protección de los derechos político-electorales.

2. El problema que el Tribunal se plantea es el de si se ha vulnerado un derecho político electoral y, si es así, qué medidas deben tomarse para proteger el derecho.

3. La solución del problema, de acuerdo con el Tribunal, depende de estas tres cuestiones:

3.1. De si la Sala puede suplir las deficiencias que advierte en el escrito de impugnación. La respuesta es que sí y que, en consecuencia, se debe tener como acto impugnado por los actores el Decreto núm. 365, al que éstos no habían hecho ninguna mención en su escrito. Las razones aducidas por el Tribunal (a lo largo de muchas páginas: de la 4 a la 41) son, esencialmente, las siguientes:

3.1.1. El derecho a la tutela judicial (artículo 17 de la Constitución mexicana) implica el derecho a un acceso efectivo a la justicia.

3.1.2. De acuerdo con el artículo 2 de la Constitución (y con otras normas de Derecho internacional), en todos los juicios y procedimientos se deben tomar en cuenta las costumbres y especificidades de las comunidades indígenas (respetando los preceptos constitucionales).

3.1.3. Los indígenas se encuentran en una situación de desigualdad y desamparo. Los poderes públicos tienen la obligación de prevenir y eliminar esa discriminación.

3.1.4. Los agravios pueden ser deducidos claramente de los hechos expuestos en el escrito de impugnación.

3.1.5. Todo lo que tiene que hacer el Tribunal para entender que el acto impugnado es el Decreto núm. 365 es desarrollar una figura jurídica (la suplencia) ya existente en el Derecho mexicano.

3.2. De si se cumplen los requisitos para que proceda el juicio para la protección de los derechos políticos del ciudadano. La respuesta del Tribunal es que sí, porque las causales de improcedencia hechas valer por las autoridades (por el Consejo General del Instituto Electoral de Oaxaca) no son aceptables. En particular:

3.2.1. Se satisfacen los requisitos generales (artículo 9.1. de la Ley General de Sistema de Medios de Impugnación).

3.2.2. No puede aceptarse que el escrito se haya presentado fuera de plazo, por estas dos razones:

3.2.2.1. En este caso no puede servir como fecha para contar el plazo la de publicación en el periódico oficial, o sea, no rige el plazo estricto, dadas las condiciones específicas de los habitantes del municipio de Tanetze.

3.2.2.2. Además, el decreto impugnado configura una situación de vulneración de derechos que es semejante a la de los actos de tracto sucesivo: mientras se dé esa situación, se estaría en plazo para impugnar.

3.2.3. No existía ningún otro medio de impugnación, de manera que no puede aceptarse el argumento de que no se habían agotado las instancias previas.

3.2.4. Los firmantes del escrito tienen legitimación para impugnar el acto, puesto que:

3.2.4.1. Son ciudadanos mexicanos.

3.2.4.2. Aunque formen parte de una Comisión de Ciudadanos, promueven por sí mismos el derecho en forma individual.

3.2.4.3. Hacen valer la violación de un derecho electoral: el derecho de sufragio activo y pasivo.

3.3. De si (lo que el Tribunal llama cuestión «de fondo») el decreto referido viola los derechos político-electorales de los actores. Ello, a su vez, depende de si está o no debidamente motivada la declaración de que no existían condiciones para la elección. Como el decreto no aduce ninguna razón al respecto, se trata de examinar si son válidas las razones contenidas en el acuerdo del Consejo General del Instituto Electoral de Oaxaca. El Tribunal entiende que no (por tanto, que el decreto viola esos derechos), esencialmente por estas razones:

3.3.1. El Consejo se basó en un informe del administrador del municipio afirmando que existía un riesgo de enfrentamiento en caso de convocar elecciones. Pero ese informe resulta insuficiente porque el Consejo tenía otros medios a su alcance que no utilizó, o sea:

3.3.1.1. El Instituto Electoral podía haber llevado a cabo una investigación *in situ*, lo que no hizo.

3.3.1.2. El Instituto Electoral podría haber dado parte a las autoridades para que tomaran medidas a fin de restablecer la paz pública, lo que tampoco hizo.

3.3.2. La situación se había prolongado desde 2002 (y el acuerdo se tomó a finales de 2006).

3.3.3. Lo que está en juego no son simples intereses individuales, sino derechos fundamentales.

3.3.4. No se tomó en consideración, para establecer el acuerdo, la opinión de los habitantes del municipio.

4. Como consecuencia de todo lo anterior, el Tribunal toma las siguientes decisiones:

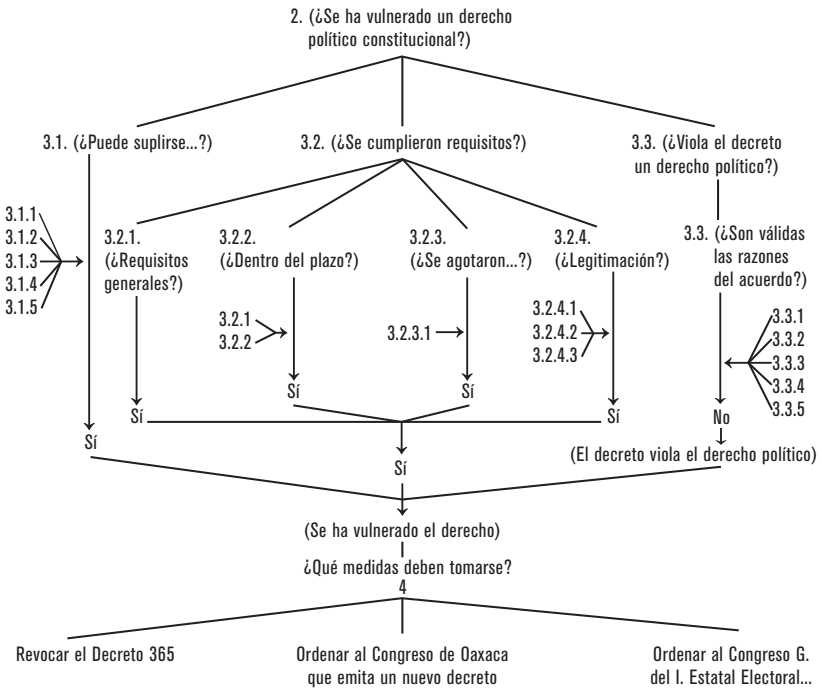
4.1. Revocar el Decreto núm. 365.

4.2. Ordenar al Congreso de Oaxaca que emita un nuevo decreto debidamente fundado y motivado y concederle un plazo para que remita copia de la resolución correspondiente.

4.3. Ordenar al Consejo General del Instituto Electoral de Oaxaca que «disponga lo necesario, suficiente y razonable» para considerar «la posibilidad de realizar elecciones de concejales».

Esa argumentación se puede esquematizar como sigue:

Análisis del caso Tanetze (11/2007)



D) *Ley de Amnistía y cosa juzgada* (sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 2 de marzo de 2007)

1. Se trata de un recurso de agravio constitucional. El demandante había estado procesado en el llamado *Caso La Cantuta*, en cuanto integrante del «Grupo Colima», sospechoso de haber realizado —durante el mandato del ex presidente Fujimori— acciones sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales indiscriminadas, asesinatos colectivos, desapariciones forzadas y torturas. La Sala Revisora de la Junta Militar aprobó en su día, en aplicación de las leyes de amnistía, el archivo definitivo del proceso. Más adelante, el Consejo Superior de Justicia Militar anuló esa resolución. El demandante recurrió entonces en amparo, primero ante la Corte Superior de Justicia de Lima y luego ante la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Ambos tribunales declararon improcedentes las demandas. El recurso de agravio se dirige contra la resolución de esta última Sala, esencialmente por entender que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la cosa juzgada; pide que se deje sin efecto la anulación del archivo definitivo o, dicho en positivo, que se mantenga el archivo de la causa.

2. La decisión de considerar fundada o no la demanda depende de dos cuestiones.

2.1. Una, procesal, a la que el TC concede escasa importancia (funds. 2, 3 y 4) y que resuelve considerándose competente para entrar en el fondo del asunto.

2.2. Y otra, la de fondo, que consiste en plantearse si las leyes de amnistía son o no válidas. Si no fueran válidas, entonces no cabría hablar de cosa juzgada y, en consecuencia, la demanda resultaría infundada.

La respuesta que el TC da a esta segunda cuestión es que, en efecto, las leyes de amnistía son nulas y carecen *ab initio* de efectos jurídicos (fund. 60). Para llegar a esta conclusión, el TC construye un argumento complejo que puede esquematizarse así:

2.2.1. Los criterios a emplear para el juicio de validez de esas leyes vienen dados por lo establecido en el Derecho internacional sobre los derechos humanos y el Derecho interno peruano (la Constitución) que deben interpretarse de manera integrada y armónica, sin que se dé primacía ni a uno ni a otro. Esa integración es posible porque entre el sistema interamericano de derechos humanos y el Derecho constitucional nacional existe una «confluencia teleológica» que deriva de «la protección efectiva de los derechos fundamentales de los peruanos» (fund. 36).

2.2.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Barrios Altos *vs*. Perú (3 de septiembre de 2001) y La Cantuta *vs*. Perú (29 de diciembre de 2006) ha establecido que las leyes de amnistía aludidas son «incompatibles con la Convención Americana» y, en consecuencia, «carecen de efectos jurídicos». El TC, basándose en esas resoluciones, muestra que, en contra de lo pretendido por el recurrente, las sentencias mencionadas —en particular, la del caso Barrios Altos— tienen un alcance general (funds. 40-43) y tienen también carácter vinculante (funds. 44-49), de manera que resultan aplicables al supuesto concreto que se enjuicia.

2.2.3. Frente a lo indicado en 2.2.2., podría objetarse (como lo hace el demandante) que la Constitución Peruana (art. 102.6) establece como una de las atribuciones del Congreso la de dictar leyes de amnistía. Es cierto además que la CP no establece expresamente ningún límite a esa potestad. Pero eso no quiere decir que no existan (funds. 19-34). Los límites están dados fundamentalmente por la obligación de respetar los derechos fundamentales y, en particular, los «estándares mínimos de protección de la dignidad de la persona humana» (fund. 30) lo que significa, en definitiva, que son inadmisibles (inválidas) las disposiciones de amnistía que pretenden impedir la investigación y sanción de vulneraciones graves de los derechos humanos, como la tortura, las ejecuciones sumarias, etc. (fund. 33).

2.2.4. Otra posible objeción (también esgrimida por el recurrente) proviene del hecho de que las leyes de amnistía habían sido declaradas válidas por el Tribunal Constitucional peruano (sentencia de 28 de abril de 1997). Frente a ese posible argumento, el TC aduce ahora:

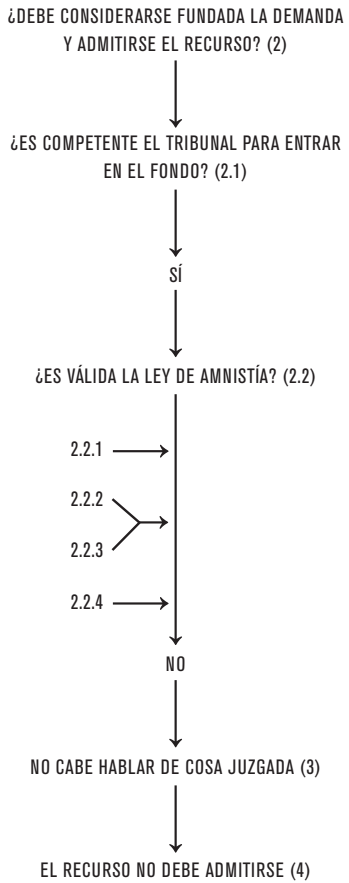
2.2.4.1. En realidad, la sentencia indicada había declarado improcedente la demanda de inconstitucionalidad promovida contra las leyes de amnistía, pero eso no significa que hubiera confirmado su constitucionalidad, puesto que no hubo un pronunciamiento sobre el fondo (fund. 51).

2.2.4.2. Aunque exista una presunción a favor de que el legislador penal ha querido actuar dentro del marco constitucional, la misma no opera si se comprueba que mediante el ejercicio de la competencia de dictar leyes de amnistía el legislador pretendió encubrir la comisión de delitos de lesa humanidad (funds. 52 y 53). La Corte Interamericana ha considerado como un hecho probado que existió tal pretensión (fund. 55). Los tribunales nacionales deben reconocer la validez de los hechos declarados probados ante las instancias internacionales de protección de los derechos humanos (fund. 56). Por lo tanto, la ley del Congreso es contraria a la Constitución y carece de validez.

3. Las leyes de amnistía no son válidas y, en consecuencia, no cabe hablar de cosa juzgada.

4. La demanda resulta infundada por razones de fondo.

El esquema correspondiente podría ser el siguiente:



Pero los argumentos 2.2.2, 2.2.3 y 2.2.4 (que constituyen el centro de la argumentación) podrían analizarse de manera más fina, como sigue:

2.2.2:

2.2.2.1. Las leyes de amnistía son incompatibles con la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

2.2.2.1.1. Así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Barrios Altos *vs*. Perú (3 de septiembre de 2001) y La Cantuta *vs*. Perú (29 de diciembre de 2006).

2.2.2.1.2. Esas dos sentencias —en particular la del caso Barrios Altos— tienen un alcance general (funds. 40-43), son de carácter vinculante (funds. 44-49) y se aplican al caso.

2.2.2.2. Si una ley nacional peruana es incompatible con la Convención Interamericana de Derechos Humanos, no puede ser válida.

2.2.3:

Ahora bien, frente a la anterior proposición (2.2.2.2), puede esgrimirse lo siguiente:

2.2.3.1. La Constitución peruana (art. 102.6) establece como una de las atribuciones del Congreso la de dictar leyes de amnistía.

2.2.3.2. La Constitución peruana no establece ningún límite a esa potestad.

Pero frente a esto último cabe esgrimir un nuevo argumento:

2.2.3.2.1. Hay un límite implícito dado por la obligación de respetar los derechos fundamentales y, en especial, los «estándares mínimos de protección de la dignidad de la persona humana» (fund. 30).

2.2.3.2.2. Las disposiciones de amnistía que impiden la investigación y sanción de vulneraciones graves de derechos humanos como la tortura o las ejecuciones sumarias transgreden ese límite.

2.2.4:

Un argumento en contra de considerar que las leyes de amnistía son inválidas (a favor de que la ley de amnistía es válida) es el siguiente:

2.2.4.1. Las leyes de amnistía fueron declaradas válidas por el Tribunal Constitucional peruano (sentencia de 28 de abril de 1997).

Pero frente a la pretensión de que lo anterior (2.2.4.1) es un argumento a favor de considerar a las leyes de amnistía válidas cabe esgrimir lo siguiente:

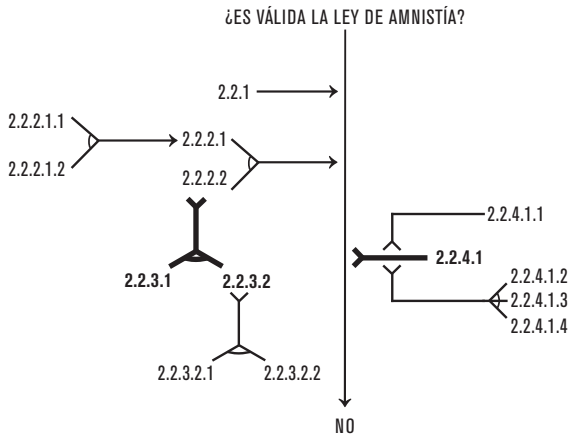
2.2.4.1.1. En realidad, la sentencia indicada había declarado improcedente la demanda de inconstitucionalidad promovida contra las leyes de amnistía, pero eso no significa que hubiera confirmado su constitucionalidad, puesto que no hubo un pronunciamiento sobre el fondo (fund. 51).

2.2.4.1.2. Aunque exista una presunción a favor de que el legislador penal ha querido actuar dentro del marco constitucional, la misma no opera si se comprueba que mediante el ejercicio de la competencia de dictar leyes de amnistía el legislador pretendió encubrir la comisión de delitos de lesa humanidad (funds. 52 y 53).

2.2.4.1.3. La Corte Interamericana ha considerado como un hecho probado que existió tal pretensión (fund. 55).

2.2.4.1.4. Los tribunales nacionales deben reconocer la validez de los hechos declarados probados ante las instancias internacionales de protección de los derechos humanos (fund. 56).

En cuyo caso, el esquema correspondiente (a esa parte de la argumentación) podría ahora graficarse así[9]:



9. Se ha puesto en negrita lo que son argumentos del demandante en contra de considerar nula la Ley de Aminstía (por eso se usa el símbolo ⊣).

4,A) EL CASO KALANKE Y LA DETERMINACIÓN DE LA *RATIO DECIDENDI*

En octubre de 1995, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora de la Unión Europea) dictó una sentencia, en el llamado «caso Kalanke», que resultó sumamente controvertida. Sin ir más lejos, el Parlamento europeo celebró, días después de conocido el fallo, un debate sobre el asunto, con el resultado de que la mayoría de sus miembros se manifestó «en contra de la decisión del Tribunal y a favor de las acciones positivas» (*El País*, 26 de octubre 1995). El caso, como se verá, plantea una cuestión de validez de una norma de un land alemán y de interpretación de una Directiva comunitaria pero, sobre todo, muestra la dificultad que puede entrañar la identificación e interpretación de la *ratio decidendi* de un caso.

Los hechos del caso eran los siguientes. En julio de 1990, la ciudad de Bremen convoca una plaza de jefe de departamento del servicio de espacios verdes. Concurren, entre otros, el señor Kalanke y la señora Glissmann, quienes trabajaban ya en ese departamento (el uno desde 1973 y la otra desde 1975), ambos en calidad de técnicos clasificados con el grado III, de acuerdo con el correspondiente convenio colectivo. Aunque la dirección del servicio propone al señor Kalanke, quien termina por obtener el puesto, después de diversas vicisitudes (el comité de personal se opone a la propuesta a favor de Kalanke y hay un intento de arbitraje que termina con una recomendación a favor de este último; esa recomendación no es aceptada por el comité de personal, el cual eleva consulta a la comisión de conciliación que se pronuncia a favor de la candidata femenina), es la señora Glissmann, en base a una ley del estado (land) de Bremen que establece que cuando existen dos candidatos con «igual calificación» para acceder a un puesto vacante y las mujeres están subrepresentadas en ese sector (no representan al menos la mitad de los efectivos), debe darse prioridad a la mujer.

El señor Kalanke recurre esta decisión ante los tribunales alemanes, alegando que no se ha tenido en cuenta la superioridad de su cualificación profesional y que la ley de Bremen va en contra de normas de superior jerarquía (entre otras, la propia Constitución alemana que, naturalmente, recoge el principio de igualdad de trato). El recurso es rechazado y el caso llega hasta el Tribunal de Trabajo Federal que estima que el régimen de cuotas previsto en aquella ley es conforme con las normas nacionales alemanas —cuya violación alegaba el recurrente—, pero plantea una cuestión prejudicial[10] ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para que éste decida sobre si la regulación en cuestión contradice o no el artículo 2, apartado 4, de una determinada directiva comunitaria de 1976 (76/207 CEE del Consejo, de 9 de febrero). Ese artículo 2 comienza, en su primer apartado, por establecer que «el princi-

10. En realidad eran dos, pero, como hace el Tribunal (enseguida se verá), pueden tratarse conjuntamente.

pio de igualdad de trato [...] implica la ausencia de toda discriminación basada en el sexo, ya sea directamente, ya indirectamente por referencia, especialmente, al estado matrimonial o familiar»; pero, en el apartado 4, permite a los Estados miembros adoptar y/o mantener en vigor las «medidas dirigidas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, remediando las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en los aspectos contemplados en el artículo primero [acceso al empleo, incluida la promoción, formación profesional, condiciones de trabajo, etc.]». El Tribunal (siguiendo la propuesta del abogado general) entendió que la directiva se oponía, efectivamente, a la ley del Estado de Bremen. Lo fundamental de su razonamiento se contiene en los fundamentos 12 a 24, que son como sigue[11]:

12. En la medida en que las dos cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia tienen por objeto que se precise el contenido de la excepción al principio de igualdad de trato establecida por el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207, procede examinarlas conjuntamente.

13. Mediante estas cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se dilucide si los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de igual capacitación de los candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en los distintos grados de la categoría de personal de que se trata y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama.

14. En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional nacional señala que un régimen de cuotas como el controvertido en el presente asunto puede contribuir a superar, en el futuro, las desventajas sufridas actualmente por las mujeres y que perpetúan las desigualdades del pasado, en la medida en que acostumbran a que las mujeres desempeñen también ciertas funciones más prestigiosas. La atribución tradicional de determinadas actividades a las mujeres y la concentración del empleo femenino en los puestos inferiores de la jerarquía profesional son contrarios a los criterios de igualdad de derechos aplicables actualmente. A este respecto, el órgano jurisdiccional nacional menciona cifras que muestran la escasa representación de las mujeres en los cuerpos superiores de los distintos servicios administrativos de la ciudad de Bremen, sobre todo si se prescinde de sectores de empleo como la enseñanza, en los que ya se ha conseguido la presencia de las mujeres en los niveles superiores.

15. Con carácter preliminar procede señalar que del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva se deduce que su objetivo es la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción. Según el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva, este principio de igualdad de trato supone «la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente».

11. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de octubre de 1995.

16. Ahora bien, una norma nacional que establece que, en una promoción, las mujeres que tienen la misma capacitación que sus competidores masculinos gozan automáticamente de preferencia en los sectores en los que estén infrarrepresentadas, entraña una discriminación por razón de sexo.

17. No obstante, se debe examinar si tal norma nacional puede ampararse en el apartado 4 del artículo 2, conforme al cual la Directiva «no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres».

18. Ha de destacarse que esta disposición tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social (véase la sentencia de 25 de octubre de 1988, Comisión/Francia, 312/86, Rec. p. 6315, ap. 15).

19. Así, dicha disposición autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres.

20. Como señaló el Consejo en el tercer considerando de su Recomendación 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer (DO L 331, p. 34; EE 05/04, p. 124), «las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si, paralelamente, no se emprenden acciones, por parte de los Gobiernos y de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad».

21. No obstante, procede precisar que el apartado 4 del artículo 2, en cuanto constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debe interpretarse restrictivamente (véase la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, ap. 36).

22. Pues bien, una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva.

23. Además, procede añadir que un sistema de dicha naturaleza, en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades.

24. Por consiguiente, procede responder al órgano jurisdiccional nacional que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama.

1) La razón por la que el Parlamento europeo y muchas organizaciones sociales se opusieron a la sentencia fue que interpretaron que la decisión suponía negar validez a las «acciones positivas» (o «discriminación inversa») a favor de las mujeres de manera general. Pero realmente era dudoso que hubiera que interpretar así la sentencia (su *ratio decidendi*). El Tribunal se oponía a una medida que a «igual calificación» atribuyera «automáticamente» o garantizara «una prioridad absoluta e incondicionada» a la mujer, y esos términos eran, sin duda, susceptibles de diversas interpretaciones. Pero una forma de entenderlos (de interpretarlos) consistía en pensar que «a lo que apunta el Tribunal es a que la Directiva podría ser compatible con un sistema de objetivos o *goals* que asigne una cierta puntuación al hecho de ser mujer, como parte de un determinado baremo que incluya un número suficientemente elevado —y quizás graduable— de ítems, de manera tal que el hecho de ser varón no se convierta en una característica prácticamente insuperable para lograr la promoción» (Atienza 1996). De hecho, en una sentencia algo posterior (de 11 de noviembre de 1997: caso Marshall), el Tribunal entendió que una norma, ahora del land de Nordrhein-Westfalen, era conforme con la Directiva en cuestión, porque no garantizaba una «preferencia absoluta e incondicional» en favor de las mujeres y, por ello, no sobrepasaba los límites trazados en el caso Kalanke. La norma en cuestión establecía que:

> Cuando en el sector del organismo competente en el que debe producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor; [...]

Y el fundamento 33 señala:

> A diferencia de lo que ocurría con la normativa examinada en el caso Kalanke, una normativa nacional que [...] contiene una cláusula de apertura no sobrepasa esos límites si, en cada caso particular, garantiza, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de esos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino. No obstante, debe recordarse, a este respecto, que tales criterios no podrán ser discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas.

¿Cree que esos problemas de interpretación podrían haberse evitado si el Tribunal hubiese formulado mejor su motivación? ¿Es adecuado para ello (para motivar bien) un estilo a base de puntos brevemente expuestos, en lugar de utilizar un estilo más «seguido»? ¿Qué le parece la figura del *abogado general*, que es un órgano que (desde una posición de imparcialidad e independencia) asesora a los jueces emitiendo sobre los casos opi-

niones que normalmente éstos siguen (como ocurrió en el caso Kalanke)? ¿Contribuye a, o dificulta, que se pueda establecer con facilidad la *ratio decidendi* de las sentencias? ¿Y cómo calificar argumentativamente el hecho de que los once jueces que decidieron el caso Kalanke fueran varones?

2) ¿Está justificado el criterio sobre la discriminación inversa defendido por el Tribunal de Luxemburgo? ¿Compárese con la argumentación de Dworkin en el caso DeFunis (*vid.* IX,5,D)? ¿Podría decirse que en la fundamentación del tribunal europeo también hay premisas de carácter moral, quizás implícitas?

3) Trate de esquematizar la argumentación que lleva a cabo el Tribunal. ¿Qué tipo de argumento se usa para concluir que, a partir de lo establecido en la sentencia, el tribunal no se opone a una política de acción afirmativa o de discriminación inversa a favor de la mujer? Por cierto, son términos sinónimos «acción afirmativa (o positiva)» y «discriminación inversa»?

5.1,A) LA RECUSACIÓN DE UN MAGISTRADO

La recusación de un juez es un ejemplo de cuestión procesal. No se discute sobre el fondo del asunto, sino sobre una cuestión previa: si dadas determinadas circunstancias, tal juez es o no competente para intervenir en tal caso. El esquema argumentativo (la «justificación interna») tendría, como premisa mayor, una norma constitutiva: si se dan tales y cuales circunstancias, entonces se produce el resultado normativo de que tal persona es (o no es) competente para actuar como juez. Naturalmente, a ese esquema se enlazan diversas normas regulativas; por ejemplo, la que establece la obligación de declarar que existe una causa de recusación —que el juez es incompetente— si efectivamente existe. De manera que nada impide considerar como la premisa mayor del argumento una norma (regulativa de acción) que establece que, si se da una determinada circunstancia (una causa de recusación), entonces los jueces deben declarar que existe (y aceptar la recusación). Comoquiera que se vea, se trataría de un esquema subsuntivo, clasificatorio, que, desde el punto de vista lógico, no parece presentar muchas diferencias con respecto al modelo de subsunción que opera a propósito de los problemas sustantivos. Pero las diferencias argumentativas —como se ha dicho— podrían darse en otros planos (material o pragmático).

El caso de la recusación del magistrado Pérez Tremps podría servir también para ilustrar las diferencias que parecen existir entre la argumentación en el ámbito de la justicia constitucional y en el de la justicia ordinaria (*vid.* IX,1). En el contexto de un recurso de inconstitucionalidad planteado contra diversos artículos del Estatuto de Cataluña, el Partido Popular promovió también (en julio de 2006) la recusación de un magistrado del Tribunal Constitucional español, Pérez Tremps, basándose en que éste —cuando era catedrático de Derecho Constitucional— había redactado

un dictamen para un instituto dependiente del Gobierno de Cataluña, sobre un determinado aspecto del Estatuto («Relaciones de la Generalidad con la Unión Europea y acción exterior de la Generalidad»). La discusión se centró en la interpretación de un artículo de una ley que consideraba como causa de recusación: «Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo» (art. 219.13, de la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre). Se trataba, pues, de ver si la actuación de Pérez Tremps caía o no dentro del supuesto de hecho de esa norma. La mayoría del tribunal (mediante auto 26/2007, de 5 de febrero de 2007) estimó la recusación, pero hubo 5 votos disidentes (sobre un total de 11) y 2 concurrentes. Se transcriben a continuación fragmentos del fundamento 8 de la sentencia y del voto disidente de María Emilia Casas, presidenta del tribunal:

A) 8. [...] Esta causa de recusación [la del art. 219.13] ha sido creada, como se ha dicho, por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que, en general, ha aumentado las exigencias de imparcialidad de Jueces y Magistrados, introduciendo causas nuevas o redactando las ya existentes en términos de mayor exigencia, o dotándolas de un marcado carácter objetivo. Esto es lo que sucede con la causa de recusación ahora abordada, creada *ex novo*, y de marcado carácter objetivo, al no contemplarse en ella —a diferencia de la 16— la exigencia de que se revele una formación de criterio en el Magistrado.

El legislador se detiene en la constatación de que se haya ejercido profesión (o cargo o empleo) con ocasión de la cual se haya participado directa o indirectamente en el mismo asunto que es objeto del proceso o, incluso, en otro que esté relacionado con el mismo. Las exigencias de ajenidad del recusado con el proceso en el cual la recusación se plantea son configuradas en grado superlativo: no se exige que el recusado haya participado en el propio asunto objeto del proceso, sino que basta con que lo haya hecho en otro que esté relacionado con ese asunto; la participación del recusado en el asunto objeto del proceso o en otro relacionado con él no ha de ser forzosamente directa, sino que basta con que sea indirecta; no se exige que la participación del recusado —directa o indirecta, en el asunto objeto del proceso o en otro relacionado— constituya el contenido ordinario o normal de su ejercicio profesional, esto es, su objeto propio y característico, sino que basta con que la participación se haya producido con ocasión del ejercicio profesional; finalmente, no se requiere la constatación de una pérdida subjetiva de imparcialidad.

Resulta así que el legislador opta por un modelo de Juez rodeado de la apariencia de imparcialidad, no sólo en la realidad de su desconexión con las partes y con el objeto del proceso, sino también en su imagen, eliminando cualquier sombra al respecto cuando existan elementos objetivos que puedan justificar una apariencia de parcialidad. Cuando esto sucede, la causa de recusación decimotercera se anticipa a la valoración que sobre la imparcialidad subjetiva merezcan los hechos en los que la recusación se funde. El Juez imparcial, no es sólo un derecho fundamental de las partes de un litigio, es también una garantía institucional de un Estado de Derecho establecida en beneficio de todos los ciudadanos y de la imagen de la Justicia, como pilar de la democracia.

Todavía en el plano de las consideraciones generales debemos descartar en línea de principio que los trabajos científicos de los profesores universitarios, así como de otros juristas, de estudio de normas legales, bien vigentes, bien en

contemplación hipotética de normas venideras, puedan apreciarse como casos subsumibles en ninguno de los supuestos de esta causa de recusación. Una aplicación no cautelosa de la norma pudiera dificultar indebidamente el acceso al Tribunal Constitucional de profesores universitarios y otros juristas de reconocida competencia que puedan haber adquirido el prestigio que, *ex* artículo 159.2 CE, permite su selección como Magistrados de este Tribunal. La redacción de tales trabajos científicos, por más que versen sobre normas enjuiciadas por el Tribunal Constitucional, no puede ser causa de recusación. Ahora bien, distinto tratamiento corresponde a los trabajos, estudios o dictámenes emitidos a instancia de instituciones u órganos implicados en el procedimiento de elaboración de la norma que pueda llegar a ser objeto de un proceso constitucional y con la finalidad de obtener el ajuste de la misma a la Constitución.

Descendiendo ya de lo general a lo particular, alcanzamos las siguientes conclusiones:

La actuación del Excmo. Sr. don Pablo Pérez Tremps se produjo en el ejercicio de su profesión, siendo recabada su colaboración, no sólo por su condición formal de Catedrático de Derecho constitucional, sino por su prestigio en la comunidad jurídica, prestigio que luego determinaría su incorporación a este Tribunal como Magistrado. La naturaleza profesional de la actuación se evidencia, como ya se anticipó, en la invitación a la colaboración que el 26 de noviembre de 2003 le realiza el Director del Instituto de Estudios Autonómicos; del contrato de 8 de marzo de 2004, en el que se identifica al contratante como Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid; del documento contractual anexo, en el que se expresa que «Por razones de especialidad y conocimiento de la materia, ha sido propuesto con el fin de elaborar el citado estudio el Sr. Pablo Pérez Tremps, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid»; y, finalmente, de que en el libro «Estudios sobre la reforma del Estatuto», en el que se inserta el estudio, su autor se identifica con la misma referida condición profesional.

En relación con el carácter de la participación en que consistió la colaboración examinada, debemos descartar que fuera directa. Ahora bien, rechazado que el trabajo del Magistrado Excmo. Sr. Pérez Tremps, cuando aún no lo era, pudiera calificarse de estudio científico teórico, y rechazado asimismo que pudiera calificarse como intervención directa en el procedimiento de elaboración de la norma, la cuestión es si, por las circunstancias en que se produjo, puede tener cabida en la previsión legal de una intervención indirecta.

Al respecto, lo que debe examinarse es si en las circunstancias en que se produjo era ya discernible en el plano fáctico, y no tanto en el de los formalismos legales que no serían, en su caso, el elemento clave desde la óptica de la garantía de la imparcialidad, la existencia de un *iter* concreto de reforma del Estatuto de Cataluña y de la participación en él del Instituto de Estudios Autonómicos como institución asesora de esa reforma.

Como datos relevantes al respecto deben destacarse los que aporta la prueba, y en concreto: *a*) La intervención del Director del Instituto de Estudios Autonómicos ante el Parlamento de Cataluña en la sesión de 4 de junio de 2004, reveladora del papel asumido por la institución que presidía en el asesoramiento de la preparación de la reforma, y del objetivo de las participaciones de los cualificados científicos contratados al respecto. *b*) La comunicación de 19 de julio de 2004 del Director del Instituto de Estudios Autonómicos, dirigida al Parlamento de Cataluña, remitiendo las memorias explicativas y las propuestas normativas relativas a los capítulos sobre las relaciones de la Generalidad con la Unión Europea y la acción exterior de la Generalidad. Esta comunicación se produjo en plena fase de

elaboración de la proposición de ley, con la que se iniciaba formalmente la elaboración legislativa de la que al final del itinerario devino en Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, comunicación reveladora de una intervención asesora del Instituto de Estudios Autonómicos no prevista en el marco formal de los trabajos parlamentarios. *c*) La presentación de los trabajos de los técnicos directamente en el Parlamento de Cataluña, según diligencia de 1 de julio de 2004, que revela un dato de proximidad temporal de los mismos con el *iter* formalmente legislativo, expresivo de la vinculación concreta de los trabajos con el objetivo parlamentario en trance.

Ese conjunto documental, unido a los elementos ya destacados del contenido del encargo y de los términos del contrato, fundan la apreciación de que el trabajo del Magistrado Sr. Pérez Tremps versó sobre un objeto y se realizó con un objetivo tales, que resultaría contrario a lo razonable negar la existencia de una intervención indirecta en la elaboración de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, respecto de cuya impugnación en el recurso de inconstitucionalidad debe pronunciarse.

El estudio realizado supone una toma de postura acerca de los límites constitucionales sobre la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma de Cataluña, lo que constituye un elemento objetivo que razonablemente permite la suspicacia de la parte recusante acerca de la imparcialidad con la que el Magistrado recusado está en condiciones de abordar el enjuiciamiento de la norma impugnada. Ahora bien, dado que la causa de recusación no exige, para subsumir en ella los hechos, que la participación profesional en el asunto objeto del proceso u otro semejante haya determinado una toma de postura sobre él, bastará con constatar, como así se desprende del material probatorio acopiado en este incidente, que pueda existir una duda razonable sobre la imparcialidad.

En atención a los razonamientos precedentes debemos admitir como justificada la recusación sustentada en la causa 13 del artículo 219 LOPJ, bien entendido que ha de quedar fuera de toda consideración que con ello no se trata de juzgar si el Magistrado recusado es efectivamente parcial o si él mismo se tiene por tal. Lo determinante es, exclusivamente, si una parte del proceso tiene motivo, sopesando racionalmente todas las circunstancias, para dudar de la falta de prevención y de la posición objetiva del Magistrado.

B) [Del voto particular de María Emilia Casas]

4. La estimación de la recusación se funda en una interpretación de la causa prevista en el artículo 219.13 LOPJ que desconoce el fundamento de la imparcialidad, tal y como ha venido siendo interpretado por la jurisprudencia de este Tribunal de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que no toma en consideración las peculiaridades del proceso constitucional de control de las leyes. Para la mayoría no es la ley —el art. 219.13 LOPJ— la que debe interpretarse a la luz del fundamento constitucional de la garantía de imparcialidad y de las peculiaridades del proceso constitucional de control de leyes, sino, al contrario, es la garantía constitucional de imparcialidad la que debe ajustarse a la ley.

Sostiene la mayoría que la introducción por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre de la causa de recusación contemplada en el núm. 13 del artículo 219 [...] obedece al objetivo de aumentar las exigencias de imparcialidad de Jueces y Magistrados. [...]

Para llegar a esta conclusión, el Auto de la mayoría efectúa una interpretación de la causa de recusación, cuya concurrencia estima justificada en el presen-

te caso, que se separa de la que ha venido realizando este Tribunal [...] que se ha distinguido por su inequívoco carácter riguroso y estricto, ajustado siempre al fundamento constitucional de la garantía de imparcialidad. [...]

En el Auto de la mayoría deja de ser relevante que nada en el estudio realizado por el Magistrado recusado revele una toma de postura sobre el objeto de la pretensión impugnatorio del recurso de inconstitucionalidad [...] que hiciera temer que dicho Magistrado pudiera utilizar como criterio de juicio consideraciones ajenas a la Constitución, guiadas por una consideración anímica favorable o contraria a una parte, o bien a una determinada resolución del recurso de inconstitucionalidad; también es irrelevante para la mayoría [...] que en el momento que el encargo del estudio tuvo lugar ni siquiera se hubiera iniciado formalmente el proceso legislativo de reforma estatutaria. [...]

A partir de esta nueva interpretación de la mayoría, un juez puede ser apartado del conocimiento de un asunto en garantía de su debida imparcialidad cuando, no obstante poder afirmarse su desconexión con las partes y con el objeto del proceso, como se reconoce en el FJ 7 del Auto de la mayoría, «existan elementos objetivos que puedan justificar una apariencia de parcialidad». En este caso, ese nuevo elemento objetivo, distinto a la ajenidad del juez a las partes y al proceso y a su indeclinable sumisión estricta a la Constitución y a la ley, es el estudio o dictamen. [...]

Ocurre, en definitiva, que los nuevos elementos objetivos que, según la interpretación del Auto, pueden justificar la apariencia de parcialidad no son otros que las dudas subjetivas de los recusantes, dudas que no precisarán ya apoyarse en datos objetivos que tengan relación con el fundamento de la garantía de la imparcialidad judicial para estimarse justificadas y legítimas, sino que será suficiente con que sean razonables. Si todo se cifra en la sospecha que pueda abrigar una parte y ésta, como en el presente caso, está integrada por representantes políticos, se corre el riesgo de abrir la puerta a sospechas sustentadas en la adscripción ideológica que quiera hacerse de todos los Magistrados de este Tribunal atendiendo, por ejemplo, al dato de su procedencia intelectual o al signo de la formación política que haya apoyado su designación. [...]

5. Una interpretación tan extensiva de la causa de recusación [...] tampoco se compadece con las exigencias de composición y funcionamiento y los fines de esta jurisdicción constitucional. La interpretación realizada en el FJ 8 del Auto depara tal amplitud a la causa de recusación aplicada que se pone en permanente riesgo la composición del Tribunal Constitucional, y, con ello, el derecho del resto de los intervinientes en los procesos constitucionales al juez ordinario predeterminado por la Constitución (art. 159 CE), dado que siendo este Tribunal un órgano único, sus magistrados no pueden ser objeto de sustitución [...] Que la interpretación realizada por la mayoría pudiera tener sentido en el marco de la jurisdicción ordinaria y de los pleitos que en ella se sustancian es cuestión ajena a este proceso constitucional. Pero no lo es tomar en consideración las especialidades del proceso constitucional de control de leyes en la interpretación de las causas de recusación, tal y como este Tribunal ha venido haciéndolo en las diferentes decisiones dictadas al respecto con el fin de procurar el adecuado equilibrio entre los distintos intereses constitucionales en juego: la garantía y el deber de imparcialidad de los Magistrados, el derecho al juez constitucionalmente predeterminado y la salvaguarda del ejercicio de la jurisdicción constitucional. [...]

Sabido es que en el proceso constitucional de control de leyes no existen partes en sentido estricto, que representen intereses personales o subjetivos, sino que la controversia se produce entre instituciones, o fracciones cualificadas de las mismas, que representan al poder público y que tienen legitimación para in-

tervenir en los procesos constitucionales en la medida en que representan dicho interés en la defensa y mantenimiento de la supremacía normativa incondicionada de la Constitución, y nunca un interés personal subjetivo en la resolución de la controversia. Es la suya, en definitiva, una legitimación institucional, al servicio de la depuración del ordenamiento y en la que el interés de parte no puede, por definición, alcanzar a confundirse con un mero interés subjetivo. Por lo tanto, la propia controversia jurídica es ajena totalmente a la idea de pretensión de hacer valer un derecho subjetivo o interés legítimo. También desde esta relevante perspectiva, la mayoría debería haber tenido en cuenta que las conexiones objetivas suficientes para fundar una sospecha legítima de parcialidad con apoyo en la causa 13 del artículo 219 LOPJ deben ser inexcusablemente estrictas, más aún si a lo dicho se añade desde el prisma conceptual propio de la imparcialidad objetiva que, siendo el origen del conflicto de público conocimiento previo porque públicas son la Constitución y las leyes, carece de sentido exigir al juez constitucional el imprescindible alejamiento del *tema decidendi* que demanda la imparcialidad objetiva del juez ordinario. [...]

En conclusión, las especialidades del proceso de control constitucional de leyes, así como el fundamento mismo de la garantía de imparcialidad, deberían haber conducido a formular una interpretación estricta de la causa de recusación contemplada en el artículo 219.13 LOPJ, lo que, sin duda, hubiera conducido, como en las ocasiones anteriores que han quedado señaladas, a la desestimación de la recusación instada.

1) Dado el énfasis que se pone en el voto disidente en la necesidad de tener en cuenta las razones subyacentes a las reglas (el fundamento de la imparcialidad), ¿podría decirse que la diferencia entre la fundamentación ofrecida por la sentencia y la que aparece en el voto disidente se corresponde con la contraposición entre una concepción formalista y una no formalista (o anti-formalista) del Derecho (de la interpretación)? ¿Qué características propias del formalismo jurídico pueden encontrarse en la sentencia (*vid.* I,3.1,B)?

2) ¿Qué función cumple en la argumentación de la mayoría el argumento consistente en separar lo que es un trabajo científico y doctrinal y lo que es un informe? ¿Es un argumento sólido? ¿Por qué?

3) ¿Cuáles son las «razones institucionales» esgrimidas en el voto disidente? ¿Existen otras «razones institucionales» enfrentadas a las primeras y hechas valer por la sentencia mayoritaria? ¿Cuáles tienen mayor peso? ¿Por qué?

4) Esquematice la argumentación llevada a cabo por la mayoría y por la magistrada disidente.

5) ¿Qué trascendencia debe darse, al analizar esta sentencia, al hecho de que, de los cinco votos disidentes, tres lo fueron de magistrados que también cumplían la condición de ser catedráticos de alguna disciplina jurídica? ¿Cabría decir que los factores pertenecientes al contexto del descubrimiento son más importantes en los casos resueltos por la jurisdicción constitucional que en los de la jurisdicción ordinaria? ¿En qué sentido?

6) ¿Cómo podría considerarse la cuestión (procesal) central debatida en el caso: ¿Cómo una cuestión de calificación o como una cuestión

interpretativa? ¿Se puede realmente hacer esa distinción? ¿Cabría decir que para la mayoría es más bien una cuestión de calificación (por eso la importancia de distinguir entre trabajos científicos e informes), mientras que para el voto disidente se trata de una cuestión de interpretación? ¿Tiene importancia la distinción desde un punto de vista retórico?

7) ¿Cuál de las dos argumentaciones presentadas es la correcta? ¿O no cabe hablar aquí en términos de corrección?

5.2,A) TARUFFO SOBRE LA PRUEBA

Uno de los cambios más importantes que ha tenido lugar en la cultura jurídica del mundo latino durante las últimas décadas ha consistido en tomarse en serio la motivación de los hechos y, en consecuencia, el problema de la argumentación en materia de prueba. En ese cambio cultural ha jugado un papel fundamental la obra desarrollada por Michele Taruffo a partir de los años setenta; sin exageración cabría decir que sus planteamientos, directa o indirectamente, están en el trasfondo de todos los (ya muchos) autores que se han ocupado de estas cuestiones en los últimos tiempos.

En un libro (Taruffo 2008) que, básicamente, contiene lo que sería la voz «prueba» pensada para una enciclopedia, Taruffo, en sus primeras páginas, expone su postura sobre algunas cuestiones muy básicas, que están en el trasfondo de cualquier problema de argumentación en materia de prueba.

Un «medio de prueba», empieza diciendo, es «cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa» (p. 15). Pero esa concepción de la prueba como «un recurso cuyo objetivo es alcanzar la verdad acerca de los hechos litigiosos» no deja de plantear problemas.

Además del problema tradicional de diferenciar las «controversias de hecho» de las «controversias de derecho», está el más actual (surgido por la aplicación al proceso judicial de ciertas nociones más o menos recientes procedentes de la filosofía del lenguaje) referido a si los «hechos brutos» deben o pueden distinguirse de los «hechos institucionales»: «En cierto sentido —escribe Taruffo— [...] los 'hechos en litigio' son siempre 'institucionales', pues se definen y determinan por medio de la aplicación de normas jurídicas. Pero eso no implica que los 'hechos brutos' no puedan llegar a considerarse en el contexto judicial, ni que la verdad de los hechos en litigio no pueda ser determinada. A veces los hechos brutos son significativos en la toma de decisiones, por ejemplo, cuando un hecho se usa como elemento de prueba circunstancial en relación con un hecho en litigio. En ese caso, sólo los 'hechos principales' (los *material facts*) de la causa pueden ser definidos propiamente como institucionales, ya que se definen en cuanto tales por una norma jurídica; por el contrario, los meros 'hechos probatorios' (los *evidenciary facts*) no necesariamente están

'cargados' de derecho» (pp. 17-18). Por lo demás, tiene sentido hablar de verdad y de falsedad en relación con los hechos en litigio, también cuando se trata de hechos institucionales, pues estos tienen, además de una dimensión jurídica, una de carácter empírico: un accidente de tránsito es un hecho empírico antes y además de ser un caso de «daños»; un hombre muere en el mundo real antes de ser «asesinado».

También tienen una dimensión empírica los hechos determinados valorativamente, esto es, los definidos por normas que incluyen términos valorativos como «bueno», «normal», «razonable», «justo», etcétera. Son términos vagos e imprecisos, pero eso no implica que en relación con ellos no quepa hablar de verdad y que ésta no pueda ser establecida a través de pruebas. «[L]os hechos determinados valorativamente no tienen sólo una dimensión axiológica: en la medida en que son 'hechos', tienen también una dimensión empírica. El valor de cambio de un activo puede ser 'grande' y un comportamiento puede ser 'normal' sólo si el activo y el comportamiento 'existen' en el mundo de los hechos empíricos. Por consiguiente, primero se deben determinar como hechos 'reales', y su verdad empírica se debe establecer por medio de pruebas; luego pueden ser valorados y evaluados según el estándar axiológico apropiado» (p. 19).

Ahora bien, en realidad, los hechos no se incorporan en los procedimientos judiciales en su realidad empírica o material: «en general ya han ocurrido y, por lo tanto, pertenecen al pasado. De modo que los hechos no pueden ser percibidos por el juez (excepto algunos elementos de prueba circunstanciales), así que tienen que ser reconstruidos por el juzgador de los hechos tomando como base los medios de prueba disponibles. De este modo, los hechos se toman en consideración de una forma muy especial: en forma de enunciados acerca de lo acontecido fácticamente. Cuando hablamos de la verdad de un hecho, en realidad hablamos de la verdad de un enunciado acerca de ese hecho. En consecuencia, lo que se prueba o demuestra en el proceso judicial es la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio» (p. 19). Esos enunciados no están, por lo tanto, dados *a priori*, sino que son constructos lingüísticos definidos por las partes y por el juez. «Desde este punto de vista, la construcción de los enunciados fácticos es cuestión de elección: formular un enunciado acerca de un hecho significa elegir una descripción de ese hecho entre el número infinito de sus posibles descripciones» (p. 20).

Taruffo da cuenta de la existencia de dos teorías del proceso, en principio contrapuestas. Según una, los tribunales deben establecer la verdad de los hechos en litigio, y deben hacerlo tomando como base los medios de prueba relevantes y admisibles. Mientras que la otra teoría, muy difundida tanto en los países de *common law* como en los de *civil law*, vendría a sostener que el objetivo principal del proceso judicial (él está pensando sobre todo en el proceso civil), y de la administración de la justicia en general, es resolver un conflicto entre dos partes, de manera que la verdad de los hechos, aunque puede resultar útil, no constituye ya una meta del proceso.

En su opinión, esas dos concepciones deberían verse como los polos de un continuo; sirven para identificar tendencias y enfoques diferentes, pero no pueden considerarse como descripciones de sistemas procesales existentes. Él sugiere además una forma de resolver esa contraposición que, en realidad, supone otorgar cierta prioridad a la primera de las dos concepciones: «[A]l menos en un nivel teórico general, el conflicto entre estas teorías puede superarse sin perder su significado positivo. Una buena manera de armonizar las perspectivas divergentes gira en torno a la suposición de que la mejor solución posible de una controversia entre las partes es una decisión adecuada y correcta, y que una decisión no puede ser adecuada y correcta a menos que se base en un juicio verdadero acerca de los hechos del caso. Sea cual sea la solución de un conflicto, no es necesariamente una buena solución sólo porque haya puesto fin al conflicto» (p. 22). Por el contrario, la verdad de los hechos sí que es una condición necesaria para que pueda darse «una decisión apropiada, legítima y justa» (p. 23).

Una vez situado el problema de la verdad en la base de la decisión acerca de los hechos en litigio y caracterizada la verdad como condición necesaria para la justicia, surge la cuestión de si hay una noción de «verdad judicial» que quepa contraponer a la «verdad extrajudicial», y la más radical de si realmente tiene sentido la propia noción de verdad. Taruffo considera al respecto que los medios que la gente utiliza normalmente para descubrir la verdad en su vida cotidiana son los mismos que se utilizan en el proceso, de manera que «no hay diferencia epistémica sustancial entre la verdad judicial y la verdad extrajudicial» (p. 25). Y suscribe una teoría de la verdad como correspondencia (muy alejada, por tanto, de las teorías irracionalistas hoy muy en boga tanto en la filosofía general como en la teoría del proceso), sin negar por ello cualquier virtualidad a las concepciones coherentistas de la verdad. En su opinión, «una concepción coherentista y persuasiva de la verdad y de la prueba puede ser importante desde la perspectiva del abogado y en la dimensión lingüística y narrativa, así como en un enfoque psicológico de las decisiones judiciales», pero, sin embargo, «las narrativas coherentes y persuasivas pueden ser falsas o [...] [puede] que no pretendan ser verdaderas», lo cual le lleva a rechazar «cualquier teoría de la verdad como mera coherencia en el contexto judicial» (p. 28). Sin embargo, también aquí, el «conflicto entre las dos teorías [de la verdad como correspondencia y de la verdad como coherencia] puede superarse, cuando hablamos de verdad judicial, considerando la teoría de la verdad en tanto correspondencia como el concepto básico de verdad, según la 'teoría semántica de la verdad' propuesta por Tarski, y sosteniendo que la teoría coherentista simplemente define uno de los posibles criterios de verdad, pero no es la (mejor) teoría de la verdad judicial» (p. 29).

Taruffo considera, por lo demás, que el tipo de verdad que puede alcanzarse en los contextos judiciales es, naturalmente, una verdad relativa y que, en consecuencia, podría calificarse de «probable». Pero el tipo de probabilidad que nos permite «una interpretación analítica de la prueba

judicial» no es la probabilidad cuantitativa (esencialmente, la probabilidad a partir del teorema de Bayes, que ha tenido un gran desarrollo en los últimos tiempos, sobre todo en los Estados Unidos), sino la probabilidad cualitativa o lógica, de acuerdo con la cual los medios de prueba son asumidos como premisas, a partir de las cuales pueden obtenerse, siguiendo modelos lógicos (de una lógica no deductiva) conclusiones probables: «[E]l concepto de probabilidad lógica, y sus desarrollos en la teoría de la *evidence and inference*, merece ser considerado como base teórica para un acercamiento apropiado al problema de la prueba judicial. Las probabilidades estadísticas pueden ser usadas como elementos de prueba en algunos casos [...], pero la prueba estadística no puede ser adoptada como modelo general de la prueba judicial. En cambio, la teoría de la *evidence and inference*, basada en la probabilidad lógica, puede conducir a racionalizaciones fiables del uso de las pruebas en la toma de decisiones judiciales» (p. 33).

Finalmente, Taruffo muestra la importancia de distinguir entre «medio de prueba» y «resultado probatorio». Se trata de una distinción conceptual que en los sistemas de *common law* no plantea ningún problema, porque allí existen también términos distintos para cada uno de esos conceptos: *evidence* para referirse a los elementos o medios de prueba (lo que funciona como premisas de la inferencia probatoria); y *proof* para señalar las conclusiones o resultados a los que se llega a través de las inferencias realizadas a partir de los medios de prueba relevantes. Pero esto no es así en las regulaciones europeas de la prueba, en las que el lenguaje utilizado «sigue siendo bastante vago y los enunciados formulados en ese lenguaje constantemente necesitan ser interpretados apelando al contexto» (p. 34); en castellano, por ejemplo (y otro tanto cabe decir del italiano, el francés o el alemán) la expresión «prueba» suele utilizarse en ambos sentidos. Teniendo en cuenta esa distinción (y los anteriores planteamientos), Taruffo concluye con estas definiciones de medios de prueba, prueba y verdad judicial de los hechos: «los 'medios de prueba' constituyen la base para las inferencias lógicas cuyo objetivo es dar sustento a conclusiones acerca de los hechos litigiosos; 'prueba', por su parte, hace referencia a los resultados positivos de tales inferencias; y finalmente, 'verdad judicial' de los hechos significa que las hipótesis acerca de los hechos en litigio están apoyadas por inferencias racionales basadas en medios de prueba relevantes y admisibles» (Taruffo 2008: 35).

1) Aclare los principales conceptos usados en los anteriores fragmentos: hechos brutos, hechos institucionales, hechos principales, hechos probatorios, hechos determinados valorativamente, verdad como correspondencia, verdad como coherencia, verdad judicial, medios de prueba, resultado probatorio.

2) ¿Coincide la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales con la tradicional de la retórica entre estado conjetural y estado definicional?

3) Taruffo da la siguiente explicación para la aceptación que parece tener, tanto en Estados Unidos como en Europa, la utilización del cálculo de probabilidades en el Derecho probatorio (a pesar de su escaso rendimiento en la práctica): «La principal razón parece ser que esta teoría da la impresión de ser objetiva y fidedigna en un terreno en el que el subjetivismo y la incertidumbre siempre están presentes. A menudo se cree que si algo se expresa con un número puede ser tomado como cierto, y que las evaluaciones subjetivas se vuelven 'menos subjetivas' y están bajo control cuando se expresan mediante una cantidad numérica» (p. 32). ¿Podría decirse que quienes piensan así están cometiendo el tipo de falacia llamado de «la falsa precisión»? ¿Pasa otro tanto con «la fórmula del peso» de Alexy?

5.2,B) LA PRUEBA DEL *MOBBING*

Uno de los primeros casos de *mobbing* o acoso laboral que llegaron a los tribunales españoles fue resuelto por la Audiencia Provincial de Ávila (sentencia 28/2000), en el sentido de negar que el acusado hubiese cometido alguno de los delitos que se le imputaban, como torturas, trato degradante o vejación injusta de carácter leve (entonces no existía un tipo penal específico). La razón fundamental fue que el tribunal consideró que no habían quedado acreditados los hechos en los que se basaba la acusación. El tribunal aceptó como «hechos probados» que el alcalde —el acusado— de una determinada localidad había modificado las condiciones de trabajo de una auxiliar administrativo en el sentido de evitar que ésta prestase funciones de atención al público, y había propuesto al pleno del Ayuntamiento (lo que éste aprobó por mayoría) que la funcionaria dejara de cobrar un determinado complemento salarial. Pero no consideró probadas las alegaciones de esta última en el sentido de que se la había «desterrado» a un piso abandonado, sin persianas para protegerse del sol en verano, sin bombilla ni calefacción; de que todo ello le había producido un proceso depresivo; etc. La argumentación de la Audiencia al respecto se contiene en el siguiente fundamento de Derecho:

> TERCERO. Y es que a este respecto, como al del conocimiento por el acusado de las exactas condiciones de trabajo, y en general para todas las imputaciones que realiza la acusación, sólo contamos con la declaración de la denunciante.
>
> Se estima que esta declaración por sí sola, y en aquellas afirmaciones que no se vean complementadas por otras pruebas o elementos indiciarios, no puede servir para dar por probados hechos en contra del acusado.
>
> Es sobradamente conocida por esta Sala, y sin duda por los demás profesionales intervinientes en el juicio, la doctrina jurisprudencial elaborada acerca de las declaraciones de los perjudicados en el proceso penal, en el sentido que sus manifestaciones son testificales que pueden servir para destruir la presunción de inocencia, siempre que cumplan unos requisitos mínimos, a apreciar en cada caso, de ausencia de prejuicio o animadversión previa contra el imputado, de verosimilitud, y de firmeza y seriedad en la imputación.
>
> En el presente caso, la denunciante, como ya se ha hecho constar, tiene manifiesta enemistad con el acusado, fallo en el primer requisito que, si bien no priva

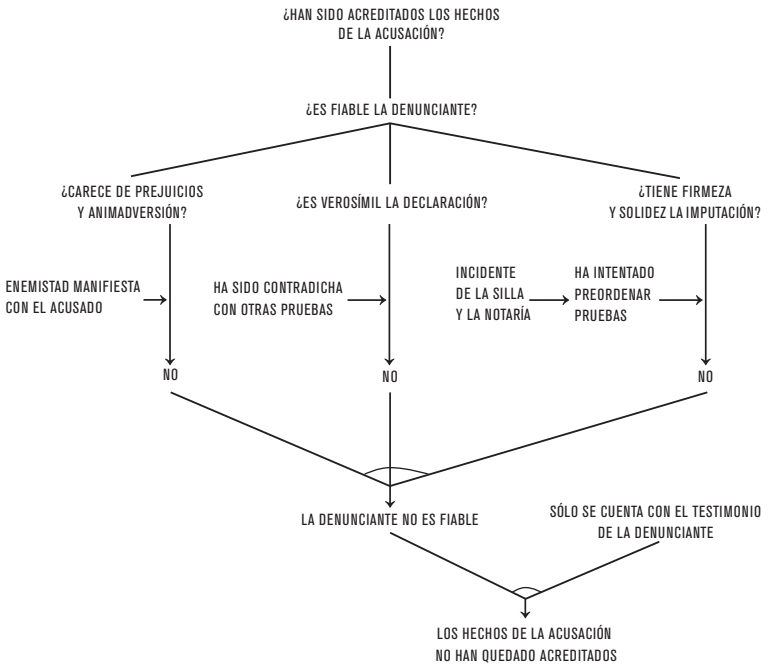
absolutamente de fuerza probatoria a las afirmaciones que se viertan en juicio, sí hace que deban ser tomadas con especial cautela.

E instalados en la suspicacia, apreciamos el fallo en el segundo de los requisitos, desde el momento que, como ya se ha puesto de relieve, su declaración ha sido contradicha en ocasiones por otros testigos o por sus propios documentos (véase la existencia de persiana en la habitación), cuando no se ha comprobado que ciertas imputaciones, verdaderas en lo dicho resultan inciertas por lo no dicho (la existencia de la Agencia de Desarrollo [instalada en el mismo piso a donde a ella se la trasladó], o la instalación al mismo tiempo de los radiadores).

Si a estos datos, que restan todo su valor a sus manifestaciones, dado que no puede ser creída quien no dice la verdad completa en ciertas situaciones, ni en ésas, ni en el resto de ellas; se une que en el juicio se ha comprobado el intento deliberado de preordenar pruebas de una conducta inexistente, con actuaciones que rayan [en] el ridículo, ante lo cual la única conclusión que esta Sala obtiene es la nula credibilidad de la denunciante.

Este intento deliberado que se menciona es el absurdo (ahora) incidente de la Notario y la falta de la silla del despacho (folios 62 ss.), en el que la denunciante, habiendo sido cogido su sillón la tarde del día anterior para unas clases a desarrollar en la dependencia contigua, cuando al acudir a su trabajo no ve el sillón en su despacho en lugar de cogerlo de la habitación de al lado, en el que había más de diez sillas, sólo piensa en llamar a la Notario para que levante acta y pasarse la mañana sentada en una papelera. Con él se define la intencionalidad de la denunciante.

He aquí un esquema de la argumentación desarrollada por la Audiencia en ese fundamento tercero:



5.2,C) LA PRUEBA DE LA CAUSALIDAD

En muchas ocasiones, la dificultad de un problema de prueba no concierne a la existencia de un determinado suceso o evento, sino a la existencia de una relación de causalidad entre uno o varios sucesos o eventos; por ejemplo, puede resultar problemático probar que la acción *x* fue la causa del resultado o efecto *y*. Lo cual pone de manifiesto la importancia de lo que se había llamado la dimensión material de la argumentación jurídica: el concepto o la teoría de la causalidad (particularmente relevante en el ámbito penal) juega un papel determinante en este tipo de argumentos.

En una obra reciente (Minor Salas 2011), que se sitúa en la misma línea de la *Lógica viva* de Vaz Ferreira (*vid.* II,6,B), dirigida a construir una «epistemología-crítico-realista» que busca, sobre todo, «arrojar luz sobre la manera en que piensan, razonan, argumentan y actúan las personas de carne y hueso [incluidos los juristas] en sus experiencias cotidianas» (p. 25), su autor, Minor Salas, presenta una lista de diez sofismas, uno (o una clase) de los cuales es «el sofisma de la causalidad general»[12]. Salas considera que las teorías más significativas de la causalidad en el Derecho son las tres siguientes: la teoría de la equivalencia, que viene a decir que todas las condiciones que produjeron el resultado son equivalentes entre sí (por ejemplo, la acción de A es causa de la muerte de P si y solo si, suprimida mentalmente la acción de A, la muerte de P también desaparece); la teoría de la adecuación, según la cual, no todas las condiciones que originan el resultado son *causa* del mismo, sino solamente la que resulta adecuada (por ejemplo, si un «hombre promedio» podría prever que la acción produciría el resultado); y la teoría de la relevancia, según la cual, sólo son causa de un resultado los fenómenos que tienen relevancia jurídica (y no los que tienen un carácter fortuito). Pero todas esas teorías podrían no ser aptas para dar cuenta de ciertos casos que se plantean en el Derecho y llevar, en consecuencia, a ciertos errores de razonamiento:

> Por último, hay casos en los que la causalidad no puede ser comprobada empíricamente a pesar del uso de todas las teorías indicadas, pero aun así, y por razones estrictamente jurídicas, hay que (imperativamente) tomar una decisión. En estos supuestos, las teorías de la causalidad, se ha dicho en la discusión dogmático-jurídica, se muestran como insuficientes. Veamos un caso de la realidad:
>
> EJEMPLO: Una población de señoras consumen un cierto producto tranquilizante («contergan») que se encuentra a la venta en el mercado. Un grupo de niños —¡nada más y nada menos que cerca de 10.000!— nacen con malformaciones físicas. No se puede demostrar con exactitud mediante los estudios científicos, si el producto mencionado ocasionó o no las malformaciones. [...]

12. Los otros nueve son: el sofisma del misionero; el sofisma de la magia verbal y del naturalismo lingüístico; el sofisma del *homo mechanicus*; el sofisma del método científico universal; el sofisma de las generalizaciones totalizantes; el sofisma de: ¿y usted qué propone?; el sofisma de la falacia naturalista; el sofisma de todos podemos.

La complejidad de un caso como éste no puede analizarse acá en detalle[13]. El mismo demuestra, no obstante, que la temática de la causalidad no es un asunto que se limite a una discusión terminológica o de carácter filosófico y especulativo, sino que puede alcanzar dimensiones insospechadas y complejas. También se evidencia con este caso el carácter tautológico y circular de la categoría de la causalidad jurídica. Sólo es posible decir si algo es causa de algo si *a priori* se sabe o se conoce la causa. Ninguna de las teorías causales podría demostrar si el producto que consumieron las señoras embarazadas es la causa o no de las malformaciones físicas de los niños, asunto que debe resolverse, con dificultades, por otros medios. De nada vale aquí preguntarse si el producto «contergán» es causa de las malformaciones, o de nada vale tampoco suprimir mentalmente el producto para ver si el resultado también desaparece, etcétera.

Esta última constelación de casos es de excepcional importancia práctica para las sociedades actuales. Los problemas jurídicos que aquejan a las comunidades de hoy día, no son problemas donde la causalidad se pueda mostrar expeditamente acudiendo a alguna de las consabidas doctrinas tradicionales en el derecho. Pensemos, por ejemplo, en todos los delitos ambientales, o en los delitos que se originan por elaboración de productos deficientes, o también en el ámbito de los delitos económicos e informáticos. En todas estas esferas, de la llamada criminalidad no-convencional, es donde la categoría tradicional de la causalidad empírica encuentra su punto de quiebra. Si ésta fuera correcta, entonces, por imperativo del denominado *in dubio pro reo* (en caso de duda, resolver a favor del reo) habría que absolver a todos aquellos que perpetran tales delitos, pues nunca existirán evidencias empíricas *concluyentes* sobre las causas ontológicas de esas situaciones.

Es a raíz de todas estas dificultades, con las cuales se enfrentan las teorías de la causalidad, que se desarrolló, en el ámbito del derecho, específicamente del derecho penal, la noción de imputación *objetiva* para dar una respuesta más adecuada. Hoy día, se reconoce que la causalidad empírica es una condición necesaria, pero no suficiente para atribuirle a una persona un determinado resultado y con ello una responsabilidad penal. La decisión de castigar los delitos mencionados u otros similares pasan por el tamiz de las *valoraciones éticas o políticas* en sentido amplio de los jueces y no por el de las constataciones factuales (Minor Salas 2011: 269-271).

Veamos ahora lo que nos dice sobre la misma cuestión (la prueba de la relación de causalidad) otro filósofo del Derecho, Daniel González Lagier, en tres textos, el segundo de los cuales está escrito en colaboración con Ángeles Ródenas:

De manera que hemos de distinguir entre «contexto causal» (el conjunto de condiciones que han de darse para que se produzca el efecto) y «causa» (la condición concreta que seleccionamos a la luz de criterios sociales o —en sentido amplio— normativos). Cuando el juez da por probado *p*, siendo *p* una relación entre una causa *c* (no el contexto causal) y un efecto *e*, está presuponiendo: 1) que *c*, junto con el resto del contexto, produce el efecto *e*; 2) que, en ausencia de *c*, el efecto *e* no se produce dado el mismo contexto; y 3) que *c* es un elemento anormal en dicho contexto. Para determinar 3), es obvio que el juez puede verse influido por las normas jurídicas (por ejemplo, si ha habido infracción en un deber al producir *e* realizando *c*). Y en este caso, no es posible afirmar que la prueba de que *c* fue la causa del resultado lesivo *e* es independiente de normas jurídicas (González Lagier 2003: 25).

13. Suprimo las notas a pie de página, que no impiden la comprensión del texto.

[U]na relación de causalidad se da entre un conjunto de condiciones, al que llamaremos contexto causal, y un determinado resultado o efecto. Sin embargo, el contexto causal puede ser muy amplio, pues una descripción completa del mismo debe hacer referencia a todos los estados de cosas que son condición necesaria del resultado o que están conectados (como condición necesaria o suficiente) con alguna condición necesaria del mismo. Para que Ticio mate a Cayo es preciso que los padres de Ticio lo hayan engendrado, pero, obviamente, este ancestral acto no puede ser considerado causa del crimen de Ticio, aunque es una condición necesaria del mismo. Por ello, para que un suceso sea considerado causa de un evento no basta con que sea una de las condiciones que integran el contexto causal, sino que, además, debe ser una condición en cierta manera cualificada. En realidad, hay que distinguir dos fases en la determinación de una relación causal entre dos eventos o sucesos *x* e *y*. La primera fase es empírica, y consiste en mostrar que el evento *x* forma parte del contexto causal que, de acuerdo con ciertas regularidades conocidas, da lugar al evento *y*. En otras palabras, estamos asumiendo que *x* tiene (junto con el resto de condiciones del contexto) eficacia causal. La segunda fase tiene carácter atributivo o adscriptivo, es una imputación, y consiste en señalar a *x* frente al resto de condiciones con eficacia causal como una condición especialmente relevante, lo suficiente como para individualizarla como causa de *y*. Sin embargo, relevante no quiere decir que tenga más eficacia causal o que sea más directa; cuando decimos, por ejemplo, que la causa del incendio fue una barbacoa mal apagada y descartamos como causa la presencia de oxígeno en el aire no es porque la primera tenga algo así como más «fuerza causal», sino porque la segunda es un suceso que, en algún sentido, no *debería* haber entrado en el contexto causal (González Lagier y Ródenas 2007: 107).

Podemos distinguir dos tipos de desacuerdos acerca de la definición de conceptos como los de acción, causalidad, intención, etc., en contextos jurídicos: desacuerdos puramente teóricos, acerca de cómo reconstruir el concepto correspondiente para maximizar su adecuación a la realidad; y desacuerdos valorativos, acerca de cómo construirlos para que permitan una mejor aplicación del Derecho (esto es, una aplicación del mismo más ajustada a nuestras intuiciones, creencias morales, sentido del Derecho, etc.). Así, por ejemplo, cuando, en el contexto de la prueba judicial discutimos si la relación de causalidad exige que A sea condición suficiente de B (y, por tanto, A hace que B se produzca necesariamente) o que A sea condición necesaria de B (esto es, A posibilita, pero no hace necesaria la ocurrencia de B), se trata de una discusión conceptual en la que están involucradas dos tipos de cuestiones (que, además, pueden estar en tensión): por un lado, cuál es el concepto de causa que se ajusta más a la estructura de la realidad; por otro lado, cuál es el concepto de causa que se ajusta más a nuestra valoración acerca del reproche que se merece en la cuestión debatida (González Lagier 2009: 78).

1) ¿Están diciendo lo mismo uno y otro(s) autor(es)? ¿Cuáles serían las diferencias? ¿Comete Minor Salas el error de dar demasiado peso a los elementos normativos y valorativos, de manera que parecería que un juez condena a un sujeto a una determinada pena no por haber realizado (por acción u omisión) una acción que produjo un efecto dañino, sino porque el juez asumía determinados valores éticos y políticos? Y, por cierto, si uno es escéptico en relación con los juicios de valor de carácter moral, ¿no significa lo afirmado por Salas en el texto que las condenas de los jueces en esos supuestos de delitos que él considera típicos de las «sociedades actuales» carecen en realidad de justificación?

5.2,D) MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

En el razonamiento probatorio se pasa de ciertos hechos probatorios a un hecho considerado probado. Pero para ello se necesita contar —digamos, como premisa mayor— con algún enunciado general. A esos enunciados generales, en una cierta tradición jurídica (no en la del *common law*), se los llama «máximas de la experiencia». En su trabajo «Consideraciones sobre las máximas de la experiencia», Michele Taruffo (2009) muestra cuál es el origen de ese concepto (la dogmática procesalista alemana de finales del XIX; luego pasa a la cultura procesalista en lengua española y a la italiana); señala cuáles son sus límites (subrayando que ese concepto no coincide con el de sentido común o con el de cultura media, sino que es mucho más limitado); distingue entre diversos tipos de máximas de experiencia (generalizaciones científicamente convalidadas, cuasigeneralizaciones, generalizaciones espurias y generalizaciones radicalmente espurias); muestra cuáles son las funciones que cumplen las máximas (heurísticas, epistémicas y justificativas); y señala algunos criterios (negativos y positivos) para su uso.

Al hablar de función «heurística», Taruffo se refiere a que las máximas son un instrumento para formular hipótesis (sería un elemento de la abducción [*vid.* III,4,A]): la máxima sería lo que permite pasar de una circunstancia conocida —un indicio— a una desconocida —la hipótesis—) o para construir narraciones hipotéticas (las *stories* que los abogados presentan al juez). Pero en relación con el juez, las máximas tendrían que suministrarle también criterios de carácter cognoscitivo para poder llegar a una conclusión relativa a la verdad o falsedad de un enunciado relativo a un hecho. Y ambas funciones (heurística y epistémica) difieren de la justificativa, que hace referencia al contexto de la motivación; exactamente, a la justificación externa. La diferencia entre la función epistémica y la justificativa tiene que ver con la separación que Taruffo establece entre el razonamiento que realiza el juez (digamos, el proceso mental) que le lleva a una determina decisión, y el razonamiento que presenta en la motivación: «La función justificativa de las máximas de la experiencia debe considerarse de manera distinta a las otras funciones de las que se habla en el texto, dado que las argumentaciones que el juez formula en el ámbito de la motivación no equivalen necesariamente a las inferencias que él ha formulado para llegar a la decisión sobre los hechos [...] Esto explica que puede no haber ninguna correspondencia entre las máximas de la experiencia que el juez ha usado para formular las inferencias que lo han conducido a la decisión, y las máximas a las cuales podría hacer referencia para justificar tal decisión al motivar la sentencia. Además, aun cuando se tratase de la misma máxima de experiencia, ésta desarrollaría de todas maneras funciones diferentes en el razonamiento decisorio del juez y en el ámbito de la justificación de la decisión» (p. 450, nota 34).

He aquí algunos fragmentos de ese trabajo de Taruffo, referidos a los tipos de máximas de la experiencia y a los criterios (negativos) de uso de las máximas:

TIPOS DE MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

[...] Algunas máximas de la experiencia se basan en generalizaciones que pueden considerarse *válidas* porque corresponden a las modalidades con las cuales cierto suceso ocurre efectivamente en la realidad. [...] Las generalizaciones válidas son, esencialmente, las que encuentran fundamento en conocimientos científicos confirmados: si la ciencia demuestra que «cuando sucede X, entonces sucede también Y» (por ejemplo, el agua hierve a 100 grados al nivel del mar, y a 85 grados a 4.000 metros de altitud), estamos ante una generalización en sentido estricto, es decir, ante un conocimiento que se considera, con razón, como válido para todos los casos posibles [...] [L]o que cuenta es que expresan generalizaciones científicamente convalidadas. [...]

Esta eventualidad, sin embargo, es muy infrecuente [...] Es relativamente más frecuente la situación en la que la máxima de experiencia no expresa una ley general, sino que se basa en una *cuasigeneralización*, es decir, en una enunciación de una tendencia que tiene cierto suceso a ocurrir con ciertas modalidades, la cual se confirma en el plano científico con un grado de probabilidad muy elevado. Por ejemplo: X no ocurre de tal o cual manera en el 100 por 100 de los casos, pero está confirmado empíricamente que ocurre de tal o cual manera en el 98 por 100 de los casos. En estas situaciones, la máxima se basa en una generalización que no tiene validez universal y, sin embargo, puede ser *prácticamente equiparada* a una verdadera generalización, obviamente a condición de que en la práctica se considere como tolerable el margen de error que se admite cuando se emplea una regla que no es perfectamente universal, *como si lo fuera*. Esto introduce una complicación en el razonamiento que no se puede pasar por alto, pues se trata —precisamente— de decidir de vez en cuando cuál es el margen de error que se considera aceptable. [...]

El problema nace, sin embargo, del hecho de que en el uso corriente la expresión «máxima de la experiencia» se emplea de manera muy genérica y con un significado no preciso pero mucho más amplio, capaz de incluir una cantidad de enunciados que se expresan en forma de reglas pero no tienen ningún fundamento general ni cuasigeneral. Muchas de las nociones que se presumen o se presentan como fundadas en la experiencia, en efecto, corresponden en realidad a generalizaciones *espurias*, es decir, a enunciados que se formulan en términos generales, pero que en realidad carecen de cualquier confirmación científica o empírica. A veces esto ocurre en situaciones en las que en realidad existe una confirmación empírica, pero es ciertamente inadecuada para sustentar incluso la aceptación «práctica» de una generalización. [...] La máxima de experiencia según la cual el humo causa cáncer en los pulmones, suele enunciarse en términos de una ley causal general, mientras que investigaciones empíricas demuestran que el humo aumenta en cierta medida (no particularmente relevante desde el punto de vista de las frecuencias estadísticas) el riesgo de que un fumador concreto contraiga cáncer. Este «incremento del riesgo» puede ser ciertamente significativo, pero a menudo los datos epidemiológicos disponibles no ofrecen una confirmación suficiente de la máxima de la experiencia en cuestión. Si esta máxima se aplicara para decir que, puesto que Ticio es fumador, entonces Ticio tiene cáncer en los pulmones (o bien para decir que, dado que Ticio tiene cáncer en los pulmones, y es fumador, enton-

ces el cáncer fue causado por el humo), nos encontraríamos ante una conclusión que tiene un elevado grado de probabilidad de estar errada. En esencia, las máximas que corresponden a bajas frecuencias estadísticas se basan en generalizaciones espurias, y, por tanto, no son idóneas para sustentar inferencias válidas.

Sin embargo, son todavía más numerosas las máximas de la experiencia que no se basan en *ninguna* confirmación científica o empírica, sino —justamente— sólo en una pretendida «experiencia». En estos casos se trata de generalizaciones *radicalmente espurias*. Por un lado [...] se trata de afirmaciones que se presentan *como si* estuvieran dotadas con el carácter de generalidad (o al menos de cuasi-generalidad), pero que en realidad no tienen ningún estatus lógico, y no tienen ningún fundamento cognoscitivo determinable. [...]

Por otro lado, se constata fácilmente que en muchos casos las máximas de la experiencia no expresan ningún «conocimiento», sino que corresponden simplemente a prejuicios sociales difundidos, de género [...], de raza [...], de religión [...], de carácter político [...]. [U]sualmente estos prejuicios tienden a formularse como reglas generales. Convirtiéndose así en criterios de valoración y premisas para la formulación de inferencias relativas a casos particulares.

[...] Hay, sin embargo, al menos dos factores que pueden tomarse en consideración [para explicar el uso de generalizaciones espurias o radicalmente espurias]. De un lado, se trata de la tendencia a cuantificar lo que se cree saber acerca de eventos de cualquier naturaleza, como si la atribución de probabilidades inventadas o carentes de cualquier control empírico fuese de todas maneras capaz de conferir mayor precisión, y por ello mayor credibilidad a las convicciones vagas y carentes de confrontación objetiva. [...] No es casualidad que esta tendencia se identifique como una de las razones más frecuentes de error en el razonamiento sobre los hechos. Del otro lado, se trata de la tendencia a descuidar el problema de la inducción y a formular reglas que se consideran generales a partir de pocos eventos aislados empíricamente verificables, y tal vez de un único evento que se asume arbitrariamente como ejemplo de una tendencia general, o incluso en ausencia de elementos de confirmación de la convicción que se quiere justificar. [...]

CRITERIOS PARA EL USO DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA

[...] Una primera regla corresponde al principio enunciado hace poco: no hay que atribuir a la máxima de la experiencia un valor cognoscitivo superior al del fundamento que tiene la máxima sobre la base de las generalizaciones que se expresan en ella. [...]

De allí se deriva una segunda regla, en virtud de la cual si una máxima está enunciada en términos generales, un solo contraejemplo es suficiente para contradecirla, o al menos para demostrar que no tiene validez general [...]. El contraejemplo puede incluso ser suministrado por el caso específico que se juzga. [...]

Una tercera regla es que una máxima de la experiencia no puede emplearse si está contradicha por los conocimientos científicos disponibles. [...]

Una cuarta regla va en el sentido de indicar que no puede emplearse válidamente una máxima de la experiencia si —como sucede a menudo— la contradice otra máxima de la experiencia. Cuando esto sucede, ninguna de las máximas que entran en contradicción puede constituir un criterio admisible de valoración. Será necesario entonces buscar otra máxima —si existe— que tenga un fundamento más sólido y menos incierto, y que resulte más generalmente compartida en el ámbito de la cultura de referencia.

[...] [N]o se deben emplear máximas que se refieran a generalizaciones espurias, que sean falsas o carezcan de cualquier fundamento controlable. Mucho

menos se debe emplear máximas que resulten carentes de alguna base cognoscitiva, o que resulten evidentemente fundadas en prejuicios y lugares comunes no verificados [...] (Taruffo 2009: 441-445 y 451-452).

1) ¿Qué piensa de la distinción que hace Taruffo (a propósito de las funciones de las máximas) entre el razonamiento decisorio del juez y el razonamiento de la motivación? Si en la motivación el juez no usa las máximas que le llevaron a tomar tal decisión (o usa otras distintas), ¿cabría decir que realmente está justificando su decisión? ¿No habría que hablar en esos casos, más que de verdadera motivación, de motivación ficticia o de pseudomotivación?

2) ¿Serían válidos los mismos criterios sobre el uso de las máximas, con independencia de si se usan en contextos heurísticos o en contextos de justificación? ¿Es aquí pertinente esa distinción: contexto de descubrimiento/contexto de justificación?

3) ¿Cabría interpretar los criterios que Taruffo da sobre el uso de las máximas y su explicación de por qué se acude a menudo a generalizaciones espurias o radicalmente espurias como un intento de evitar la comisión de falacias generadas por generalizaciones empíricas (*vid.* V,5,B)?

5.2,E) CRITERIOS DE VALIDEZ DE LA INFERENCIA PROBATORIA

El esquema de Toulmin para representar los argumentos (*vid.* II,3) puede usarse para dar cuenta de la inferencia probatoria. Así, Daniel González Lagier (2005) entiende que los hechos probatorios constituirían las *razones* del argumento; los hechos a probar o hipótesis del caso, la *pretensión*; las máximas de experiencia, las presunciones y otros enunciados generales que correlacionan la pretensión con las razones, *la garantía*; y la información necesaria para fundamentar la garantía, el *respaldo*. Esa inferencia puede verse como un tipo de inducción, cuya solidez depende de una serie de criterios que, en realidad, vienen a coincidir con los que ofrecen algunos lógicos y filósofos de la ciencia para justificar las inducciones científicas (González Lagier tiene en cuenta, sobre todo, los propuestos por Hempel). Se trata, por otro lado, de criterios graduables en un doble sentido: pueden estar presentes en una inferencia en un número mayor o menor; cada uno de ellos puede cumplirse en mayor o en menor medida. He aquí los criterios:

6. Criterios de solidez de la inferencia probatoria. [...]
   6.1. Criterios acerca de los hechos probatorios.
   (1) ¿Son fiables los hechos probatorios?
   [...] En el ámbito de la prueba judicial, la fiabilidad depende de cómo hayamos llegado a conocer los hechos probatorios. El conocimiento de los mismos puede depender:
   a) De la observación directa del juez.
   b) De conclusiones científicas (por ejemplo, una prueba de ADN).
   c) Pueden ser a su vez el resultado de otra inferencia.

Es evidente que en los dos primeros casos la fiabilidad de los hechos probatorios es mayor; sin embargo, en la mayor parte de supuestos, los hechos probatorios serán conclusiones de otras inferencias. [...] Muchas veces se trata de inferencias a las que rara vez se les presta atención, pero lo cierto es que son inevitables y que cada una de ellas puede ser un punto débil de la argumentación en su conjunto (es más, incluso la aceptación del resultado de la prueba científica requiere una inferencia).

Las inferencias que concluyen en alguno o varios de los hechos probatorios se encadenan entre sí. Quizás pueda proponerse una regla según la cual la fiabilidad de tales hechos probatorios es mayor cuanto menor es la cadena de inferencias que llevan a ellos. Además, cada una de estas inferencias intermedias debe valorarse de acuerdo con estos mismos criterios.

(2) ¿Son suficientes?

[...] Cuantos más hechos «apunten» en dirección a la hipótesis que queremos probar, más seguridad tendremos acerca de su corrección. Sin embargo, este criterio debe ser matizado, porque un solo hecho probatorio pero con un alto grado de fiabilidad puede tener un peso mayor que varios hechos probatorios de escasa fiabilidad. [...]

(3) ¿Son variados?

[...] [L]a importancia de la diversidad de los datos radica en que permite algo que es esencial para dar por confirmada una hipótesis: la eliminación de las hipótesis alternativas con las que entra en competencia. [...]

El mismo papel [que en las inducciones científicas] parece cumplir la variedad en la prueba judicial. Si los hechos en contra de un sujeto acusado de tráfico de droga se limitan a numerosas acusaciones de sus vecinos, con los que mantiene desde hace tiempo pésimas relaciones, podría pensarse que la causa de las acusaciones es la animadversión de éstos, pero esta hipótesis alternativa se debilita si además encontramos una balanza de precisión en poder del acusado. [...]

(4) ¿Son pertinentes?

[...] No todos los hechos son relevantes para confirmar una hipótesis, sino que éstos deben tener una relación con el hecho descrito en ella.

En ocasiones, la pertinencia de la prueba viene determinada por el derecho (legal o jurisprudencialmente). [...]

En la mayoría de casos, sin embargo, determinar qué hechos son pertinentes para confirmar la hipótesis depende de las máximas de experiencia y presunciones que constituyan la garantía del argumento. [...]

6.2. Criterios acerca de la garantía.

(1) ¿Está suficientemente fundada?

[...] En la «inferencia probatoria», la garantía está constituida por máximas de experiencia y por presunciones. [...]

Ahora bien, las máximas de experiencia son a su vez la conclusión de una inducción ampliativa, por lo que no son necesariamente verdaderas, sino probables (en sentido inferencial)[14]. [...]

14. González Lagier, siguiendo a Hempel (pero variando la terminología) distingue dos sentidos de «probabilidad» que cabría encontrar en una inducción: la «probabilidad inferencial», que hace referencia al grado de apoyo que las premisas prestan a la conclusión (la conclusión de una inducción no se infiere con total certeza); y la «probabilidad causal», que hace referencia a la conclusión de la inducción, cuando la misma no expresa una ley o una regularidad estrictamente universal, sino una correlación causal (que admite excepciones) entre dos acontecimientos (por ejemplo, «aquellos que convivan con un enfermo de sarampión probablemente enfermarán») (pp. 66-67).

En general, las máximas de experiencia o regularidades están bien fundadas cuando se basan en una inducción ampliativa sólida, y para valorar la solidez de este argumento hemos de recurrir a los mismos criterios que estamos analizando. [...]

Las presunciones pueden verse como máximas de experiencia institucionalizadas y autoritativas; si se ven de esta manera —y si su fundamento es cognoscitivo, lo que no siempre es así— también deben estar bien apoyadas por una inducción sólida. [...]

(2) ¿Establece un grado de probabilidad causal suficiente?

Mientras que el requisito anterior era relativo al sentido inferencial de probabilidad, éste se refiere al sentido causal[15]. Es posible encontrar máximas de experiencia que establecen que si ocurre un fenómeno lo seguirá, con un alto grado de probabilidad, otro fenómeno, y máximas que correlacionan los fenómenos con un menor grado de probabilidad. Cuanto menor sea el grado de probabilidad causal expresado por la máxima de experiencia, menor será la probabilidad inferencial con la que se sigue la hipótesis final.

6.3. Criterios acerca de la hipótesis.

(1) ¿Ha sido refutada?

Existen varios requisitos a los que se puede someter la hipótesis para tratar de aumentar su credibilidad. Así, aunque la hipótesis venga confirmada por los hechos probatorios, aún hay que someterla al requisito de la no refutación. Una hipótesis es refutada directamente cuando su verdad resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada. Si las afirmaciones versan sobre hechos cuya coexistencia es poco probable, entonces la hipótesis pierde credibilidad. Una hipótesis es refutada indirectamente cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa (o poco probable). [...]

(2) ¿Se han podido confirmar las hipótesis derivadas?

Las hipótesis derivadas refutan la hipótesis principal si se demuestran falsas, pero aumentan su credibilidad si se confirman como verdaderas. [...]

De la misma manera [a como ocurre en la ciencia], si se pueden confirmar con un grado de probabilidad suficiente las hipótesis derivadas de una hipótesis judicial, el grado de credibilidad de la misma aumenta.

(3) ¿Se han eliminado todas las hipótesis alternativas?

[...] Lo usual es que se disponga de varias hipótesis y que haya que escoger aquella que resiste mejor a los intentos de refutación, o aquella que es más sólida de acuerdo con los criterios anteriores. En general, la credibilidad de una hipótesis disminuye cuantas más hipótesis alternativas existan.

(4) ¿Es coherente?

Suelen señalarse dos criterios para escoger entre hipótesis con un grado de confirmación semejante. El primero consiste en la coherencia narrativa o congruencia de dicha hipótesis. De acuerdo con MacCormick, debe escogerse aquella hipótesis que explica los hechos de una forma más creíble, a la luz de una máxima de experiencia fundada y de acuerdo con el resto de conocimiento del que disponemos. [...]

(5) ¿Es simple?

El segundo criterio de elección entre hipótesis aparentemente equivalentes es la simplicidad. [...] De acuerdo con algunos autores, las hipótesis más simples serían las que explican más con un menor número de presuposiciones. Al requerir menos hechos desconocidos (dichas presuposiciones), se les concede mayor credibilidad (González Lagier 2005: 79-91).

15. *Vid.* la nota anterior.

1) ¿Cabría decir, siguiendo el esquema de Toulmin, que estos últimos criterios no se refieren tanto a la hipótesis en sí, a la pretensión, como a la «condición de refutación», o bien al «respaldo» (de hecho, en el elenco de criterios que efectúa González Lagier no figura ninguno referido al respaldo)? En cualquier caso, ¿podrían representarse mejor todos los elementos de la inferencia probatoria a los que se refiere González Lagier utilizando el esquema desarrollado en VI,2 (que, al fin y al cabo, es una extensión del de Toulmin)?

2) En ese trabajo, González Lagier señala también que los criterios establecidos jurisprudencialmente para que tengan fuerza los indicios, la prueba llamada «indirecta», vienen a ser los mismos antes señalados (*vid.* IV,5,D). Sobre esto escribe: «Probablemente, la distinción entre prueba directa e indirecta es una cuestión de grado, que dependerá del número de inferencias que haya que realizar y del carácter más o menos evidente de las máximas de experiencia. Por ello, no habiendo diferencia cualitativa entre ambos tipos de prueba, se puede afirmar que los criterios de solidez rigen tanto para la prueba directa como para la indirecta» (p. 94). ¿Qué piensa de ello?

5.2,F) MOTIVACIÓN DE LOS HECHOS Y REFUTACIÓN DE LA HIPÓTESIS ALTERNATIVA

A propósito de la estructura de la motivación en materia de hechos, Marina Gascón (1999) señala que «no deja de ser significativo que en un ámbito como el penal [se refiere al Derecho español], donde la motivación de los hechos adquiere una importancia máxima, el legislador haya previsto para la sentencia unos 'fundamentos de derecho' pero haya obviado por completo cualquier referencia a la motivación de los hechos» (p. 224), lo que explica que la justificación fáctica aparezca dentro de este último apartado (en los fundamentos de Derecho). Luego, a propósito del «estilo de motivación» (y siguiendo a Taruffo), distingue entre un estilo *analítico* y otro *holístico*:

> [L]a técnica analítica entiende que la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se les ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión. La técnica holista o globalizadora, en cambio, consiste, *grosso modo*, en una exposición conjunta de los hechos, un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa (p. 224).

Según la autora, en la práctica judicial predomina esta segunda técnica, que presenta dos importantes deficiencias: provoca confusión en la medida en que no da lugar a una exposición bien narrada de la historia de los hechos; y puede ser una pantalla para ocultar una decisión insuficientemente justificada. Lo que Gascón defiende es el segundo de los estilos, el analítico:

Si el sentido de la motivación es evitar la arbitrariedad, la motivación no puede entenderse cumplida con el simple relato, pero tampoco con la mera aportación «formal» de razones, cualesquiera que éstas sean. Motivar exige aportar razones lo bastante sólidas o convincentes para descartar la arbitrariedad y, por eso, la técnica más acorde con un modelo cognoscitivista y con el sentido de la motivación es la analítica; es decir, la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas. Más exactamente, la motivación ha de consistir en «dejar constancia de los *actos de prueba* producidos, de los *criterios de valoración* utilizados y del *resultado* de esa valoración. Todo ello con la necesaria precisión analítica, previa a una evaluación del material probatorio en su conjunto» [las palabras citadas corresponden a un trabajo de P. Andrés Ibáñez] (pp. 225-226).

Entiende por ello que el estilo analítico supone que: 1) no debe prescindirse de una valoración conjunta de la prueba, sino que la misma ha de ir precedida —para que pueda tener un valor justificativo— «de la exposición y valoración individualizadas de las pruebas practicadas» (p. 226); y 2) debe incluir un análisis de todas las pruebas. A propósito de esta última cuestión, escribe:

[L]a motivación —como se ha dicho— debe consistir en la exposición y valoración individual y ordenada de todas las pruebas practicadas. Pero —nótese— de *todas* las pruebas practicadas. No, por tanto, sólo de aquellas que versan directamente sobre un hecho principal, sino también de las que tienen que ver con la comprobación de un hecho secundario cuando éste constituya una premisa para establecer la verdad de un hecho principal. Y (sobre todo) no sólo de aquellas que se estime conducentes a la decisión, sino también de aquellas otras que, de ser valoradas positivamente, conducirían a una decisión distinta. Esta última insistencia no es baladí, si se tiene en cuenta que en la práctica forense no siempre se es exigente en este punto, conformándose por lo general con que la justificación verse únicamente sobre las pruebas que soportan directamente la decisión judicial. El propio Tribunal Constitucional [español], al establecer que la Constitución «no garantiza el derecho a que *todas y cada una* de las pruebas aportadas por las partes al litigio hayan de ser objeto de un análisis explícito y diferenciado» (Auto 307/1985), avala esta praxis, que, sin embargo, conduce a resultados perversos en materia de justificación. Y es que, ciertamente, de nada sirve exigir una justificación detallada de la decisión probatoria si luego se permite la selección, a efectos justificatorios, de las pruebas: resultará muy fácil a un juez o tribunal excluir en la motivación aquellas pruebas relevantes cuyos resultados no coincidan o contrasten con la reconstrucción de los hechos que pretende justificar. Por ello, si no quiere escamotearse a la motivación su sentido justificatorio, no debe rebajarse la exigencia de examinar y valorar *todas* las pruebas relevantes, y, por consiguiente, también (o sobre todo) las que no avalan la reconstrucción de los hechos que se justifica: la justificación no será completa si no se justifica también por qué no se han atendido estas pruebas (Gascón 1999: 227-228).

1) ¿Está de acuerdo con el planteamiento de la autora? ¿Son ciertos los «riesgos» que ve en el estilo holista? ¿Son mayores que los que podrían derivarse del estilo analítico? ¿Opta en realidad Gascón por uno de los dos estilos, o por una combinación de ambos?

2) ¿Hay alguna conexión entre la exigencia de considerar todas las pruebas (y, por tanto, de refutar los argumentos que pueda haber a favor de una hipótesis fáctica alternativa) y el rol institucional del juez?

3) La exigencia anterior, como se desprende claramente del texto, no se refiere en realidad a «todas las pruebas», sino a «todas las pruebas relevantes»: ¿Por qué es importante esa distinción? ¿Y cómo trazarla?

5.2,G) PRUEBA JUDICIAL Y DIAGNÓSTICO CLÍNICO

En «El contexto de la decisión» (Ferrer 2010), Jordi Ferrer considera que mientras que es muy común plantear, a propósito de la determinación de los hechos, un paralelismo entre la actividad del juez y la del historiador, hay una analogía mucho menos explorada y que merece la pena tener en cuenta: la que tiene lugar entre la toma de una decisión clínica acerca de la enfermedad que tiene un determinado paciente y la determinación de los hechos en el Derecho. Su análisis es como sigue:

> En primer lugar, vale la pena señalar que la decisión clínica diagnóstica está típicamente referida a un hecho individual e irrepetible: la presencia de una determinada enfermedad en un paciente. Ese hecho individual no es accesible de manera directa para el médico, de forma que éste únicamente puede percibir otros hechos (síntomas, reacciones a estímulos, pruebas diagnósticas, declaraciones del paciente, historial clínico, etc.) a partir de los cuales deberá obtener inferencias respecto de la enfermedad [...]. Y la decisión diagnóstica se debe adoptar también en un contexto de incertidumbre [...]. Esto es, la información disponible para el médico en el momento de adoptar la decisión no es completa ni perfecta. Además, las pruebas diagnósticas no ofrecen (casi) nunca una información concluyente, en el sentido de que raramente permiten identificar con certeza qué enfermedad sufre el paciente. [...]
>
> Creo que puede decirse claramente que el objetivo de la actividad clínica diagnóstica es la averiguación de la verdad acerca del estado de salud del paciente: esto es, que aquello que se declara probado coincida con la realidad del mundo, de modo que la verdad del enunciado probatorio («Está probado que el paciente *p* sufre la enfermedad *e*») coincida con la verdad del enunciado que se declara probado («el paciente *p* sufre la enfermedad *e*»). También en la clínica, como en la decisión jurídica sobre los hechos probados, hay que distinguir entre la corrección de la decisión diagnóstica y la verdad del enunciado que se declara probado. Puede perfectamente ser verdadero el enunciado probatorio y no serlo el enunciado que se declara probado [...]. Esto es debido a que también la valoración de los elementos de juicio disponibles y su plasmación en enunciados probatorios diagnósticos en el ámbito clínico es contextual. Si varía, por adición o sustracción de algún elemento de juicio, el conjunto de elementos disponibles, el resultado de la valoración puede variar también [...]. En cambio, está claro que la enfermedad que realmente sufra el paciente no variará con la variación del conjunto (varía nuestro conocimiento, no la realidad).
>
> Ahora bien, también en la actividad diagnóstica están implicados otros objetivos que concurren con la averiguación de la verdad y, en ocasiones, priman ante él. Así, hay que considerar el objetivo de maximizar la relación coste-beneficio a partir de un presupuesto determinado previamente. Esto lleva, en muchas ocasiones, a no incorporar un elemento de juicio al conjunto, y no se lleva a cabo una prueba diagnóstica de alto coste económico. También juegan un importante

papel consideraciones de tipo ético, como el respeto a la autonomía individual del paciente, etcétera.

La actividad diagnóstica no está regida únicamente por las reglas de la racionalidad, sino que inciden en ella un buen número de reglas jurídicas, deontológicas y protocolos médicos que guían la práctica médica, tanto en la recopilación de información como en la valoración de la información disponible y posterior diagnóstico [...]. De modo que, no sólo estamos ante un contexto de toma de decisiones en situación de incertidumbre, sino también en un contexto en que esa toma de decisiones está, hasta cierto punto, reglada.

Está claro también que la decisión que el médico debe adoptar está condicionada por importantísimas limitaciones temporales y también (contingentemente) de recursos materiales y humanos [...]. Si en el derecho se dice que una decisión tardía no hace justicia, en la clínica el tiempo es aún más relevante: de la celeridad en la adopción de una decisión, además de la corrección de la misma, depende la salud del paciente.

Por otro lado, el paciente, como las partes en el proceso, tiene una importante intervención en la conformación del conjunto de elementos de juicio. Transmite sus sensaciones de bienestar o de malestar al médico, informa de sus antecedentes familiares, etc. Y esa información puede estar viciada, ya sea voluntaria o involuntariamente. [...]

Finalmente, también la decisión clínica diagnóstica puede descomponerse en tres momentos: *a*) conformación de los elementos de juicio (recopilación de información y práctica de pruebas diagnósticas), *b*) valoración individual y conjunta de esos elementos y *c*) adopción de una decisión diagnóstica (que precede a la decisión del tratamiento).

Como puede observarse, los esquemas fundamentales de las decisiones jurídicas sobre los hechos probados y clínicas sobre el diagnóstico coinciden en gran medida. Si esto es así, la analogía entre esas dos actividades debería permitir importar para el derecho algunos de los instrumentos de control racional de las decisiones clínicas (Ferrer 2010: 99-101).

1) Jordi Ferrer aclara en nota a pie de página que «una diferencia fundamental entre la clínica y la prueba jurídica es que en la actividad diagnóstica el conjunto de elementos de juicio a considerar es igual al total de los elementos disponibles, cosa que no sucede en la decisión jurídica» (p. 101, nota 30). ¿Pero no era ésa también la principal diferencia entre la forma de operar del historiador o el detective y el jurista? ¿Y no se trata, en todos los casos, del mismo tipo de razonamiento abductivo (*vid.* III,4,A)?

2) ¿Podría decirse, a propósito de los campos del Derecho y de la medicina, que la legislación es a la epidemiología lo que la determinación (judicial) de los hechos al diagnóstico clínico? ¿Qué tipo de razonamiento es este último? Si se trata de una analogía, ¿es del mismo tipo que cuando se habla del argumento *a pari* o *a simili* (*vid.* III,5)?

5.3,A) UN PROBLEMA DE CALIFICACIÓN: ¿HUBO O NO AMENAZAS?, ¿DE QUÉ TIPO?

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español resolvió en febrero de 2007 (sentencia 149/2007) un recurso de casación en el que se planteaba, entre otras, la cuestión de si unos artículos de prensa publicados por

un preso de la organización terrorista ETA, De Juana Chaos, mientras estaba cumpliendo condena por diversos delitos de terrorismo, constituían o no amenazas, y de qué tipo[16]. La Audiencia Nacional le había condenado como autor de un delito de «amenazas terroristas» (del art. 572.2.3 CP) con la agravante de reincidencia a la pena de 12 años y 7 meses de prisión. El Tribunal Supremo entendió que no había habido «amenazas terroristas», pero sí «amenazas no condicionales causadas a varios grupos de personas» (art. 170.1 CP) en concurso ideal con el de enaltecimiento del terrorismo, y le condenó a tres años de prisión.

Hubo cuatro magistrados discrepantes. Dos de ellos consideraron que lo que había habido era una «amenaza condicional» (lo que suponía una pena un poco superior a la impuesta). Y otros dos defendieron que no había existido amenaza de ningún tipo (ni enaltecimiento del terrorismo).

Sobre los hechos no había ninguna discrepancia. De Juana Chaos había escrito el artículo (en realidad eran dos) en el que hacía referencias ofensivas a diversas personas y que acababa con el siguiente párrafo, en el que se centró el debate:

«Hace años le escuché a un muy apreciado compañero chillar con fuerza 'Sacad vuestras sucias manos de Euskal Herria'. '¡Sí, sacadlas, porque otro camino sólo implica más sufrimientos! O el futuro terminará demostrando, sin duda, que os quedasteis sin ellas!'».

El caso tuvo una gran repercusión pública. De Juana Chaos había cumplido una condena, por 25 asesinatos, de 18 años de prisión, y no había mostrado el menor signo de arrepentimiento o de compasión por sus víctimas. Esa circunstancia explica que los magistrados que defendieron la absolución expresaran en sus votos particulares el repudio que les merecía el comportamiento del acusado, a lo que añadían la necesidad de decidir el caso sin apartarse de «los valores que deben inspirar el sistema de justicia penal propio del Estado de Derecho» (Joaquín Giménez García) o «con rigor técnico-jurídico, mediante una aplicación estricta de los enunciados del Código Penal pertinentes al caso» (Perfecto Andrés Ibáñez).

A) En su fundamento cuarto, la sentencia justifica por qué no habría habido amenazas terroristas (numeral 2), sino amenazas contra una colectividad de personas (numeral 3) y por qué no son condicionales (numeral 5)[17]:

CUARTO [...]

2. En primer lugar hemos de decir que no cabe aplicar aquí este artículo 572.1.3 por el conjunto de estas dos razones:

— Porque, como luego veremos, no hay amenazas a una persona, como exige el artículo 572.1.3, sino a grupos de personas, delito definido en el artícu-

16. También se suscitaba, ligada a la anterior, la cuestión —de la que aquí prescindo— de si se había producido o no un delito de enaltecimiento del terrorismo.

17. En el numeral 4 se exponen las razones de por qué no son individuales.

lo 170 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Incluso el apartado c) de la exposición de motivos de la LO 2/1998 (RCL 1998, 1468), que dio una nueva redacción a este último artículo, nos dice que las amenazas terroristas dirigidas a colectivos se encuadran en este artículo 170.

— Porque falta el elemento más característico de los requeridos en este artículo 572 en relación con el 571[18]. Veámoslo.

Los delitos de los artículos 571 a 574 CP pertenecen a la clase de los llamados delitos especiales que son aquellos que sólo pueden cometerse por las personas que reúnan determinadas características.

En el caso de estos delitos, los sujetos activos han de ser quienes «pertenecen, actúan al servicio o en colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública».

Tres posibilidades de relación con tales bandas u organizaciones se prevén en estos delitos:

— Pertenecer a estas organizaciones.
— Actuar a su servicio.
— Actuar en colaboración con ella.

Respecto de la pertenencia nos remitimos a lo que acabamos de decir en el fundamento de derecho anterior: desde su ingreso en prisión J. I. J. C. se encuentra físicamente imposibilitado de actuar integrado en ETA.

Y con relación a las otras dos, hemos de decir que nada se expresa en la sentencia recurrida sobre ninguna de estas posibilidades de actuación y que, además, no existe prueba alguna de que para la redacción de esos dos artículos periodísticos o para su publicación actuara J. I. J. C. al servicio de ETA o en colaboración con esta banda terrorista (presunción de inocencia). Entendemos que no es suficiente para dicha prueba el que tal publicación se hiciera en *Gara*, conocido como órgano de los grupos políticos *abertzales* del País Vasco, ni tampoco que su autor se sintiera miembro de tal organización armada. Son indicios claramente insuficientes al respecto.

3.A) Hay un delito de amenazas del artículo 170.1[19].

18. «Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas» (art. 571).

«1. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:

1.º En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona.

2.º En la pena de prisión de quince a veinte años si causaran lesiones de las previstas en los artículos 149 y 150 o secuestraran a una persona.

3.º En la pena de prisión de diez a quince años si causaran cualquier otra lesión o detuvieran ilegalmente, amenazaran o coaccionaran a una persona.

2. Si los hechos se realizaran contra las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 551 o contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, se impondrá la pena en su mitad superior» (art. 572).

19. «Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o

Este delito requiere los elementos siguientes:

1.º Amenazar, es decir, atemorizar, intimidar, amedrentar a otros a la vista de algún mal que se le anuncia.

2.º El mal con el que se amenaza ha de constituir un delito. No uno de los delitos que se enumeran en la larga lista del artículo anterior, sino cualquier clase de delito.

3.º La amenaza ha de dirigirse a «los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas». Es decir, el sujeto pasivo ha de ser un colectivo, esto es, miembros integrantes de un determinado grupo, no una persona individual (o varias personas individualizadas).

4.º Las amenazas han de tener la gravedad necesaria para conseguir esa finalidad de atemorizar al grupo de personas de que se trate, esto es, ha de concurrir el requisito de la idoneidad o aptitud para atemorizar. Queremos decir que este delito, como cualquier otro de amenazas, ha de realizarse con seriedad, firmeza y determinación (o concreción del mal).

B) Las amenazas de este artículo 170.1 CP se encuentran en el primero de los dos escritos publicados, el titulado «El escudo», que apareció en *Gara* el 1 de diciembre de 2004, concretamente en su parte final, donde, tras haberse referido párrafos atrás a «jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura, carceleros sin escrúpulos», termina con el siguiente párrafo: «Hace años le escuché a un muy apreciado compañero chillar con fuerza 'Sacad vuestras manos sucias de Euskal Herria'. '¡Sí, sacadlas, porque otro camino sólo implica más sufrimiento! O el futuro terminará demostrando, sin duda, que os quedasteis sin ellas'».

Estas palabras en su primera parte son una reproducción de otras dichas por Jon Idígoras en el Parlamento español con referencia al contenido de un determinado cartel; pero la última parte, en la que podemos leer: «o el futuro terminará demostrando, sin duda que os quedasteis sin ellas (las manos)», que es lo único que se dice en el escrito «El escudo» con un contenido amenazante, se añadió por el procesado personalmente, como dice la sentencia recurrida en su página 31 con referencia a un documento unido al procedimiento en el acto del juicio oral (folio 748 del rollo de la Audiencia Nacional). Lo cual, a nuestro juicio, tiene particular importancia en orden a la intención de amenazar por parte de J. I. J. C., precisamente en esta parte del escrito.

Entendemos que en estas palabras, las antes reproducidas que aparecen entrecomilladas al final del artículo «El escudo» (sentencia recurrida p. 10), se reúnen todos los requisitos que acabamos de enumerar en el apartado anterior —apartado A)—:

a) En cuanto a los requisitos 1.º y 2.º, es claro que hay unas amenazas de males graves constitutivos de delito expresados con la metáfora de quedarse sin manos.

b) Por el contexto del escrito, consideramos que esa frase amenazante va dirigida a esos colectivos expresados párrafos antes (p. 8 de la sentencia recurrida) cuando dice: «jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura, carceleros sin escrúpulos...», con lo cual se cumple el 3.º de tales requisitos.

c) Y en cuanto al 4.º, entendemos que por su propio contenido y contundencia, realmente estremecedora, nos encontramos ante unos términos que hay que calificar de amenaza grave e idónea para atemorizar a esos colectivos, en la parte

profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán, respectivamente, las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior» (art. 170.1).

que tiene relación con el País Vasco o con los órganos penales de la Audiencia Nacional o con las prisiones donde se hallan o se han hallado reclusos los presos por su participación o colaboración con ETA. Por otro lado, hay que tener en cuenta que estos delitos de amenazas no requieren para su consumación que se produzca realmente el temor en los sujetos pasivos. Basta su llegada al conocimiento de los destinatarios. No son delitos de resultado, sino de mera actividad y de peligro (STS de 19 de septiembre 1994 [RJ 1994, 6998], las que en ésta se citan, y las 1391/2000 de 14 de septiembre [RJ 2000, 7942] y 662/2002 de 18 de abril [RJ 2002, 5562]). [...]

5. Visto cómo sólo existe delito de amenazas del artículo 170.1, dado que este artículo ordena imponer las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior, y este artículo anterior (169) distingue entre amenazas condicionales y no condicionales para determinar las sanciones correspondientes, veamos ahora de qué clase son las recogidas en esa expresión de la parte final del escrito «El escudo».

Entendemos que en la expresión amenazante que hemos transcrito antes hay un acto intimidatorio cuando se dice que iban a quedarse sin manos si no las sacaban de Euskal Herria.

La amenaza se somete a una condición, la de que las instituciones del Estado Español se marchen del País Vasco dejando todos sus poderes y entidades públicas en manos de un Estado vasco independiente. Pretensión permanente de ETA, constantemente reivindicada como finalidad de su actividad terrorista, que es irrealizable, no encontrándose en manos de nadie acceder a la misma, tampoco en manos de ninguno de esos colectivos amenazados: jueces, políticos o funcionarios de prisiones. Se trata, pues, de una condición imposible de cumplir ni por tales grupos amenazados ni por nadie, repetimos. Por ello habrá de reputarse inexistente a los efectos de la determinación del tipo de delito de amenazas del artículo 169 que ha de servir para concretar la pena del delito definido en el 170. Así pues, nos encontramos ante unas amenazas no condicionales del artículo 169.2[20].

B) La razón esgrimida en el voto del magistrado Julián Sánchez Melgar, al que se adhiere José Manuel Maza Martín, para sostener que sí es una amenaza condicional, es la siguiente:

[...] Y, desde mi punto de vista, y aquí radica el contenido de mi discrepancia con el fallo mayoritario de la Sala, se trata de una amenaza condicional. La condición es, pues, evidente: sacad vuestras sucias manos de Euskal Herria, o bien os quedareis sin ellas... Es decir, terminad con vuestra represión, o ateneos a dichas consecuencias (literalmente: «¡O el futuro terminará demostrando, sin duda, que os quedasteis sin ellas!»).

20. «El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:

Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años. [...]

Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional» (art. 169 CP).

La condición con que se anuda una amenaza no puede tomarse al estilo civilista (... la condición imposible se tiene por no puesta...), sino en sentido material atemorizante, y aun cuando no pueda fácilmente llevarse a efecto dicha condición, ésta se encuentra igualmente inserta en el texto de la amenaza, lo único que varía es la pena. Por lo demás, tampoco puede decirse que sea una condición imposible: es precisamente el objetivo declarado por la banda terrorista ETA durante todos estos años. En otras palabras: la dificultad e incluso imposibilidad momentánea del cumplimiento de lo exigido por el que amenaza, no convierte a la amenaza en no condicional, como no ocurriría en el caso de que los padres o familia de un secuestrado no pudieran satisfacer, por el momento, las exigencias pedidas por los secuestradores, bajo amenazas de muerte. Se condiciona la «liberación» de Euskal Herria bajo la amenaza de «perder las manos» (en el sentido de perder la vida o causar lesiones). La condición, sin duda, existe: el delito de amenazas es condicional.

C) El magistrado discrepante Joaquín Giménez justificó así su tesis de que no había habido amenazas:

El delito de amenazas, según reiterada doctrina de esta Sala, exige el anuncio de un mal injusto, serio, firme, creíble y perseverante, que, de alguna manera debe ser dependiente de la voluntad del amenazante, bien directamente o a través de tercera persona, debiendo valorarse todos estos elementos a la luz de las circunstancias concurrentes de todo tipo, a fin de verificar si la conducta tiene entidad suficiente para merecer el reproche penal.

Creo que en la frase estimada como amenazante, no concurren ninguna de las notas que dan lugar a delito de amenazas. Todo el escrito responde al iluminismo grandilocuente típico de quien está situado fuera de la comunidad de ciudadanos que aceptan los valores del Estado de Derecho.

El artículo rezuma el típico maniqueísmo del discurso terrorista. Se tiene el escudo de la razón —de ahí el título del artículo—, por eso se alaba el fracaso de la resocialización: «afortunadamente, de resocialización no da signos, ni J. I. J. C. ni la inmensa mayoría de los 700 presos y presas, ni una gran parte de la sociedad vasca».

El artículo está destinado al fortalecimiento de los encarcelados: «nada es insuperable, ni en lo personal ni en lo político, salvo la interiorización del fracaso», y acaba con la frase «sacad vuestras sucias manos».

¿Quién tiene que sacar esas manos?

La sentencia de la mayoría la refiere a los jueces prevaricadores, políticos corruptos, etc., y ello lo relaciona con la amenaza a su integridad personal.

Creo que, según el sentido del propio artículo, también va dirigido a (textualmente): «Quien promulga Leyes de excepción, quien crea o mantiene tribunales especiales, quien ampara la tortura, persigue y reprime los derechos de asociación y expresión y quien todo lo hace para silenciar a una nación y negarle el derecho de autodeterminación».

Es decir, todos los que no son ETA, son los enemigos de ETA, y todos esos serán los derrotados.

Se trata, en definitiva, del uso de litúrgicos recursos lingüísticos repetidos hasta la saciedad en proclamas de la banda. De existir, serían amenazas *urbi et orbe*.

En este contexto, sinceramente, no encuentro ni la concisión, seriedad y concreción exigibles para el delito de amenazas a colectivos genéricamente determinados, ni que esa amenaza consista en que se quedarán sin manos físicamente.

La expresión del artículo «o el futuro terminará demostrando, sin duda, que os quedasteis sin ellas (las manos)», es un lenguaje figurado porque al final —se-

gún el recurrente— la historia acreditará que los postulados de ETA triunfarán y fracasarán los que se oponen a ello. Creo que ésa es la verdadera significación de la frase. No es casualidad que esa reflexión sirva de cierre al artículo.

D) Y, finalmente, las razones de Perfecto Andrés Ibáñez fueron éstas:

Como es sabido, la sentencia impugnada absolvió a J. I. J. C. del delito de integración en organización terrorista y le condenó como autor de un delito de amenazas terroristas. De esta resolución llaman la atención cuatro aspectos:

1.º Que en los hechos probados no se individualizan los enunciados constitutivos de delito, con la precisión requerida para identificar el supuesto de hecho subsumible en un tipo penal. Simplemente recogen en su integridad los textos de referencia.

2.º Que la prolijidad e imprecisión del razonamiento del tribunal hace patente la dificultad —imposibilidad, a mi entender— de caracterizar esas conductas como integrantes del delito de amenazas.

3.º Que, más en concreto, así lo acredita la circunstancia de que la Sala no consiga especificar el «mal» (del art. 169 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]) con el que el autor habría conminado a sus víctimas.

4.º Que esta última circunstancia, que tendría que haber llevado a valorar la conducta como atípica, por falta de un elemento estructural de la correspondiente infracción, se resuelve de manera impropia acudiendo a la vaga e inaprensible categoría de la amenaza «velada»; de más que problemática compatibilidad con la previsión legal.

La mayoría de esta Sala Segunda estima que, con todo, en los hechos probados se dan los presupuestos fácticos de un delito de amenazas dirigidas contra una colectividad de personas (art. 170.1 CP). Concretamente, en el panfleto titulado «El escudo», cuando dice: «Sacad vuestras sucias manos de Euskal Herria. Sí, sacadlas, porque otro camino sólo implica más sufrimiento. O el futuro terminará demostrando, sin duda, que os quedasteis sin ellas».

Y entiende que se trata de amenazas no terroristas, debido a que su autor no tenía, en el momento de la redacción de los escritos, la condición de integrante o colaborador de banda armada *ex* artículo 572 CP, conforme al que se le impuso la condena.

Pues bien, esta última apreciación es jurídicamente correcta, pero tiene una implicación que ha sido desatendida. Y es que si J. I. J. C. actuó sin esa calidad, falla una premisa de partida, esencial en el discurso motivador de la decisión de la que discrepo. En efecto, pues la expresión se tiene como gravemente amenazadora, debido a la presupuesta implicación relevante de aquél en ETA. Que es lo que objetivamente conferiría a sus invectivas la condición de fuente real de riesgo para los afectados por ellas. Pero ésta es una circunstancia que ahora, por coherencia con el propio criterio de la Sala, ya no debería operar.

Este tribunal, como es tópico en la materia, ha cifrado la existencia del delito de amenazas en el anuncio de un mal injusto, suficientemente determinado, cuya realización dependa exclusivamente de la voluntad del sujeto activo. Y en la sentencia 1080/1999, de 2 de julio (RJ 1999, 5341) (ponente Prego de Oliver), relativa a un hecho del año 1996 (momento de intensa actividad terrorista), no atribuyó ese carácter al «aviso» dirigido directamente, desde la calle, con un medio de megafonía a los funcionarios del centro penitenciario de Basauri (Vizcaya) por un exponente de la hoy ilegal Batasuna, en el sentido de que de continuar «por ese camino [...] el sufrimiento ser[ía] para todos [...] iría aumentando en nuestro pueblo...». Resolviendo así por considerar que esas pa-

labras no representaban «el anuncio de un mal de ejecución dependiente de la voluntad del sujeto», por la ausencia de «datos objetivos que permitan inferir la creencia fundada de ese efectivo control del sujeto sobre la realización del mal, ordenándolo o instigándolo».

Pues bien, el texto incriminado, es una cita, por tanto, no nueva en la flamígera retórica política del nacionalismo vasco radical. Y aunque el perfil de su creador (al parecer, Jon Idígoras) y el del propio J. I. J. C. aporten una connotación violenta se trata sólo de esto. Porque la indeterminación del destinatario impide prácticamente identificar un sujeto pasivo; la acción denotada es intemporal y permanece en el terreno de la metáfora, por más que ésta sea burda y no particularmente imaginativa; y lo mismo las manos sobre las que pesaría la amenaza de amputación: las puramente simbólicas de una multitud indeterminada de sujetos institucionales. Demasiadas inconcreciones para que pueda operar sobre ellas el *ius puniendi*, en los términos de taxatividad y rigor que reclama el principio de legalidad penal del Estado constitucional de derecho.

1) ¿Podría decirse que éste es un caso puro de calificación, en cuanto las discrepancias no radican en cómo interpretar una norma (o en si ha sucedido tal o cual hecho), sino, si acaso, en cómo interpretar *ciertos hechos* en relación con una (o con varias) norma(s)? ¿O podría, a pesar de ello, plantearse como un problema de interpretación?

2) ¿Sería aceptable afirmar que los esquemas de argumentación respectivos, según se trate de un problema de calificación, o bien de interpretación, son los dos siguientes?:

I. — Si en un conjunto de hechos *H*1... *H*n se dan las propiedades *X*, *Y*, *Z*, entonces ese conjunto de hechos debe calificarse como *C*.

— En el conjunto de hechos *H*1... *H*n se dan las propiedades *X*, *Y*, *Z*.

— Por lo tanto, el conjunto de hechos *H*1... *H*n debe calificarse como *C*.

II. — El término *T* de la norma *N* puede significar *T*1 o *T*2.

— *R* es una razón no derrotada por ninguna otra a favor de *T*1 (o de *T*2).

— Por lo tanto, el término *T* de la norma *N* significa *T*1 (o *T*2).

3) ¿Resulta extraño que un mismo hecho (o conjunto de hechos) sea calificado de cuatro maneras distintas por jueces profesionales, o sea, personas que (a diferencia, por ejemplo, de los abogados) deben asumir una actitud de independencia e imparcialidad: amenazas terroristas, amenazas a una colectividad no condicionales; amenazas condicionales; ausencia de amenazas? ¿Cabe simplemente *explicar* las discrepancias (acudiendo al contexto de descubrimiento) o se podría discutir también fundadamente acerca de cuál de los cuatro juicios de calificación, de las justificaciones presentadas, es el correcto? ¿Cuál sería y por qué?

4) ¿Hay algún «error argumentativo» en las diversas tesis presentadas? ¿Cuál(es) sería(n)?

5) Analice el argumento usado por el último magistrado: «Si De Juana Chaos actuó sin esa calidad, falla una premisa... ya no debería operar». ¿Cuál es su estructura? ¿Es un argumento sólido? ¿Por qué?

5.3,B) CONCEPTOS JURÍDICOS Y PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN

En un breve trabajo de 1966 (sin duda, uno de los primeros de la iusfilosofía analítica en lengua castellana), José Hierro Sánchez-Pescador trata de mostrar en qué sentido se asemejan, según varios exponentes de la filosofía analítica inglesa, la argumentación filosófica y la jurídica. La idea fundamental es que en ambos casos se trata no de una argumentación deductiva o inductiva en la que se pretende probar o refutar una tesis en un sentido estricto, sino de una manera de proceder caso por caso que recuerda más (Hierro cita aquí un trabajo de John Wisdom de 1951: «Gods») «a las patas de una mesa que a los eslabones de una cadena» (p. 191). Hierro, como se verá, parece estar pensando, fundamentalmente, en los problemas de calificación:

> Sucede a menudo en los tribunales que los hechos se hallan determinados, todas las personas implicadas en el caso están de acuerdo acerca de ellos, y el problema ulterior consiste en calificar esos hechos, en darles un nombre, en situarlos en una categoría. De acuerdo en que el acusado hizo esto y lo otro: ¿Es esto imprudencia temeraria o no? Tal institución, con estas y aquellas características perfectamente conocidas, ¿es una empresa mercantil, es una institución caritativa, es una entidad pública? Tal documento, ¿puede considerarse público? La solución a este tipo de casos, a juicio de Wisdom [...] no se funda en una demostración, literalmente hablando; no es un proceso en cadena, no se procede por eslabones o premisas hasta llegar a la conclusión. Lo que se hace es presentar, subrayar, llamar la atención sobre todos aquellos rasgos del hecho que abonan o justifican la aplicación al mismo de cierto nombre, su inclusión en cierta categoría. La conclusión deriva su fuerza de todas las razones simultáneamente, de su acción conjunta, de su colaboración actual [...] no hay ningún principio o premisa primera de la que se descienda a la conclusión, sino que siendo la conclusión la consecuencia de un efecto cumulativo de varias razones, éstas se encuentran todas al mismo nivel, y no hay ningún orden de prelación lógica entre ellas. Por otra parte, ninguna de estas razones es por sí suficiente para fundamentar la conclusión, sino que ha de actuar en unión con las otras. La decisión judicial en este tipo de cuestiones aparece entonces como el resultado de escoger entre los diferentes grupos de características que se pueden invocar como razones en pro de cada una de las soluciones posibles. Hay que sopesar el efecto cumulativo de cada una de las razones. [...] El proceso de la decisión judicial en estos casos no es reductible ni a la deducción ni a la inducción. La solución consiste en bautizar el hecho con un nombre, en adscribir el hecho a una categoría. [...] [U]na vez que esto [la determinación empírica de los hechos] ha sido realizado, el proceso argumentativo no consiste en realizar ninguna otra averiguación empírica, sino en comparar el caso que nos ocupa con otros. Hay que evitar el error de considerar que este último proceso es una discusión sobre cuestiones de hecho; pero llamarlo una cuestión de palabras puede conducir a errores semejantes.
>
> Así pues, la argumentación jurídica procede, caso por caso, de lo particular a lo particular, analógicamente. Como la mesa se sostiene por el soporte que recibe de todas sus patas, así la conclusión se mantiene por el apoyo que le prestan todas las razones invocadas *ad hoc*. Este tipo de razonamiento es denominado por Stone *paraducción* (*paraduction*), y según él se encuentra en la raíz de la inducción y de la deducción, y constituye el argumento *último* en Física, Matemáticas y Filosofía. [...]

Hart[21] ha puesto de manifiesto, además, una importante característica de los conceptos jurídicos, a saber, que éstos no están usualmente definidos por una serie de condiciones necesarias y suficientes, cuya presencia en un caso concreto fuera el fundamento para subsumir al caso en dicho concepto. No se trata simplemente de la vaguedad de contornos que el sistema del precedente otorga a las instituciones jurídicas inglesas. Es algo que no está ligado a esta peculiaridad del sistema anglosajón. En efecto, la calificación jurídica de un hecho depende las más de las veces de la presencia de ciertas condiciones que modifican o excluyen la calificación que a primera vista procedería. Hart ilustra su doctrina con el ejemplo de los contratos. Las condiciones para la existencia de un contrato no se dan positivamente, sino más bien negativamente; es decir, se dan esas condiciones cuando *no* están presentes aquellas circunstancias que se pueden invocar en contra. Por ejemplo, hay consentimiento de las partes cuando no se puede probar ninguna circunstancia en contra, a saber, fuerza, ignorancia, engaño, demencia... La existencia del contrato sólo puede probarse negativamente cuando no puede probarse la existencia de aquellas circunstancias que lo hacen ya nulo, ya anulable. El concepto de contrato es un concepto *excluible* (*defeasible*). A juicio de Hart, todos los conceptos jurídicos lo son. Por eso, la definición positiva de los conceptos por medio de un conjunto de condiciones necesarias y suficientes no hace sino ocultar el verdadero carácter de estos conceptos (Hierro 1966: 191-193 195-196).

1) Lo que Hierro traduce aquí por «excluible» es lo que hoy suele denominarse «derrotable». ¿Hay alguna relación entre ese carácter *derrotable* de (o de muchos de) los conceptos jurídicos y el tipo de razonamiento analógico o caso por caso descrito anteriormente?

2) ¿Existe algún parentesco entre lo que en el texto (siguiendo a Julius Stone) se denomina *paraducción* y el argumento *abductivo* (*vid.* III,4,A)?

3) ¿Ayuda el texto anterior a entender lo que son los problemas de calificación jurídica y a distinguirlos de los de interpretación?

5.4,A) APLICABILIDAD Y CONFLICTOS DE LEYES

Un ejemplo típico de problema de aplicabilidad son los conflictos de leyes que tradicionalmente se ha considerado constituyen el centro del Derecho internacional privado. De lo que se trata en este tipo de problema es de determinar cuál es la ley aplicable a un determinado supuesto de hecho, lo que va ligado también a la determinación de la competencia de los tribunales; hace algún tiempo se criticaba, precisamente, la «obsesión» conflictualista de los cultivadores de esta materia, porque ello supondría perder de vista la vinculación entre el *ius* y el *forum*. En todo caso, como los sistemas jurídicos (estatales) contemporáneos no suelen ser «simples» o «unitarios» (en la terminología de Julio González Campos, el mayor cultivador de esta disciplina en España en las últimas décadas del siglo XX), sino «complejos» o «pluralistas», esto es, contienen diversos sistemas de fuentes, los problemas de conflicto de leyes no son exclusivamente pro-

21. La referencia es al trabajo de Hart, «The Ascription of Responsibility and Rights» (Hart 1951).

blemas «internacionales», en el sentido de que puede faltar del todo cualquier elemento de extranjería.

Pues bien, la argumentación a propósito de este tipo de cuestiones tiene ciertas especificidades que caerían dentro de lo que hemos llamado la dimensión material de la argumentación y que se vinculan, por tanto, con el manejo metodológico de figuras como la norma de conflicto, el reenvío, el fraude de ley, la cláusula de orden público, etc. El fragmento que sigue pertenece a una sentencia del Tribunal Supremo español en el que se plantea un problema de reenvío. Los hechos del caso, en esencia, son los siguientes. Un ciudadano británico, JP, residente en España durante muchos años, fallece en España, en 1992, habiendo dejado un testamento notarial (otorgado en 1977) en el que legaba a su esposa, F, todos los bienes que poseía en territorio español. Había contraído matrimonio en 1968, pero desde 1985 convivía con otra mujer, E, con la cual había tenido una hija, V, a la que había reconocido. Como representante legal de su hija menor, E interpone demanda contra F, solicitando que se declare a V legitimaria de la herencia de su padre, JP, y que se reduzca la institución de heredero en la parte que perjudica a la legítima de la menor, V. El Juzgado de primera instancia, en primer lugar, y la Audiencia, luego, aceptaron ambas peticiones. La esposa, E, recurre en casación ante el Tribunal Supremo, alegando varios motivos y el Tribunal falla denegando el recurso. Se transcribe sólo el segundo de los fundamentos de Derecho, en el que se discute el problema de la normativa aplicable al caso:

SEGUNDO. El motivo primero, al amparo del artículo 1692.4 LECiv, acusa infracción de los arts. 9.1 y 8 y 12.2, del Título Preliminar del Código Civil, por cuanto se ha aplicado indebidamente el derecho español a la sucesión de un nacional inglés, dando lugar a la reducción de la institución de heredero en la parte que perjudica la legítima de la menor Victoria, hija del causante de aquella nacionalidad.

La fundamentación de este motivo consiste en esencia en sostener la procedencia de que la sucesión se rija por la ley nacional del causante, en este caso la inglesa, que otorga al mismo la libertad para dejar sus bienes a quien estime, no estando vinculado por legítimas ni instituciones análogas, restrictivas de la libertad de disposición *mortis causa*. Dice la recurrente que la norma de conflicto aplicable (el art. 9.8 CC) responde al principio de unidad y personalidad de la sucesión, incompatible con la remisión del derecho inglés en cuanto a los inmuebles a la del lugar en donde estén sitos, y opera como filtro al reenvío de retorno (art. 12.2 CC), en cuanto *ius specialis*, citando y resaltando la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, en un supuesto en que la norma de conflicto reenviaba al lugar de la situación de los inmuebles. Entendía la recurrente también que debía respetarse la voluntad del testador de legar a su esposa los bienes inmuebles existentes en España, manifestando en el testamento que «la disposición es posible con arreglo a su ley personal», y ello obligaba a no aceptar el reenvío al derecho español.

El motivo se desestima, pues la aplicación de la ley española, a la que reenvía el derecho inglés, que es la ley personal del causante, respecto de los inmuebles sitos en España, no es contraria a los principios de unidad y universalidad de la sucesión, que es a lo que obedece la regla del artículo 9.1 CC. En efecto, la sentencia recurrida da como probado que los únicos bienes del causante son los inmuebles sitos en España de los cuales dispuso testamentariamente, por lo

que en modo alguno se produce una fragmentación de la regulación de la herencia, en cuyo caso, la norma general (no específica para la sucesión *mortis causa*) del artículo 12.2 CC. Impondría la no aceptación del reenvío de la ley inglesa por contraria a aquellos principios. Éste es el criterio de esta Sala, y a él responden las declaraciones contenidas en su sentencia de 15 de noviembre de 1996, que no aceptó el reenvío que la ley nacional del causante hacía a la ley española en cuanto a los inmuebles por estar sitos en España, lo mismo que las contenidas en su sentencia de 21 de marzo de 1999. Por tanto, si como en este litigio ocurre, la herencia del causante se compone únicamente de bienes inmuebles sitos en España, no hay ningún inconveniente en la aceptación del reenvío de la ley inglesa, pues será la española la única que regula toda sucesión del causante (sentencia 849/2002, de 23 de septiembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo [ponente: A. Gullón Ballesteros]).

1) Si trata de esquematizar las dos argumentaciones anteriores, la de la recurrente y la del Tribunal, probablemente se encuentre con que no es fácil hacerlo. ¿Por qué? ¿Tal vez porque, a diferencia de lo que suele ocurrir con las resoluciones judiciales españolas (y latinoamericanas), el anterior fundamento de Derecho resulta excesivamente «comprimido»? ¿Convendría añadirle alguna premisa implícita, necesaria para facilitar su comprensión? ¿Quizás también alterar el orden de la argumentación? ¿Qué le parece la siguiente propuesta de reescritura del fundamento?

El primer motivo de casación, al amparo del artículo 1692.4 LECiv, se refiere a la infracción de los artículos 9.1 y 8 y 12.2, del Título Preliminar del Código Civil. La parte recurrente aduce que la sentencia de la Audiencia ha aplicado en este caso, de manera errónea, a la sucesión de un nacional inglés, la ley española. Como consecuencia de esa aplicación, se ha declarado a la menor Victoria, hija del causante, como legitimaria, y aceptado la reducción de la institución de heredero, en la parte que perjudicaba la legítima de la menor.

Las razones de la parte recurrente para considerar que en este caso no debería haberse aplicado la ley española son las dos siguiente. La primera, y fundamental, es que la sucesión, de acuerdo con el artículo 9.8 CC, se rige «por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento», ley que, en este caso, es la inglesa. Es cierto que el Derecho inglés, al establecer que las normas aplicables a los bienes inmuebles son las del lugar donde éstos estén sitos, parece remitir a su vez a la legislación española. Pero el artículo 9.8 del CC español responde al principio de unidad y personalidad de la sucesión, de manera que aplicar en este caso las normas españolas supondría ir en contra de ese principio; el artículo 12.2 CC admite el reenvío de retorno (a la ley española), pero el art. 9.8 es *ius specialis* en relación con el anterior y, por tanto, debe prevalecer. Hay además un precedente de esta misma Sala (de 15 de noviembre de 1996), en un supuesto en el que la norma de conflicto reenviaba a la del lugar de la situación de los inmuebles, en el que no se aceptó ese reenvío de retorno a la ley española. De manera que, según la parte recurrente, lo que habría que aplicar, en definitiva, a este caso es el Derecho inglés, que otorga al causante libertad para dejar sus bienes a quien estime conveniente, sin estar vinculado por legítimas o instituciones semejantes que limitan la libertad de disposición *mortis causa*. La segunda razón, para no aceptar el reenvío al Derecho español, es el respeto a la voluntad del testador, el cual legó a su esposa los bienes inmuebles existentes en España, manifestando

en el testamento que esa disposición de los bienes era posible con arreglo a su ley personal (con arreglo al Derecho inglés).

Este Tribunal desestima el motivo de casación, puesto que la aplicación de la ley española, a la que reenvía el Derecho inglés (que es la ley personal del causante), respecto a los inmuebles sitos en España, no es contraria a los principios de unidad y universalidad de la sucesión que sirven de fundamento a la regla del artículo 9.8 CC. En efecto, la norma general (no específica para la sucesión *mortis causa*) del artículo 12.2 impone la no aceptación del reenvío que la ley inglesa hace al Derecho español *sólo* cuando ello tenga como consecuencia que se iría contra esos principios. Ése es el criterio de esta Sala y al que responden tanto la sentencia de 15 de noviembre de 1996 como la de 21 de marzo de 1999: en aquellos casos no se aceptó el reenvío de retorno al Derecho español, porque eso suponía que la sucesión relativa a los bienes inmuebles se sometía a una ley (la española), y la relativa a los bienes muebles a otra. Pero en este caso, la sentencia recurrida, la de la Audiencia, da como probado que los únicos bienes del causante son los inmuebles sitos en España, de los cuales dispuso testamentariamente. De manera que aplicar en este caso el Derecho español no produce en modo alguno la fragmentación de la herencia: la herencia del causante se compone únicamente de bienes inmuebles sitos en España y, por tanto, la decisión de la Audiencia supone que la ley española será la única que regule toda la sucesión del causante.

1) ¿Es ahora más fácil de entender la argumentación y de reconocer los pasos argumentativos? Si lo es, ¿por qué?

2) Supongamos que un factor que tuvo un peso considerable en la deliberación del tribunal para admitir el reenvío a la ley española fue que, de esa manera, se favorecía a una menor, dado que el Derecho inglés no admite la institución de la legítima. ¿Hizo bien el tribunal en silenciar ese argumento, puesto que, al fin y al cabo, eso habría supuesto introducir razones de «justicia», no estrictamente jurídicas, lo que habría debilitado su fundamentación?

5.5,A) VICIOS DE VALIDEZ

En un libro emblemáticamente titulado *Distinguiendo* (Guastini 1999), Riccardo Guastini analiza, entre muchos otros, el concepto de validez (e invalidez). Su análisis (que es una verdadera disección) se refiere específicamente a la validez de las normas de rango legislativo, pero no es difícil extenderlo a la validez en general: de normas de rango inferior a la ley, de sentencias, de contratos, de testamentos, de actos administrativos... En todos los supuestos, el concepto de validez tiene un carácter relacional, pues designa la conformidad de una norma, una sentencia, etc., con las normas que regulan su producción. Guastini considera que hay cinco tipos de normas sobre la producción jurídica: 1) las que confieren una competencia normativa (atribuyen a un determinado sujeto un poder normativo); 2) las que regulan el ejercicio de una competencia (estableciendo un procedimiento para ese ejercicio); 3) las que circunscriben el objeto de una competencia normativa (la materia sobre la que se puede ejercer la competencia); 4) las que reservan una competencia normativa

(por ejemplo, señalando que cierta materia sólo se puede regular por ley, o por tal tipo de ley); 5) las que limitan el posible contenido normativo de una competencia (prohibiendo emitir normas con cierto contenido o incluso imponiendo normas con un contenido concreto). A partir de aquí surgen cinco tipos de vicios que pueden determinar la invalidez de una norma (o de un acto). Guastini, como se ha dicho, se refiere a las leyes y, por ello, habla de causas o razones de inconstitucionalidad:

3. CINCO TIPOS DE VICIOS DE LA LEY

3.1. *Incompetencia formal (o absoluta o subjetiva)*

La violación de una norma que confiere una competencia normativa da lugar a un vicio extremo, que podemos convenir en llamar «incompetencia formal» (o «absoluta», o «subjetiva»): un defecto de tal radicalidad que hace que una fuente[22] creada por un sujeto privado de cualquier competencia normativa para producir *ese tipo* específico de fuente se considere no sólo inválida (ilegítima), sino incluso «inexistente»[23].

Por ejemplo, una pretendida «ley» (estatal) que *no* haya sido aprobada por las Cámaras no existe en absoluto en cuanto ley, en el sentido de que no puede ni siquiera ser reconocida como «ley». [...]

Ahora bien, naturalmente es difícil que un vicio de incompetencia formal se presente en la práctica: al menos, por lo que respecta a las leyes (en particular, las leyes estatales) [...]

3.2. *Violaciones de normas procedimentales*

La inobservancia de una norma que regula el ejercicio de una competencia normativa da lugar a un tipo de vicio que se suele llamar «vicio de forma». En éste, como en otros contextos, el vocablo «forma» condensa en sí mismo un doble significado: por un lado, significa procedimiento; por otro, denota todo aquello que resta si se hace abstracción del contenido.

Se dice, pues, que una ley está afectada por un vicio de forma cuando su inconstitucionalidad depende no ya de su contenido prescriptivo (es más, es totalmente independiente de éste), sino del hecho de que ésta no ha sido producida según el procedimiento previsto por las normas constitucionales que regulan la creación de la ley.

Por ejemplo, está formalmente viciada (de modo absolutamente independiente de su objeto y de su contenido normativo) una ley que haya sido aproba-

22. Guastini distingue entre «fuentes de normas» (documentos normativos, como leyes y reglamentos), «disposiciones» (enunciados, artículos) y «normas» (lo expresado por las disposiciones): «los diversos tipos de vicios [...] no afectan siempre a las normas, y sólo a ellas: a veces afectan (también) a las disposiciones de las cuales una determinada norma constituye el significado; otras afectan a una fuente en su totalidad, esto es, al documento normativo completo (independientemente de la identificación de las normas que éste expresa)» (p. 337).

23. Una norma, una disposición o una fuente, afectada por uno o más vicios de invalidez es «inválida», mientras que la «inexistencia» vendría a ser una especie de invalidez radical: «Una norma inválida puede, a pesar de su invalidez, pertenecer al ordenamiento (y seguir perteneciendo hasta que no sea expulsada por el órgano competente). Una norma 'inexistente', en cambio, es una norma que no pertenece en absoluto al ordenamiento» (p. 322).

da mediante procedimientos distintos de aquellos prescritos por las numerosas normas expresadas por el artículo 72 Const. it.[24]. [...]

Sea como fuere, en general parece que puede decirse lo siguiente: regularmente, la violación de *una única* norma procedimental implica invalidez (y no inexistencia), mientras que la (improbable) violación de *todas* las normas procedimentales produce la inexistencia de la fuente de que se trate. [...]

3.3. *Incompetencia material (o relativa u objetiva)*

La violación de una norma que limita o delimita el objeto de una competencia normativa da lugar a un vicio que podemos llamar «incompetencia material» (o «relativa» u «objetiva») y que hace referencia a aquello que es regulado, y no a *cómo* se produce la regulación de ese objeto.

Diremos, pues, que una ley es inconstitucional por un vicio de incompetencia material siempre que regule una materia que la constitución o una ley constitucional sustrae de su competencia, reservándola a la competencia de una fuente distinta.

Por ejemplo: está afectada de un vicio de incompetencia material una ley regional que regula una materia reservada por la constitución a la ley estatal. [...]

3.4. *Incompetencia material negativa*

La violación, por parte de la propia ley, de una norma que le reserva la regulación de una determinada materia provoca, en ella, un vicio que podemos denominar «incompetencia material negativa».

Se recordará que una reserva de ley puede ser violada no sólo por una fuente distinta de la ley (especialmente un reglamento del Ejecutivo) que pretenda regular la materia reservada a aquélla, sino también *por la ley misma*. Esto sucede cada vez que la ley regula de forma incompleta la materia que le está reservada, *delegando* expresamente la regulación ulterior de la materia a una fuente distinta y subordinada, o en todo caso *reenviando* a una fuente distinta y subordinada. [...]

3.5. *Violación de normas «sustantivas»*

Finalmente, la violación de una norma constitucional «sustantiva» que limita el contenido normativo de las leyes futuras —en particular, prohibiendo a la ley asumir un contenido lesivo para los derechos fundamentales— da lugar a un vicio que se suele denominar «vicio sustantivo» o «material» y que no hace referencia a *aquello* que se regula, sino al *modo como* un determinado objeto es regulado.

Como se ha visto, la constitución dirige prohibiciones al legislador, generalmente, de forma indirecta: no ya prohibiendo expresamente al legislador la adopción de una cierta norma, sino formulando normas de conducta dirigidas a los ciudadanos (principalmente normas que les confieren derechos de libertad). Así, el legislador viola una prohibición constitucional cada vez que dicta una norma (de conducta) en conflicto con una norma constitucional: por ejemplo, calificando como prohibido un comportamiento que la constitución califica como permitido (Guastini 1999: 331-337).

24. Artículo 72.1 de la Constitución italiana: «Todo proyecto de ley presentado a una de las Cámaras será examinado, de conformidad con lo dispuesto por su Reglamento, por una Comisión y luego por la Cámara en pleno, que lo aprobará artículo por artículo y en una votación final».

1) ¿Cabría utilizar la clasificación de Guastini de vicios de validez para enriquecer la tipología de cuestiones de validez? ¿O bastaría con subdistinguir entre cuestiones de invalidez formal (en el sentido amplio de «forma» que él mismo señala: lo que queda cuando se hace abstracción del contenido) y de invalidez material (o substantiva o de contenido)?

2) ¿Se corresponde la tipología de vicios de invalidez de Guastini con la que cabe extraer a partir del concepto (la forma canónica) de «norma constitutiva» introducido en VI,5.5?

3) ¿Cómo cabría clasificar los diversos tipos de cuestiones de validez planteadas en los casos incluidos en VI,3,A? ¿Son todas ellas cuestiones de validez? ¿Tienen realmente las cuestiones de invalidez «independencia» en relación con las de interpretación? ¿Por qué?

5.5,B) UN PROBLEMA DE VALIDEZ: LA ELECCIÓN PRESIDENCIAL MEXICANA DE 2006

Las elecciones presidenciales mexicanas de 2006 dieron lugar a una controvertida decisión de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que rechazó los diversos motivos de impugnación planteados por la «Coalición por el Bien de Todos» y declaró, en consecuencia, presidente electo (por una diferencia de sólo 1,04 % de votos) a Felipe Calderón, que había sido el candidato del partido conservador, el PAN. La trascendencia de la decisión, y el hecho de que el proceso de elección hubiese ido acompañado de diversas irregularidades, explica que la resolución del Tribunal Electoral fuera objeto de diversos comentarios, no pocos de entre ellos, de carácter muy crítico. Por lo demás, como el lector recordará, el candidato derrotado, Andrés Manuel López Obrador, no aceptó el resultado y emprendió un movimiento de protesta que tuvo una considerable incidencia en la vida política del país.

En su trabajo «Los errores y las omisiones del Tribunal Electoral. Análisis argumentativo del dictamen de la elección presidencial» (Cruz Parcero 2007), Juan Antonio Cruz Parcero hace una serie de críticas —agudas críticas— a la fundamentación del Tribunal (contenidas en un «dictamen» de más de 300 páginas) que le llevan a concluir que «el dictamen es una muy mala resolución y [...] con independencia de los factores que explican el contexto problemático en que fue elaborado, refleja no sólo que los magistrados razonaron mal, sino que actuaron negligentemente dada la importancia de esta resolución», aunque no llega a afirmar que la resolución hubiera debido ser la de anular la elección. Algunas de las críticas de Cruz Parcero se refieren a la estructura «caótica» del dictamen (por ejemplo, hay un considerando «cuarto» y un considerando «sexto», pero falta el quinto) que cree puede deberse, al menos en parte, al hecho (contexto de descubrimiento) de que la redacción del dictamen fue obra de varios autores (secretarios o magistrados), pues sólo así podía lograrse una decisión tomada por unanimidad lo que, dadas las circunstancias, tenía su importancia. Pero

la mayor parte (y el centro) de su trabajo está referido a la argumentación que le llevó al tribunal a dar por válido el proceso electoral, en virtud de la conclusión a la que llegó (al final del fundamento cuarto): «vistos en conjunto los acontecimientos señalados, no generan convicción de una afectación importante a los principios rectores de las elecciones democráticas, principalmente la libertad de voto, pues se trata de cuestiones no probadas, o que habiéndolo sido, no se tiene sustento objetivo del impacto que pudieron haber tenido, o bien entraron en juego diversas situaciones específicas de este proceso electoral que les restaron importancia o redujeron su grado de influencia, especialmente, los diversos acuerdos preventivos emitidos por el Consejo General del Instituto Federal Electoral, así como las diversas resoluciones jurisdiccionales y administrativas que impidieron que las situaciones irregulares continuaran sus efectos». Las críticas de Cruz Parcero están dirigidas: 1) a la negativa del Tribunal a que se recabaran diversas pruebas, tal y como había solicitado la Coalición que impugnó la elección; 2) a los argumentos del tribunal para entender que la «irregularidad» de que el Consejo Coordinador Empresarial hubiese difundido diversos *spots* contra el candidato de la Coalición no resultaba «determinante para el resultado de la elección presidencial»; 3) a la argumentación del Tribunal en relación con la intervención en la campaña del presidente Vicente Fox mediante diversas declaraciones en contra del candidato de la Coalición; aunque el Tribunal reconoció que las mismas «se constituyeron en un riesgo para la validez de los comicios», sin embargo, entendió que no podían considerarse «determinantes para el resultado final» por la intervención del Instituto Federal Electoral, el Poder Legislativo y la Corte Suprema de la Nación, que habría «debilitado» su influencia en el electorado; 4) a la aplicación incorrecta por parte del Tribunal de los medios de prueba para establecer el «carácter determinante» de las irregularidades anteriores.

Los fragmentos que siguen se refieren a uno de los aspectos de la intervención de Fox (a propósito de su difusión) y a las consideraciones finales que al autor le merecen la motivación del Tribunal:

> La sexta consideración [sobre la intervención de Fox en la campaña] versa sobre el periodo, intensidad y época de la difusión. Las declaraciones ocurrieron entre noviembre de 2005 y el primero de junio de 2006. En cuanto a la época se consideró que «las primeras tuvieron que levantar menor interés, por la distancia con la fecha de la jornada electoral, y por tanto, menor influencia en el electorado». Este razonamiento parece plausible (razonable), empero, curiosamente no siguen [los magistrados] lo que lógicamente podría derivarse de él, ya que en vez de sostener que las últimas declaraciones, *a contrario sensu*, influyeron más en el electorado, sostienen que las últimas «aunque captaron una atención mayor, se presentaron un mes antes de la celebración de la jornada electoral, con lo cual existió tiempo suficiente para reducir su impacto» (pp. 190-191). Nuevamente, parece que su papel es la defensa del Presidente más que el de un Tribunal que intenta valorar imparcialmente las evidencias. Sin embargo, esto no hace que su última afirmación sea improbable o falsa, lo que sostengo es que no actuaron con imparcialidad en sus razonamientos, pues omitieron la conclusión que debe seguirse de su razonamiento (la de que las

declaraciones más próximas a la elección tienen más influencia), y presentan en cambio una razón aparente para no llegar a tal conclusión. Pero si se mira bien, no es una razón que evite llegar a la conclusión, pues el que haya existido tiempo para reducir el impacto de tales declaraciones no significa que no se produjo el impacto. Dicho de otra forma, que existan médicos para sanar una lesión o que con el tiempo pueda sanar no significa que en cierto caso a una persona no se le haya producido una lesión o una herida, y lo que nos interesa es determinar si se produjo esa herida y la gravedad de tal herida. Pues el hecho de que se hubiera podido contrarrestar o que se haya contrarrestado implica en todo caso que se usaron medios para ello, medios que posiblemente se hubieran usado en otra cosa de no haberse producido el daño. Es de elemental justicia, siguiendo la analogía, que si alguien fue dañado o lesionado injustamente y usó medios propios para atenuar la gravedad de su lesión, esto último no puede ser alegado a favor de quien produjo la lesión, sino que además de hacerlo responsable por el daño, debe indemnizar a la víctima por los gastos en que incurrió para atenuar o curar la lesión.

Los magistrados afirman que las declaraciones del Presidente «en su momento impregnaron a su auditorio, y pudieron contribuir en alguna forma para determinar su intención de voto, pero esta influencia *tuvo* que verse disminuida por los siguientes aspectos [...]» (p. 191). En adelante, sin haber determinado la influencia de las declaraciones, y habiendo ya incluso tratado de debilitar su impacto, pasan a considerar nuevos argumentos. Lo que contrasta aquí es el modo imperativo, como si fuese algo que debió darse necesariamente «*tuvo que verse disminuida*», cuando todas sus consideraciones no han sido más que meras especulaciones sin sustento. [...]

Todas estas [la difusión de *spots* publicitarios, la intervención del Presidente a favor o en contra de un candidato, etc.] son irregularidades que pueden ser graves y que podrían afectar los resultados electorales de manera determinante, pero claro que no bajo el criterio cuantitativo, sino sólo a luz del criterio cualitativo. ¿Cómo decidir entonces estos casos? Yo creo que no se debe descartar la posibilidad de anular una elección cuando se presenten este tipo de irregularidades, pero cuál deba ser el criterio para anular la elección creo que es algo sobre lo que vale la pena seguir reflexionando y tratar de encontrar alguna forma razonable. De otra forma el incentivo de usar estos medios está ahí. [...]

Como se mostró anteriormente [...], los magistrados sostuvieron que los criterios para evaluar el peso que tuvieron las declaraciones fueron el contenido, la extensión, la clase y número de medios de comunicación, su difusión, el tiempo y lugar y el contexto. He mostrado cómo la evaluación de las evidencias (las declaraciones del Presidente), de acuerdo con estos criterios, es defectuosa, sobre todo porque omite referirse y evaluar específicamente de acuerdo con estos criterios las declaraciones hechas durante los meses de marzo, abril, mayo y junio. Por lo tanto, deja sin definir el peso que éstas pudieron haber tenido.

Al final del considerando cuarto, los magistrados de la Sala Superior consideraron que no hubo elementos para medir el grado de influencia o el grado de afectación, que no se llegó a conocer su impacto. Pero aquí habrá que decir que, en parte, fue por omisiones de ellos que no se llegó a tal convicción. Yo no estoy aquí afirmando ni negando que hubo una afectación determinante; simplemente a la luz de sus argumentos es notorio que no se llegó a tal conocimiento por tres causas: *a*) el haber rechazado la solicitud de allegarse pruebas hecha por la coalición, *b*) sus omisiones en evaluar la evidencia que había en el expediente y *c*) el haber extraído conclusiones erróneas que no se apoyan en las evidencias.

No se entiende además el que los magistrados de la Sala Superior hayan adoptado una actitud pasiva respecto a la investigación de posibles irregularidades, cuando ellos mismos admiten, por ejemplo, que las declaraciones de Fox «se cons-

tituyeron en un riesgo para la validez de los comicios... que pudieron haber representado un elemento mayor para considerarlas determinantes para el resultado final...». Si tales declaraciones fueron un riesgo, y además la valoración de que no fueron determinantes depende de que no se probó su influencia, resulta un caso de negligencia de su parte que siendo los encargados de velar por los principios constitucionales de equidad y de libertad de voto, y habiendo incluso antecedentes de su papel activo en la investigación de presuntas irregularidades en elecciones anteriores, se hayan mantenido pasivos al respecto. Como se observa de sus mismos argumentos, muestran más una intención de minimizar las anomalías y actos ilícitos a la luz de meras especulaciones que una intención de determinar a través de pruebas y de una indagación responsable el grado de afectación que de hecho tuvieron.

Por ello, no me resta sino extraer una conclusión a partir del análisis argumentativo del dictamen. Se argumentó muy mal, es decir, no se logró justificar la decisión y se actuó, por decir lo menos, de manera negligente basándose en interpretaciones incorrectas de la Constitución y del Derecho. [...] [L]a actuación de la autoridad electoral debe demostrar en todos los casos, pero especialmente en casos tan relevantes, que son capaces no sólo de tomar la última decisión, por difícil que ésta sea, sino que son capaces de justificarla, es decir, de ofrecer buenas razones (Cruz Parcero 2007: 119-127).

1) ¿Cuál es la conclusión de los argumentos que utiliza Cruz Parcero a propósito de la difusión de las declaraciones de Fox? ¿Y qué tipos de argumentos usa?

2) ¿Está acusando Cruz Parcero al Tribunal de haber cometido una «contradicción pragmática» (considérese para ello, sobre todo, el párrafo penúltimo)? ¿Se trata de un tipo de falacia (*vid.* III,5,G)?

3) El caso en discusión guarda analogías evidentes con la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos a propósito de la primera elección de George W. Bush (*vid.* VI,4.1,B). ¿Pero hay también alguna diferencia relevante?

4) Supongamos que el argumento, la razón, determinante en la decisión del Tribunal hubiese sido una combinación de estas dos cosas: evitar una mala consecuencia política y social, puesto que la anulación de la elección podría haber traído consigo muchos riesgos para la estabilidad política del país; y llegar a una decisión por unanimidad, aunque ello implicara una fundamentación menos contundente que si, por ejemplo, se hubiese adoptado por simple mayoría, acompañada de algunos votos en disidencia. ¿Es una razón que el Tribunal hubiese podido (o debido) explicitar? ¿Cabría hablar también en este caso de «razón institucional»?

5.6,A) TEORÍAS DEL DERECHO Y TEORÍAS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA[25]

Si se entiende en un sentido lato o latísimo (equivalente a entender o comprender algo), el concepto de interpretación es, naturalmente, más

25. Utilizo aquí un material elaborado hace algunos años con Isabel Lifante y que formaba parte de un proyecto de escribir un libro colectivo sobre conceptos básicos del Derecho que no llegó a culminarse.

amplio que el de argumentación: la interpretación está presente en cualquier proceso comunicativo, tenga o no carácter argumentativo. Además, en ese sentido amplio, es obvio que argumentar implica necesariamente interpretar: atribuir algún significado a las premisas y a la conclusión. Pero el concepto de interpretación que aquí interesa —como se ha señalado anteriormente— es el de aclarar el significado de un texto (de una ley o de algún otro documento normativo) que por alguna razón se ha vuelto dudoso, de manera que los problemas interpretativos serían entonces un subtipo de los argumentativos. En todo caso, mientras que la noción de argumentación no ha solido figurar en el elenco de los conceptos básicos del Derecho, no puede decirse lo mismo de la de interpretación. Esta última, en efecto, constituye un componente fundamental de cualquier teoría del Derecho, pero además se trata de una noción eminentemente polémica, de manera que merece la pena considerar cómo se ha planteado el problema de la interpretación en diversas teorías del Derecho a las que cabe atribuir cierto carácter paradigmático. Se incluye a continuación una selección de textos representativos de esas concepciones:

A) Savigny y las fases de la interpretación

El primero de esos textos pertenece a la obra de Savigny *Sistema de Derecho romano actual* (Savigny 1879), de comienzos del XIX. De ahí proviene la famosa clasificación de la interpretación jurídica en gramatical, lógica, sistemática e histórica, central en la formación de los juristas de Derecho continental. Pero merece la pena subrayar el dato de que Savigny no veía esos tipos de interpretación como clases o criterios entre los que había que optar, sino como fases de un proceso:

> Destinada la ley a fijar una relación de derecho, expresa siempre un pensamiento simple o complejo que pone esta relación de derecho al abrigo del error o de la arbitrariedad; mas para que tal resultado se consiga en la práctica, es necesario que su espíritu sea percibido enteramente y en toda su pureza por aquellos a quienes se refiere, los cuales deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia. Tal es el procedimiento de la interpretación que puede, por tanto, definirse de esta manera: la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley. Sólo por este medio se llega al conocimiento cierto y completo de ella y se está en situación de cumplir el objeto que la misma se propone.
>
> [...] la interpretación de la ley en nada difiere de la interpretación de cualquier otro pensamiento expresado por el lenguaje, como, por ejemplo, la de que se ocupa la filología; pero revela un carácter particular y propio cuando la descomponemos en sus partes constitutivas. Cuatro elementos se distinguen en ella, a saber: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.
>
> El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes.
>
> El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen a sus diferentes partes.

El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que nos expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquélla ocupaba en este sistema.

El estudio de estos cuatro elementos agota el contenido de la ley. Téngase presente que no son estas cuatro clases de interpretación, entre las cuales pueda escogerse según el gusto o el capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, por más que algunos de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar (Savigny 1879: I, 187-188).

B) Kelsen: interpretación y «determinación» del Derecho

Según Kelsen, el Derecho aplicable a un caso se encuentra indeterminado, en cuanto las normas jurídicas tan sólo establecen marcos que deben «determinarse» en uno u otro de los varios sentidos posibles: en eso consiste precisamente la interpretación. Cuando el establecimiento del sentido de una norma lo lleva a cabo el órgano jurídico encargado de la aplicación del Derecho, se tratará de una interpretación *auténtica*, la cual consiste en un acto de voluntad que tiene como resultado la producción de nuevo Derecho (una norma individual). Si quienes interpretan son los particulares y, sobre todo, los científicos del Derecho, la interpretación (*no auténtica*) consiste en un acto de conocimiento que se limita a mostrar los diversos significados posibles de una norma jurídica. La ciencia —la dogmática jurídica— para Kelsen tiene un carácter puramente descriptivo:

Cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas. La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior [...]. Tenemos así dos tipos de interpretación, que deben ser nítidamente distinguidas entre sí: la interpretación del derecho por el órgano jurídico de aplicación [que es lo que Kelsen considera como la «interpretación auténtica»], y la interpretación del derecho que no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada y, especialmente, por la ciencia del derecho [la «interpretación no auténtica»]. [...]

Si por «interpretación» se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales —en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse— tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal. Que una sentencia judicial esté fundada en ley no significa, en verdad, sino que

se mantiene dentro del marco que la ley despliega; sino que es una de las normas individuales —y no la norma individual— que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general. [...]

[C]orresponde distinguir de la manera más nítida posible la interpretación del derecho que efectúe la ciencia jurídica de la interpretación realizada por órganos jurídicos. [La que efectúa la ciencia jurídica es] pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas. No es, a diferencia de la interpretación de los órganos jurídicos, una producción de derecho [...]. La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente, según el orden jurídico, para aplicar Derecho (Kelsen 1986: 348, 352, 355-356).

C) *La concepción de la interpretación en el realismo de Alf Ross*

A diferencia de Kelsen, Ross entiende que la ciencia jurídica no puede limitarse, en materia de interpretación, a indicar los significados posibles de una norma —o de una formulación lingüística—, sino que debe ser capaz también de predecir cuál será la interpretación llevada a cabo por los tribunales. Por lo demás, la actividad interpretativa del juez, según Ross, contiene tanto elementos cognoscitivos como valorativos, de manera que reconoce y desvela (como lo había hecho Kelsen) el carácter creativo de la función judicial. En el texto que sigue, Ross se ocupa también de la clásica distinción entre dos tipos de interpretación —la subjetiva y la objetiva— y la relativiza notablemente:

La doctrina [...] contiene proposiciones referentes a la interpretación de D [una directiva], esto es, de aquellas normas que son consideradas derecho vigente[26]. Tales enunciados interpretativos [...] están dirigidos a determinar el significado de la directiva, indicando más específicamente bajo qué circunstancias ha de ser aplicada, y en tal caso cómo ha de conducirse el juez.

[...] Tenemos que analizar [...] la práctica de los tribunales y tratar de descubrir los principios o reglas que realmente los guían en el tránsito de la regla general a la decisión particular. Esta actividad es denominada «método jurídico» o, en el caso de la aplicación de derecho formulado (derecho legislado en sentido amplio), «interpretación». [...]

A menudo se hace una distinción entre las llamadas interpretación subjetiva e interpretación objetiva, en el sentido de que la primera se dirige a descubrir el significado que se intentó expresar, esto es, la idea que inspiró al autor y que éste quiso comunicar, mientras que la última se dirige a establecer el significado comunicado, esto es, el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un hecho objetivo. Un trabajo literario científico, por ejemplo, puede ser

26. El concepto de «Derecho vigente» es fundamental en la teoría de Ross, quien lo define como «el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para los fenómenos del Derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas y que lo son porque ellas son vividas [...] como socialmente obligatorias». El Derecho se compone, entonces, en opinión de Ross, de dos elementos que se encuentran en correlación mutua: los fenómenos jurídicos o Derecho en acción y las normas jurídicas.

interpretado tratando de llegar a lo que el autor realmente pensó y quiso expresar, o puede ser considerado como una manifestación intelectual objetiva, desligada de su autor, en cuyo caso la interpretación procura encontrar el significado que la obra puede transmitir a una persona que la lee. [...]

Tomada así como un contraste absoluto entre intención y comunicación, entre lo que se quiere decir y lo que se dice, la distinción es insostenible. Por una parte, la intención, siendo un fenómeno de conciencia interno del autor, es fundamentalmente inaccesible. Lo que entendemos por interpretación subjetiva es en realidad la interpretación que alcanzamos cuando tomamos en consideración no sólo la expresión lingüística, sino todos los otros datos relevantes: el contexto y la situación, que incluye las opiniones políticas y filosóficas del autor, el propósito declarado y el propósito presumido que lo guió al formular la expresión, etcétera. [...]

La diferencia entre interpretación subjetiva y objetiva, por lo tanto, no ha de ser buscada en el contraste entre los propósitos de la interpretación (el significado intentado como cosa opuesta al significado comunicado). Toda interpretación parte de la comunicación y procura llegar a la intención. La diferencia depende de los datos que se tomen en cuenta al interpretar. La interpretación subjetiva se vale de todas las circunstancias que pueden arrojar luz sobre el significado, en particular, todas las circunstancias personales y de hecho ligadas a la composición de la expresión y a su declaración. La interpretación objetiva limita los datos a aquellos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión [...]. De tal modo, la interpretación objetiva —en obvio contraste con lo que la terminología autorizaría a creer— adquiere un tono de mayor inexactitud y arbitrariedad que la interpretación subjetiva. [...]

Aunque la tarea de administrar justicia es mucho más amplia que la de interpretar la ley, en el sentido genuino de esta expresión, es común, sin embargo, usar la palabra «interpretación» para designar la actividad integral del juez que lo conduce a la decisión, inclusive su actividad crítica, inspirada por su concepción de los valores jurídicos que surge de actitudes que están más allá del simple respeto al texto legal. Este uso lingüístico responde al deseo de ocultar la función creadora del juez, preservando la apariencia de que éste no es otra cosa que un portavoz de la ley. El juez no admite en forma abierta, por lo tanto, que deja a un lado el texto. Mediante una técnica de argumentación que se ha desarrollado como ingrediente tradicional de la administración de justicia, el juez aparenta que, a través de varias conclusiones, su decisión puede ser deducida de la verdadera interpretación de la ley. [...]

Podemos decir, en definitiva, que la administración del derecho no se reduce a una mera actividad intelectual. Está arraigada en la personalidad total del juez, tanto en su conciencia jurídica formal y material como en sus opiniones y puntos de vista racionales. Se trata de una interpretación constructiva, que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad.

Para llegar a una verdadera comprensión de la función del juez es importante subrayar esta naturaleza doble. Pero, al mismo tiempo, hay que reconocer que la distinción entre la función cognoscitiva y la valorativa es artificial, en la medida en que ambas se fusionan en la práctica, lo que imposibilita decir con precisión dónde termina una y dónde comienza la otra. Esto es así porque es imposible para el propio juez, así como para los demás, distinguir entre las valoraciones en las que se manifiestan las preferencias personales del juez y las valoraciones atribuidas al legislador, que son, por lo tanto, datos para una interpretación puramente cognoscitiva (Ross 1970: 106, 117-118, 134-135).

D) Los problemas interpretativos en el contexto de la teoría de la argumentación de Neil MacCormick

Para MacCormick (en *Legal Theory and Legal Reasoning*), los problemas interpretativos constituyen —como se ha visto— un subtipo de los problemas argumentativos. Siguiendo a Hart, él parte de una distinción entre casos fáciles y casos difíciles. En los casos fáciles, la justificación de una decisión por parte de un juez es tan sólo una cuestión de deducción, pero siempre y cuando se hayan aceptado antes estos dos presupuestos: la posibilidad de identificar las normas del sistema siguiendo el criterio establecido en alguna norma de reconocimiento (o recurriendo a algún concepto similar a éste); y la obligación por parte del juez de utilizar las normas así identificadas como premisas de su razonamiento justificativo. Ahora bien, además de casos fáciles, en el Derecho existen también casos difíciles en los que se trata de resolver problemas de relevancia, de interpretación, de prueba o de calificación. Y para justificar esas decisiones (sobre todo cuando se trata de problemas de interpretación), los criterios de carácter lógico son insuficientes; se hace necesario recurrir también a criterios de la racionalidad práctica, esto es, al uso de argumentos no estrictamente lógicos que apelan a nociones como la de coherencia (argumentos a partir de principios o por analogía) o la de consecuencia. El texto que sigue ofrece una caracterización de lo que sería un problema de interpretación:

> Es una verdad obvia que no todas las reglas jurídicas, ni siquiera todas las reglas legisladas [...] pueden ofrecer siempre una respuesta clara a cualquier cuestión práctica que surja. Casi cualquier regla puede mostrarse ambigua o imprecisa en relación con algún contexto de litigio discutido o discutible. Las reglas formuladas en un lenguaje adolecen (como H. L. A. Hart ha puesto de manifiesto) tanto de textura abierta como de vaguedad en relación, al menos, a algunos contextos.
>
> Por ejemplo, la ley británica sobre relaciones raciales, de 1968, prohíbe la discriminación «por razón del color, raza o etnia u origen nacional» en relación, entre otras cosas, con la oferta de viviendas. Está bien claro que esta disposición se aplica si alguien rechaza vender o alquilar una casa a otra persona porque tiene la piel negra o antepasados irlandeses. Pero ¿qué pasa si una autoridad local, al seleccionar entre los solicitantes de casas municipales, aplica una regla según la cual sólo los súbditos británicos (en el sentido establecido por la ley de nacionalidad británica, de 1948) pueden ser admitidos en su lista de solicitantes? ¿Cometería la autoridad local un tipo de discriminación prohibida por la ley? [...]
>
> Hay dos posibles respuestas: que se trata de una discriminación antijurídica, y que no se trata de una discriminación antijurídica. Una u otra debe ser correcta y no pueden serlo ambas. El problema es que hay dos posibles visiones acerca de la interpretación de la ley: (*a*) que la discriminación «por razón del origen nacional» incluye la discriminación por razón de la nacionalidad jurídica de un individuo; y (*b*) que no incluye la discriminación por razón de la nacionalidad jurídica de un individuo. [...]
>
> Por razones de simplicidad, traduciremos la regla promulgada, hasta donde nos resulta relevante, en la forma expresada simbólicamente como *Si p entonces q*. Si una persona discrimina a otra por razón de su origen nacional, entonces la discrimina antijurídicamente.

El caso problemático que hemos identificado puede ser visto como equivalente a una u otra, pero no a ambas, de las siguientes lecturas:

a) Si una persona discrimina a otra por razón de su origen nacional (incluyendo la nacionalidad jurídica de la persona), entonces la discrimina antijurídicamente; o *b*) si una persona discrimina a otra por razón de su origen nacional (en cuanto distinto de la nacionalidad jurídica de la persona), entonces la discrimina antijurídicamente.

La discusión práctica entre las partes podría resolverse, y la decisión justificarse deductivamente, sólo *después* de que se haya tomado una decisión acerca de la interpretación de la regla entre las anteriores opciones (*a*) o (*b*).

El problema consiste en que la proposición antecedente *p* de la regla establecida es ambigua, ya que admite dos proposiciones más detalladas, pero mutuamente excluyentes, que podríamos llamar *p'* y *p"* —las proposiciones antecedentes de las anteriores formulaciones (*a*) o (*b*)—. En algunos casos puede no haber diferencia según cuál consideremos la interpretación «propia» de *p*, pero cuando el núcleo de la discusión es un caso de discriminación entre personas de nacionalidades jurídicas diferentes debe adoptarse una resolución.

He ofrecido aquí sólo un ejemplo, pero su generalización es obvia. Todas las reglas jurídicas pueden ser formuladas como proposiciones que tienen la estructura *si p entonces q*, estipulando que, cuando ocurran ciertos hechos operativos, se seguirá una determinada consecuencia jurídica. Cualquier proposición que sustituya a *p* puede ser clara en relación con algunos contextos, pero bien puede ser ambigua en otros casos: la regla podría ser entendida como *si p' entonces q* o *si p" entonces q*. En relación con los hechos que han ocurrido, *p'* se satisface, pero no lo hace *p"*. La afirmación de la consecuencia *q* puede, entonces, justificarse deductivamente por referencia a esa regla sólo si se da *esa* interpretación, pero no si se prefiere su lectura rival (*si p" entonces q*).

En resumen, las reglas pueden ser ambiguas en determinados contextos y pueden ser aplicadas de una manera o de otra sólo después de que la ambigüedad haya sido resuelta. Pero resolver la ambigüedad implica, en la práctica, elegir entre versiones rivales de la regla (*si p' entonces q*, o *si p" entonces q*); una vez que esa elección ha sido hecha, se sigue una justificación simplemente deductiva para una decisión particular. Pero una justificación completa de esa decisión debe entonces girar acerca de cómo se justifica la elección entre las versiones rivales de la regla [...]. Nuestro problema es entonces el de cómo justificar esa elección; por razones obvias llamaré a este problema «problema de interpretación» (MacCormick 1978: 65-68).

E) En qué consiste el «círculo hermenéutico» según Alexy

La hermenéutica es una de las direcciones filosóficas más influyentes en los últimos tiempos, también en el campo jurídico; la concepción (interpretativa) del Derecho de Dworkin es un buen ejemplo de ello. Robert Alexy, autor del texto que sigue, no se encuadra exactamente en esa tradición de pensamiento, pero su exposición sobre lo que cabe entender por «círculo hermenéutico» (un concepto frecuentemente utilizado para caracterizar la interpretación jurídica) resulta particularmente clara y pertinente:

Para la teoría de la interpretación jurídica son importantes sobre todo algunos elementos de la hermenéutica general que se refieren a la comprensión y que están

conectados con el concepto de círculo hermenéutico. En el ámbito de la jurisprudencia se deben distinguir tres tipos de círculos hermenéuticos.

El primer tipo se refiere a la relación entre la denominada precomprensión y el *texto* [...]. Por «precomprensión» se debe entender una hipótesis con la cual el intérprete se acerca al texto. Esta hipótesis expresa una suposición o una expectativa del intérprete que se refiere a la solución correcta del problema jurídico que debe decidirse. El contenido de la decisión viene determinado por la experiencia personal y profesional del intérprete [...] Por un lado, sin una hipótesis interpretativa el texto normativo ni siquiera puede ser percibido como problemático o no problemático. Por otro, la hipótesis interpretativa debe ser verificada sobre la base del texto normativo con el apoyo de las reglas de la metodología jurídica. Respecto a los criterios de conformidad y refutación, la teoría del círculo hermenéutico no dice nada; sin embargo, ayuda a resolver el problema relativo a la contribución constructiva que el intérprete aporta a la interpretación, lo que posibilita y promueve una actitud crítica. Se puede entonces afirmar que el círculo de la precomprensión corresponde al postulado *de la reflexión*.

El segundo tipo de círculo hermenéutico se refiere a la relación entre *la parte y el todo*. Por un lado, la comprensión de una norma presupone la precomprensión del sistema normativo al cual pertenece. Por otro, la comprensión de un sistema normativo no es posible sin que se comprendan las normas particulares que a él pertenecen. De nuevo se formula un problema sin que se provean los criterios para su solución. El problema consiste en la consecución de unidad o coherencia [...], lo que es tarea de la interpretación sistemática. El postulado que sostiene el segundo círculo puede ser definido como «postulado *de la coherencia*».

El tercer tipo de círculo hermenéutico concierne a la relación entre la *norma* y los *hechos*. Las normas son universales y abstractas; y los hechos a los cuales se deben aplicar, individuales y concretos. Las normas contienen unos pocos rasgos distintivos; los de los hechos son potencialmente infinitos. Por un lado, los hechos vienen descritos con el auxilio de los rasgos distintivos contenidos en el supuesto de hecho de la norma; por otro, los rasgos distintivos de los hechos pueden configurar la condición para no aplicar la norma tomada en consideración inicialmente, sino otra destinada a precisar o a desestimar un rasgo distintivo del supuesto de hecho o a añadir otro [...] También este círculo se limita a ilustrar un problema sin ofrecer un criterio para su solución. Es evidente que el problema sólo puede ser resuelto cuando se consideran todos los rasgos distintivos del hecho y todos los rasgos distintivos consolidados en la norma eventualmente aplicable. El postulado sobre el cual se basa el tercer círculo puede, por ello, ser llamado *postulado de la completitud*.

De este modo, la teoría del círculo hermenéutico no puede resolver el problema de cuál es la interpretación correcta de una norma jurídica, porque no contiene ningún criterio sustancial para la corrección de una interpretación. Pero ésa tampoco es su finalidad, ya que se trata sobre todo de una teoría estructural (Alexy 1996: 4-5).

F) El Derecho como interpretación y la «escritura en cadena» del Derecho

En los fragmentos que siguen, pertenecientes a un artículo titulado «El Derecho como interpretación», Ronald Dworkin utiliza una metáfora —ya famosa— según la cual, el desarrollo (sobre todo, judicial) del Derecho se asemejaría a la escritura «en cadena» de una novela llevada a cabo por varios autores, cada uno de los cuales recibe una serie de

materiales (los anteriores capítulos de la obra) y debe esforzarse para, a partir de ahí, desarrollar la obra en el sentido de lograr la mejor novela posible. La comparación tiene como objetivo mostrar que el Derecho, al igual que la literatura, es un fenómeno de naturaleza interpretativa.

En efecto, la de Dworkin es una teoría Interpretativa del Derecho, en la cual el razonamiento jurídico se concibe como un ejercicio de interpretación *constructiva* (contrapuesta a la interpretación *intencional* a la que se refería Ross: cuando de lo que se trata es de captar la intención del autor de un mensaje). Dworkin concibe el Derecho como una práctica social que se compone tanto de reglas como de los valores que esas reglas tratan de desarrollar. El objetivo de la «perspectiva constructiva» (que caracteriza a todas las prácticas sociales) consiste en mostrar el objeto interpretado desde su «mejor ángulo». Para llevar a cabo ese tipo de interpretación, se requiere que los participantes en la práctica jurídica desarrollen frente a la misma una «actitud interpretativa» que exige la presencia de dos factores: la presuposición de que la práctica posee un «sentido», que sirve a ciertos propósitos o valores; y el reconocimiento de la primacía de tales valores frente a las reglas, lo que implica cierta «flexibilidad» a la hora de aplicar esas reglas. De este modo, al enfrentarse con los casos difíciles, los jueces deben determinar cuál es la interpretación de la práctica jurídica que muestra la mejor reconstrucción de todo el Derecho; esa interpretación es la que contiene la «respuesta correcta» que el Derecho ofrece para el caso. Y para determinar qué reconstrucción es la mejor, habría que prestar atención a dos requisitos: uno formal y otro material. El requisito formal implica que la reconstrucción de la práctica debe *adecuarse* a los materiales jurídicos ya existentes. El requisito material supone la utilización de consideraciones basadas en valores sustantivos (de naturaleza político-moral) que han de permitir decidir cuál, de entre las posibles interpretaciones que satisfacen el requisito de la adecuación, es preferible, porque presenta la práctica bajo su mejor perspectiva.

> Voy a usar la interpretación literaria como un modelo para el método central de análisis jurídico [...] Supongamos que un grupo de novelistas se unen para un proyecto particular y que echan a suertes cómo determinar el orden de actuación. Quien obtiene el número más bajo escribe el capítulo inicial de una novela, que es entonces enviado al siguiente número, quien añade un capítulo, en el bien entendido de que está añadiendo un capítulo a esa novela y no empezando una nueva, y tras ello envía los dos capítulos al siguiente participante, etcétera. Ahora cada novelista, salvo el primero, tiene la doble responsabilidad de interpretar y crear, porque cada uno debe leer todo lo anterior para establecer, en sentido interpretativo, lo que ha sido creado hasta entonces de la novela. Debe decidir qué características presenta; qué motivos les guían; cuál es el sentido o tema de la novela que se está desarrollando; hasta dónde algún recurso o figura literaria, usada consciente o inconscientemente, contribuye a ello, y si la misma debería ser refinada o ajustada o abandonada para dirigir la novela más en una dirección que en otra.

Debe tratarse de un estilo de interpretación no limitado por la intención porque, al menos para todos los novelistas posteriores al segundo, no existe un único autor cuyas intenciones puedan ser consideradas por cualquier intérprete como decisivas, según las reglas del proyecto. [...]

Decidir casos difíciles en el Derecho se parece bastante a este extraño ejercicio literario. La similitud es más evidente cuando los jueces consideran y deciden casos de *common law*; esto es, cuando no hay una ley que juegue un papel central para resolver la cuestión jurídica y el problema gira en torno a qué reglas o principios del Derecho «subyacen» a las decisiones de otros jueces en el pasado, relacionadas con el caso. Cada juez es entonces como un novelista en la cadena. Debe leer a través de lo que otros jueces han escrito en el pasado no sólo para descubrir lo que esos jueces han dicho, o su intención cuando lo dijeron, sino para llegar a una opinión sobre lo que esos jueces han *hecho* colectivamente, del mismo modo en que cada uno de nuestros novelistas se formó una opinión sobre la novela colectiva escrita hasta entonces. [...]

¿Podemos establecer, de manera general, sobre qué discuten aquellos que están en desacuerdo sobre cuál es la mejor interpretación de los precedentes jurídicos? Como dije, una interpretación literaria pretende mostrar cómo la obra en cuestión puede ser vista como la obra de arte más valiosa, y para ello hay que atender a rasgos formales de identidad, coherencia e integridad, así como a consideraciones más sustantivas de valor artístico. Una interpretación plausible de la interpretación jurídica debe también, de modo paralelo, satisfacer un test de dos dimensiones: debe tanto adecuarse a la práctica como mostrar su sentido o valor. Pero sentido o valor no pueden significar aquí valor artístico, porque el Derecho, a diferencia de la literatura, no es una empresa artística. El Derecho es una empresa política, cuyo sentido general, si tiene alguno, reside en la coordinación del esfuerzo social e individual, o en la resolución de las disputas sociales o individuales, o en asegurar la justicia entre los ciudadanos o entre ellos y su gobierno, o en alguna combinación de ellos [...] Por eso, una interpretación de cualquier parte del Derecho como, por ejemplo, el Derecho de accidentes debe poner de manifiesto el valor de esta parte del Derecho en términos políticos, mostrando el mejor principio o directriz al que puede considerarse que sirve. [...]

Habría que señalar, sin embargo, que, a menudo, alguna teoría particular de un juez acerca de la adecuación (*fit*) no logra producir una única interpretación (La distinción entre casos fáciles y difíciles en el Derecho es quizás la distinción entre casos en los cuales lo logran o no). Del mismo modo que dos lecturas de un poema pueden encontrar ambas apoyo suficiente en el texto para mostrar su unidad y coherencia, dos principios pueden encontrar suficiente apoyo en las distintas decisiones del pasado para satisfacer una teoría plausible de la adecuación. En ese caso, la teoría sustantiva política (como las consideraciones sustantivas sobre el mérito artístico) desempeñarán un papel decisivo. [...]

Podemos resumir estos puntos de la siguiente manera. Los jueces desarrollan una aproximación particular a la interpretación jurídica formando y refinando una teoría política sensible a aquellas cuestiones de las cuales depende la interpretación en los casos particulares; ellos lo llaman su filosofía jurídica. En ella se incluirán tanto rasgos estructurales, que conforman el requisito general de que la interpretación debe adecuarse a la historia doctrinal, como pretensiones sustantivas sobre los objetivos sociales y los principios de justicia (Dworkin 1985: 158 ss.).

G) *Etapas en la interpretación de los materiales jurídicos según Carlos Nino*

La concepción de la interpretación (y del Derecho) de Nino es muy semejante a la de Dworkin. En su libro póstumo titulado *Derecho, moral y política*, Nino desarrolló la idea de que debía rechazarse una concepción «insular» del Derecho, puesto que el discurso jurídico está estrechamente vinculado con el de naturaleza moral y política. Así, en la tarea de interpretación, consistente en asignar significado a las normas jurídicas con el fin de aplicarlas a la resolución de casos individuales, resulta inevitable recurrir a principios morales. Entre el Derecho y la moral existiría, pues, una necesaria conexión *interpretativa*, que habría que añadir a la *conexión justificativa* consistente en que no se puede justificar una decisión jurídica sin recurrir a juicios o razones morales. Nino distingue, en el texto que sigue, diversos pasos o fases en que cabe descomponer el proceso de interpretación de los materiales jurídicos: desde la asignación de sentido general a los materiales relevantes, a la subsunción del caso individual. Todo ello conforma las líneas maestras de una teoría completa de la interpretación jurídica:

Las distintas etapas de interpretación de los materiales jurídicos

Una vez que las consideraciones valorativas [...] determinan la relevancia de ciertos materiales jurídicos [...] cabe, entonces, el proceso mencionado de transformación de tales materiales jurídicos en proposiciones que puedan ser empleadas en el razonamiento práctico [esto es lo que Nino entiende por interpretación]. Los pasos de ese proceso de transformación son, como mínimo, los siguientes:

[1] LA ASIGNACIÓN DE SENTIDO GENERAL A LOS MATERIALES RELEVANTES

[...] [P]ara pasar a proposiciones normativas a partir de ciertos textos, actos o prácticas no sólo son necesarios principios normativos que legitimen tales actos, textos o prácticas sino también asignarles un significado. Es decir, cuando pasamos del juicio «el legislador L ha prescrito 'nadie puede ser detenido sin orden escrita de autoridad competente'», que no permite justificar una acción o decisión, a «nadie puede ser detenido sin orden escrita de autoridad competente», que sí lo permite, no sólo es necesaria una regla de interpretación que permita eliminar las comillas existentes en la primera frase.

La tarea de asignar significado a actos lingüísticos, textos y prácticas es un paso *valorativo* sumamente complejo y controvertido. Hay, generalmente, dos grandes criterios que compiten para asignar tal sentido: el *subjetivista, que toma en cuenta la intención del agente del* acto *lingüístico*, el *autor del* texto o los *participantes en la práctica*, y el objetivista, que toma en consideración el uso común y regular de las expresiones empleadas en aquéllos, independientemente de que coincidan o no con aquellas intenciones. [...]

[2] EL DESCUBRIMIENTO DEL SENTIDO DE LOS MATERIALES RELEVANTES

Éste es un paso empírico, ya que, una vez decidido que los materiales relevantes deben interpretarse según la intención de sus autores, o de acuerdo al uso común

del lenguaje empleado o en función de alguna alternativa intermedia, [...] el que aplica la norma a un caso concreto debe descubrir cuál fue, efectivamente, tal intención o cuáles son las convenciones lingüísticas pertinentes de la comunidad. Este proceso también puede ser sumamente arduo —sobre todo en el caso de textos sancionados hace mucho tiempo— y, muchas veces, las operaciones empíricas se entremezclan de nuevo con cuestiones valorativas o lógicas. [...]

En este nivel del proceso de aplicación de una norma se advierten las indeterminaciones semánticas, sintácticas y pragmáticas. [...]

[3] LA SUPERACIÓN DE LAS INDETERMINACIONES SEMÁNTICAS, SINTÁCTICAS Y PRAGMÁTICAS

[...] Es un momento ineludiblemente valorativo, por más que haya sido una pretensión permanente del pensamiento jurídico, íntimamente vinculado a la idea de despolitización del derecho [...], lograr esa superación por medio de operaciones lógicas, axiológicamente neutras.

Esta pretensión [...] resulta vana: sin recurrir a principios valorativos no es posible elegir entre dos o más normas contradictorias, llenar una laguna, seleccionar el sentido de una expresión o de una conexión sintáctica ambigua o fijar el límite de aplicabilidad de una expresión real o potencialmente vaga. Los diferentes criterios de interpretación a que se suele aludir para resolver estos problemas sufren, ellos mismos, de indeterminaciones, y, dadas sus propias inconsistencias, como veremos, no pueden ser aplicados sin una previa opción valorativa.

[4] LA INFERENCIA DE CONSECUENCIAS LÓGICAS DE LOS MATERIALES INTERPRETADOS

Para resolver casos genéricos o individuales no basta con las proposiciones normativas que se asignan en el paso anterior a los materiales jurídicos relevantes, sino que hay que inferir sus consecuencias lógicas para los casos en cuestión. Ésta es una operación de índole lógica en la que debe recurrirse a reglas de inferencia apropiadas, como las reglas *modus ponens* o *modus tollens*. No es del todo claro que no haya ciertas indeterminaciones en la elección de estas reglas de inferencia, y que, aun en este nivel de abstracción, no haya que recurrir también a consideraciones valorativas para proceder a tal elección.

En muchos casos esta operación lógica es tan sencilla que hasta se hace inconscientemente (nadie repara en el pasaje de una norma que se refiere a todas las personas o todos los seres humanos, a las consecuencias lógicas de ella, constituidas por normas que *se* refieren, específicamente, a las mujeres o a los hombres de treinta años y cabello rubio). En otros casos, la inferencia de las consecuencias lógicas de una norma o, sobre todo, de un conjunto de normas requiere operaciones lógicas intrincadas que, a veces, hasta se facilitan recurriendo al empleo de formalizaciones apropiadas.

Éste es el momento en que aparecen los problemas lógicos de interpretación, las lagunas, las contradicciones, las redundancias. [...]

[5] LA SUPERACIÓN DE LAS INDETERMINACIONES LÓGICAS

Parece bastante claro que no hay forma de eliminar las lagunas del derecho sin acudir a consideraciones de índole axiológica, consideraciones que el derecho mismo no puede agotar del todo —por más que contenga principios de interpretación—, ya que las propias normas jurídicas interpretativas están sometidas a problemas de

interpretación y seguramente presentarán lagunas. Todos sabemos a estas alturas que, por ejemplo, el principio de la analogía puede ser contrapuesto con la regla *a contrario*, y que aun cuando *se* aplique aquel principio, hay amplias posibilidades de maniobra acerca de cómo determinar qué situaciones son análogas.

Existen ciertas reglas, muy difundidas, para resolver contradicciones; las más conocidas son las llamadas *lex superior* (la ley superior prevalece sobre la inferior), *lex posterior* (la ley posterior prevalece sobre la anterior) y *lex specialis* (la ley especial prevalece sobre la general). Muchas veces estas reglas son tomadas conscientemente o inconscientemente como reglas lógicas y, de este modo, ciertas contradicciones se consideran como tales. Sin embargo, ellas, sobre todo la *lex specialis*, no tienen aplicación universal, y, lo que es más importante, ¡pueden entrar en contradicción! (una ley especial puede ser, por ejemplo, anterior a una ley general). Por lo tanto, tampoco las contradicciones pueden resolverse sin adoptar opciones de índole moral.

En cuanto a las redundancias, muchas veces los intérpretes las aprovechan para reformular el derecho a fin de aproximarlo más a exigencias de justicia, reinterpretando alguna de las normas redundantes para que se distinga de la anterior y permita alcanzar una solución más justa.

[6] LA SUBSUNCIÓN DEL CASO INDIVIDUAL EN LA NORMA

Este paso es el que finaliza la tarea de aplicación de una norma al caso. Éste es un paso, en cierto sentido, mixto: por un lado requiere una nueva derivación de implicaciones lógicas aplicables estrictamente al caso individual, una vez que el sistema normativo relevante ha sido reconstruido eliminándose sus indeterminaciones. Por otro lado, requiere, por supuesto, las operaciones empíricas necesarias para determinar las propiedades del caso; pero también en este paso intervienen consideraciones valorativas. [...]

En síntesis, hemos visto que en diversos momentos del proceso de transformación de materiales jurídicos en proposiciones, que subyace al proceso causal que vincula ciertos materiales jurídicos con otros, es ineludible recurrir a consideraciones extrajurídicas, o sea, a principios que tienen las características de los que llamamos «morales». Ello es necesario, en primer lugar, para elegir un criterio general de asignación de significado a los textos, optando entre alternativas más subjetivistas o más objetivistas y, dentro de cada una de ellas o de alternativas mixtas, eligiendo entre innumerables disyuntivas. Tras el paso empírico de la determinación de significado de acuerdo a los criterios anteriores, aparecen las indeterminaciones semánticas, sintácticas y pragmáticas; tales indeterminaciones sólo pueden superarse mediante consideraciones axiológicas. Sólo una vez que se superan tales indeterminaciones pueden inferirse las consecuencias lógicas de lo que ahora ya son las proposiciones normativas que constituyen el significado de los materiales jurídicos. La inferencia, más o menos fácil según los casos, de tales consecuencias lógicas revela nuevas indeterminaciones, como las lagunas, las contradicciones y las redundancias, que tampoco podrán ser eliminadas sin nuevas consideraciones axiológicas. Por último, está el paso mixto de subsunción de un caso particular en la norma, momento en el que también intervienen consideraciones valorativas una vez que se pone de manifiesto la inadecuación de algunas de las conclusiones axiológicas a las que se llegó anteriormente.

De modo que el proceso de transformación de los materiales jurídicos en proposiciones y de la inferencia del contenido normativo de una decisión específica a partir de tales proposiciones, está totalmente mediatizado por consideraciones de índole moral. También la dimensión interpretativa del discurso jurídico

forma parte del discurso práctico más amplio. Si hacemos abstracción de tales valoraciones y concebimos el discurso jurídico como insular, los materiales jurídicos se presentan como «cajas negras», absolutamente compatibles con cualquier acción o decisión (Nino 1994: 87-100).

5.6,B) DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS E INTERPRETACIÓN

La noción de derrotabilidad (y las lógicas no monótonas) ha sido objeto en los últimos tiempos de una gran atención. Alchourrón se ocupó de ese problema en varios trabajos de su última época. En el texto que sigue propone un enfoque disposicional de la derrotabilidad que considera puede ser de interés en relación con la interpretación de normas jurídicas:

Independientemente de la noción corriente de ambigüedad, existe una clase de indeterminación más compleja sobre la cual usualmente no se discute. En Inteligencia Artificial y en lógica se conoce a este problema como el problema de la no monotonía o derrotabilidad.

En el lenguaje corriente, las construcciones condicionales de la forma «Si *A* entonces *B*» son frecuentemente usadas de un modo tal que no se pretende con ellas afirmar que el antecedente *A* es una condición suficiente del consecuente *B*, sino sólo que el antecedente, sumado a un conjunto de presupuestos aceptados en el contexto de emisión del condicional, es condición suficiente del consecuente *B*. Éste es el caso, por ejemplo, cuando se afirma, con relación a una cierta muestra de gas, que su volumen aumentará si se eleva la temperatura, suponiendo en el contexto que la presión se mantendrá constante. La afirmación condicional es derrotada cuando alguno de los presupuestos implícitos es falso.

Un condicional derrotable también puede ser definido como un condicional sujeto a excepciones implícitas. En el ejemplo, una variación en la presión del gas constituye una excepción implícita que derrota la afirmación condicional. En relación con un condicional derrotable puede ser verdadero que «Si *A* entonces *B*» y falso que «Si *A* y *C* entonces *B*». En tal caso, la circunstancia C constituye una excepción que derrota el condicional «Si *A* entonces *B*». La anterior es la definición estándar en lógica de los condicionales derrotables. Es decir, un condicional es derrotable si el siguiente esquema de inferencia (denominado *refuerzo del antecedente*) es lógicamente inválido: de «Si *A* entonces *B*» se sigue que «Si *A* y *C* entonces *B*».

Muchos de los enunciados condicionales de nuestro lenguaje corriente son, en este sentido, derrotables. La idea de la derrotabilidad se vincula con la noción de «normalidad». Formulamos nuestras afirmaciones para circunstancias normales, sabiendo que en ciertas situaciones nuestros enunciados serán derrotados. La noción de normalidad es relativa al conjunto de creencias del hablante y al contexto de emisión. Lo que resulta normal para una persona en un cierto contexto puede ser anormal para otra persona O para la misma persona en un contexto diferente.

Muchas (sino todas) las formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma aunque ellas no están explícitamente enunciadas. Incluso una regla muy simple y clara como «todo conductor debe detenerse frente a un semáforo en rojo» puede tener excepciones no formuladas explícitamente. Por esta razón Hart sostenía que las reglas deberían ser leídas como si finalizaran con una cláusula como «a menos que...», pretendiendo con ello expresar que las reglas poseen un conjunto

indeterminado de excepciones implícitas. Habitualmente nuestra comprensión de la regla nos permitirá hacer una lista de excepciones implícitas, así como una lista de circunstancias que no han sido mencionadas por cuanto son rechazadas como excepciones. Pero la relatividad de la noción de normalidad vuelve ambiguas muchas situaciones desde el punto de vista del intérprete. La regla de tránsito anterior puede ser entendida por alguien que viene de California con la excepción tácita «a menos que doble hacia la derecha», la cual sería excluida en los países europeos. A menos que las excepciones hayan sido explicitadas, el contenido conceptual de la expresión normativa permanece indeterminado.

Pero ¿cómo se identifican las excepciones implícitas respecto de una formulación normativa? ¿Cómo saber qué significado se ha atribuido a una expresión normativa derrotable, esto es, cómo saber cuál es la norma expresada por ella? Para responder a estas preguntas acudiré a una noción disposicional de la derrotabilidad. Aunque no es la única forma de tratar la cuestión, este enfoque resulta particularmente adecuado para el análisis de algunos problemas de la interpretación jurídica.

De acuerdo con el enfoque disposicional, una condición *C* cuenta como una excepción implícita a una afirmación condicional «Si *A* entonces *B*», formulada por un hablante *X* en un tiempo *T* cuando existe una disposición por parte de *X* en el tiempo *T* para afirmar el condicional «Si *A* entonces *B*» y simultáneamente rechazar «Si *A* y *C* entonces *B*». Esto significa que *C* es una excepción que ha de ser incluida en el contenido conceptual expresado por el condicional si es verdadero que *X* en el tiempo *T* habría hecho la excepción si hubiese considerado el caso de la ocurrencia conjunta de *A* y *C* como antecedente del condicional. Por otra parte, una condición *C* cuenta como una *no excepción implícita* cuando existe una disposición por parte de *X* en el tiempo *T* para afirmar el condicional «Si *A* entonces *B*» conjuntamente con «Si *A* y *C* entonces *B*». Esto significa que *C* ha de ser excluida como excepción con respecto al contenido conceptual del condicional si es verdadero que *X* en el tiempo *T no* habría hecho la excepción si hubiese considerado el caso de la ocurrencia conjunta de *A* y *C* como antecedente del condicional. Debería advertirse que pueden existir circunstancias en las cuales una condición *C* no constituya una excepción implícita ni tampoco una no excepción implícita. Éste sería el caso si en el tiempo *T* no existe una disposición por parte de *X* para incluir a *C* como una excepción ni tampoco existe una disposición por parte de *X* para excluir a *C* como excepción. El carácter de *C* como excepción se encuentra indeterminado en un caso semejante. En consecuencia, el contenido conceptual del condicional también será indeterminado con relación a *C*. De manera que hay tres posibilidades para una condición *C*: puede ser (*i*) una *excepción implícita*, (*ii*) una *no excepción implícita* o puede estar (*iii*) *indeterminada* como excepción.

En contextos jurídicos, el enfoque disposicional de la derrotabilidad posee algunas consecuencias que pueden parecer paradójicas. Supóngase que el legislador al tiempo de promulgar una ley no ha tomado en cuenta una cierta circunstancia *C*. Por supuesto, en ese momento no se encontraba en posición de presentar *C* como una excepción implícita, pero si es verdad que, de haber considerado *C*, la habría introducido como excepción, el enfoque disposicional considera *C* una excepción implícita incluso al tiempo de su promulgación. En la norma expresada por la ley, *C* es una excepción. La explicación de este resultado aparentemente sorprendente es que, como se está tratando de comprender el contenido conceptual de un acto de habla, se debe tomar en consideración el conjunto de creencias fácticas y valorativas del emisor; lo cual implica tomar en cuenta sus disposiciones para reaccionar frente a diferentes circunstancias. Consecuentemente, el propósito del enfoque disposicional consiste en establecer el contenido conceptual de

los textos normativos considerando el punto de vista valorativo del legislador (Alchourrón 2000: 23-26).

1) ¿Podría utilizarse la noción de derrotabilidad para aclarar la distinción entre reglas y principios? Por ejemplo, ¿podría decirse que las reglas son *excepcionalmente* derrotables, mientras que los principios lo son *esencialmente*? Alchourrón mismo parece haber sostenido esta tesis en un texto en el que equipara la noción de «derrotabilidad» (*defeasibility*) con la de «deberes *prima facie*» (en el sentido de David Ross):

> La importancia de las ideas de [David] Ross acerca de los deberes *prima facie* no puede ser subestimada, pues no están restringidas al campo de la ética y de la moral. Una de las discusiones más importantes de este siglo en la filosofía del derecho fue la sostenida por H. Hart y R. Dworkin sobre la naturaleza de los elementos de un sistema jurídico. Hart, en su famoso libro *The Concept of Law* (1961), sostiene que un sistema jurídico es un conjunto estructurado de reglas (normas). A esta tesis Dworkin objetó en «The Model of Rules» (1967) que en un sistema jurídico hay elementos de dos clases completamente diferentes: reglas y principios. Consecuentemente, la teoría de Hart era inadecuada por ser incompleta, no tomaba en cuenta la existencia de los principios con su peculiar naturaleza. La crítica de Dworkin a Hart es, en la filosofía del Derecho, paralela a la crítica de Ross a Kant en el campo de la moral. Dworkin sostenía que la diferencia entre reglas y principios es de naturaleza lógica. Las reglas se aplican o no se aplican a los casos, la respuesta a la cuestión de su aplicabilidad es siempre del tipo sí o no. No hay grados en su campo de aplicabilidad. Por el contrario, la aplicabilidad de los principios es siempre una cuestión de grado: se debe, en cada caso, sopesar un principio con otros para saber cuál es aplicable, debido a que un principio puede ser desplazado por otro en ciertos casos. En otras palabras, los principios son derrotables en su misma naturaleza (Alchourrón 2011: 69-70).

2) ¿No es ése también el significado del concepto de «condición de refutación» (*rebutal*) en el esquema argumentativo de Toulmin? Si es así, ¿tiene sentido la crítica de Toulmin al uso de las lógicas no monótonas en el razonamiento jurídico (y en el razonamiento en general [*vid.* III,3,C])?

3) Como señala Alchourrón al final del texto, es posible, de acuerdo con su enfoque, considerar *C* como una excepción implícita desde el momento de la promulgación de una ley, incluso aunque el legislador no se lo hubiese planteado en ese momento, pero siempre y cuando haya razones para pensar que, si la hubiese considerado, la hubiese introducido. ¿Pero significa eso que, si el estatus de *C* fuera (poniéndose en el lugar del legislador) una *no excepción implícita* o estuviera *indeterminada* como excepción, entonces no sería posible interpretar *C* como una excepción (o sea, no se puede explicitar lo que no estaba implícito)? ¿No es eso un límite inaceptable para una teoría de la interpretación jurídica? Dicho de otra manera, ¿está limitado el enfoque disposicional de la derrotabilidad que presenta Alchourrón por el hecho de que presupone una determinada teoría de la interpretación jurídica, una teoría intencionalista? ¿No es, por tanto, un enfoque que pueda servir para una concepción constructivista de la interpretación como la de Dworkin?

5.6,C) INTERPRETACIÓN Y CONSTITUCIONALISMO

En el texto que sigue, Isabel Lifante analiza la contraposición existente entre dos grandes concepciones de la interpretación en nuestros días, y que se puede presentar en términos de teorías subjetivistas frente a objetivistas, o bien de teorías intencionalistas frente a constructivistas. Isabel Lifante muestra y justifica su preferencia por las del segundo tipo —una concepción como la de Dworkin— y señala además que es la más adecuada para dar cuenta del fenómeno del constitucionalismo. Aunque Lifante no se exprese exactamente en estos términos, podría decirse también que se trata de optar por una concepción post-positivista de la interpretación jurídica, frente a una de tipo positivista:

La cuestión que ahora nos queda por abordar es precisamente la de cómo se debe interpretar en el Derecho, o dicho de otro modo, cómo entender el papel de los clásicos instrumentos o métodos interpretativos [gramatical, lógico, histórico y sistemático]. Muchas veces las aportaciones en este punto se limitan a constatar la existencia de esos cuatro elementos o instrumentos, señalando que en caso de conflicto —más que probable— la teoría de la interpretación jurídica no tiene más que decir. Ahora bien, si hemos considerado que la naturaleza de la actividad interpretativa es la de ser una actividad argumentativa, creo que estamos comprometidos a considerar que existe una pretensión de corrección que afecta a esta actividad (lo cual, por otro lado, responde a nuestras prácticas interpretativas en este sentido).

Existen dos grandes teorías prescriptivas a propósito de la interpretación jurídica. Me refiero a la clásica contraposición entre las teorías subjetivistas y las objetivistas, que hoy se presenta —por influencia de la teoría de Dworkin— como contraposición entre teorías intencionalistas y constructivistas. Los intencionalistas sostienen que interpretar consiste básicamente en descubrir los motivos o las intenciones de un autor (el modelo interpretativo que aquí estaría operando sería el conversacional: donde al interpretar se trata de averiguar la intención del hablante, qué nos quiere decir). Por el contrario, los constructivistas sostienen que interpretar, en el contexto de una práctica social como el Derecho, consiste en mostrar el objeto interpretado bajo su mejor perspectiva.

¿Podría pensarse en la posibilidad de encontrar una posición intermedia que conciliara ambas posiciones? Cada una de ellas parece representar una exigencia distinta de los Estados de Derecho: la concepción intencionalista parece adecuarse a la dimensión de autoridad del Derecho que supone el imperio de la ley y la división de poderes, mientras que la concepción constructivista se adecua a la dimensión valorativa encarnada en la protección de los derechos y libertades fundamentales y en general en muchos de los rasgos de la ideología constitucionalista que antes hemos presentado.

Quizás pudiera decirse que en la primera de esas dimensiones (la de la autoridad) se encuentra la explicación de por qué la interpretación es tan importante en el Derecho (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en la moral), mientras que en la segunda (en la dimensión valorativa) es donde se encuentra la respuesta al para qué interpretar, cuál es su finalidad (y, por tanto, la respuesta a cómo se debe interpretar). Dicho en palabras de Atienza [...], la obediencia al legislador puede ser el límite pero no el objetivo de la interpretación. Por eso creo que debe defenderse un modelo o una teoría constructivista o dependiente de valores de la interpretación jurídica. [...]

Desde esta perspectiva constructiva, el objetivo de la interpretación es presentar su objeto como el mejor ejemplo posible del género al cual se considera que pertenece. De aquí se sigue que debemos abordar la tarea interpretativa previamente equipados con una idea de lo que es valioso en el género pertinente. De este modo la tarea interpretativa requiere llevar a cabo dos tipos distintos de juicios evaluativos, a los que Dworkin denomina, respectivamente, «juicios evaluativos primarios» y «juicios evaluativos secundarios». Los juicios evaluativos primarios son los encargados de determinar qué es lo que se considera valioso en el género al que pertenezca el objeto que pretendemos interpretar. Los juicios evaluativos secundarios tratan de determinar cómo debe interpretarse el objeto en cuestión para que el mismo se considere como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece, es decir, para que los valores identificados en la fase anterior se encuentren desarrollados al máximo de sus posibilidades. [...]

Podemos ahora, replantear la oposición entre el modelo interpretativo intencionalista o comunicativo, y un modelo constructivo o dependiente de valores, como el de Dworkin. Para las teorías intencionalistas, como la de Raz y Marmor, el Derecho es visto desde la primera perspectiva [una perspectiva autoritativa: el Derecho como conjunto de normas generales provenientes de una autoridad]: todo el Derecho está basado en fuentes, lo que implica que ha de poder identificarse haciendo referencia exclusivamente a hechos sociales. Con esta exigencia se oponen expresamente tanto a la «tesis de la incorporación» (según la cual también sería Derecho lo que está implícito en el Derecho basado en fuentes) como a una «tesis de la coherencia» tipo Dworkin [...]. Se trata de un «modelo comunicativo de Derecho», según el cual el Derecho es básicamente un producto de actos de comunicación, y las peculiaridades de la interpretación jurídica pretenden ser abordadas utilizando la relación tripartita típica de cualquier situación comunicativa y que, en el caso del Derecho, vendría constituida por los siguientes elementos: Legislador / Texto legislativo / Intérprete. Pero este esquema es demasiado pobre. El intérprete jurídico no se encuentra sólo con un texto (creado por una determinada autoridad legislativa) que ha de ser interpretado, sino que ese texto se integra en un todo (en el que conviven —entre otras cosas— muchos otros textos y autoridades, además de fines y valores, actitudes, etc.); y el significado que ha de atribuírsele mediante la interpretación debe ser el significado «según el Derecho». Esta exigencia es mucho mejor atendida desde una teoría como la dworkiniana. [...]

La teoría de la interpretación jurídica que aquí he intentado defender se caracterizaría por primar la referencia a los valores o principios del Derecho, sobre sus aspectos autoritativos; por ver al Derecho más como una práctica social que como un mero conjunto de textos; por reivindicar el carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho, y defender una conexión entre las diferentes esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política. Pues bien, lo que he querido mostrar es que esta teoría de la interpretación es la que mejor encaja con los rasgos que caracterizarían al Derecho según el nuevo paradigma constitucionalista que está abriéndose camino en la teoría y práctica jurídicas (Lifante 2009: 257-278).

5.7,A) DISCRECIONALIDAD Y NORMAS DE FIN

Como se señaló en VI,5.7, las cuestiones de discrecionalidad en sentido estricto surgen como consecuencia de la existencia en el Derecho de normas de fin (que se contraponen a las de acción; en particular, a las *reglas* de acción). En los fragmentos que siguen, Isabel Lifante precisa el concepto de norma de fin, aclarando que esas normas no dotan al desti-

natario de las mismas de libertad en el sentido de «permiso» para actuar dentro de ciertos márgenes, sino de «responsabilidad» para seleccionar los medios adecuados para lograr el fin; muestra que la justificación de actos discrecionales no puede llevarse a cabo simplemente mediante un argumento *subsuntivo*; y subraya que el fenómeno de la discrecionalidad no tiene un carácter marginal, sino que es central en el contexto del Derecho del Estado constitucional:

La cuestión que queda ahora por responder es la de qué es lo que nos hace caracterizar a [determinados poderes] como poderes discrecionales y la tesis que a este respecto defiendo es que lo que caracteriza a los poderes «discrecionales» frente al resto de poderes que pueden poseer las autoridades jurídicas (y a los que suele llamarse poderes «reglados») no sería el no estar regulados jurídicamente, sino el que su regulación vendría dada por un tipo específico de normas jurídicas: las normas de fin.

Para caracterizar a este tipo de normas tomaré como punto de partida el análisis de los distintos tipos de normas regulativas de Atienza y Ruiz Manero (1996), quienes dentro de esta categoría contraponen las normas de fin a las normas de acción. Mientras que estas últimas califican deónticamente una acción, las «normas de fin» no predeterminan de antemano la conducta exigida, sino únicamente el fin a perseguir o a maximizar. Pero creo que para estar en presencia de una norma de fin, no basta con que existan diversos medios causalmente idóneos para producir un determinado resultado entre los que el destinatario tenga que elegir[27], sino que la selección de estos medios, el modo en que se da lugar a un determinado estado de cosas o que se maximiza un fin, ha de ser considerado como «jurídicamente relevante». Por decirlo de otro modo, creo que las normas de fin operan como *mandatos de optimización*, en el sentido de que a lo que obligan es a adoptar el medio considerado óptimo a la luz de las circunstancias del caso para dar lugar o maximizar el fin previsto. No se trata meramente de conseguir el máximo de algo, sino de optimizar los recursos disponibles para la consecución o maximización de algo. La norma no determina de antemano cuál es la acción (o las acciones) a realizar, sino que dicha determinación ha de ser llevada a cabo por el sujeto destinatario de la norma, quien, a la luz de las circunstancias del caso, deberá adoptar la decisión que considere más eficiente a efectos de conseguir o maximizar el fin perseguido. Por lo tanto, estas normas no pueden interpretarse como aquellas que dotan a sus destinatarios de libertad, en el sentido de *permiso*, para elegir uno de los distintos medios; sino más bien lo que hacen es hacer *responsable* al destinatario de la norma de la selección de los medios para lograr el fin. Estas normas no delimitan *ex ante* la articulación de los diferentes intereses en conflicto, sino que exigen en cada caso una ponderación de esos intereses que desemboque en la determinación del peso relativo de cada uno de ellos, y serán estas ponderaciones las que conduzcan a determinar las actuaciones a seguir en cada caso. Eso implica que es el órgano que goza del poder discrecional el que debe determinar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, cuál es el medio óptimo para dar lugar

27. Si así fuera, prácticamente todas las normas que establecen deberes positivos cumplirían este requisito, puesto que puede pensarse que siempre hay diversas formas —o medios— de llevar a cabo una acción (por ejemplo, una norma que nos obliga a pagar un impuesto puede ser cumplida llevando a cabo una transferencia bancaria, o bien depositando el dinero en metálico en las oficinas de la administración correspondiente...).

o para maximizar el fin perseguido, afectando lo menos posible a otros fines o valores reconocidos o promocionados por el propio Derecho.

La específica regulación que pesa sobre este tipo de poderes no implica que el ejercicio de los mismos no pueda —o no deba— ser sometido a control jurídico, pero es cierto que el mismo presentará ciertas particularidades, dado que la justificación de los actos discrecionales será distinta a la de los actos en ejercicio de los llamados «poderes reglados» (los regulados mediante reglas de acción). Para la justificación de los actos discrecionales no basta con construir un silogismo subsuntivo que contenga, como premisa mayor, una norma del sistema. De un razonamiento deductivo, no se puede extraer más información que la contenida en las premisas y si las normas aquí aplicables son normas de fin, entonces nuestras premisas no nos dicen cuál es la concreta actuación exigida. Parece claro que sólo en el caso de que en la premisa normativa aparezca una regla de acción, la conclusión del razonamiento subsuntivo indicará cuál es la acción que se debe emprender. Por ello, para considerar que una determinada actuación en ejercicio de un poder discrecional está justificada, habrá que añadir algunas premisas a ese razonamiento subsuntivo. En particular habrá que añadirle premisas fácticas acerca de las circunstancias concretas del caso y acerca de la adecuación, dadas esas circunstancias, de los medios adoptados para conseguir los fines prescritos; pero también habrá que añadir premisas valorativas que lleven a considerar que la decisión adoptada es la que opta por el que cabe considerar como el «mejor» de los medios disponibles (en el sentido no sólo de que es el que maximiza el resultado, sino que lo hace afectando lo menos posible a los intereses en juego). Por ello, puede decirse que aquí ya no estamos ante una actividad meramente aplicativa del Derecho, sino que, junto a ella, aparece una actividad de desarrollo y concreción del Derecho (que podría verse como intermedia entre la creación del Derecho y su aplicación).

[...] A modo de conclusión, creo que podría decirse —siguiendo a Galligan [...]— que la discrecionalidad jurídica, o mejor dicho, uno de los fenómenos que se engloban bajo este rótulo y que coincidiría con [el sentido implícito en el uso de la expresión «poderes discrecionales»], no puede seguir concibiéndose como un efecto colateral de la existencia de normas generales, ni como un fenómeno meramente periférico al ejercicio de la autoridad como durante mucho tiempo ha sido concebida por los teóricos del Derecho [...] La discrecionalidad jurídica ha de ser vista, por el contrario, como un fenómeno central y necesario para llevar a cabo una de las funciones esenciales de los Derechos contemporáneos: la de promover activamente ciertos fines o valores. La discrecionalidad así entendida ha de concebirse como un modo normal de conferir poderes allí donde se considera importante que los órganos jurídicos adopten decisiones atendiendo a las evaluaciones que ellos mismos realicen a la luz de las circunstancias de los casos concretos; evaluaciones que pueden —y creo que deben— estar sometidas a control (Lifante 2002: ap. 4.2).

5.7,B) DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y SALARIO MÍNIMO

El uso de normas de fin (reglas y principios —directrices—) es frecuente para regular la conducta del Gobierno y de la Administración. No son, por tanto, normas que se dirijan directamente a los jueces, pero éstos pueden tener que controlar su seguimiento, esto es, comprobar que el ejercicio de la discrecionalidad que las mismas otorgan no supera ciertos límites y es, en consecuencia, legítimo. Pues bien, para llevar a cabo ese control, lo que puede resultar determinante es la interpretación de la norma de fin:

como más o menos cerrada. Un ejemplo interesante (y controvertido) de «cierre» de una norma de fin lo ofrece la Corte Constitucional colombiana, en una sentencia (815/99) referida a una ley relativa a la fijación del salario mínimo.

El caso es el siguiente. Una ley de 1996 estableció una comisión tripartita formada por representantes del Gobierno, de los empleadores y de los trabajadores para fijar cada año, de manera consensuada, el salario mínimo. Sin embargo, si no se alcanzaba ese consenso en cierta fecha, un artículo señalaba que «el Gobierno lo determinará [el salario mínimo] teniendo en cuenta como parámetros la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto (PIB) y el índice de precios al consumidor (IPC)». Unos años después, una ciudadana interpone una demanda de inconstitucionalidad por considerar que la aplicación de ese artículo, al permitir que el aumento del salario mínimo fuese en un porcentaje inferior a la inflación del año anterior, llevaba a una pérdida de poder adquisitivo del salario mínimo legal lo que, en su opinión, iba en contra de diversos artículos de la Constitución. El Tribunal, por amplísima mayoría, resolvió que la norma era constitucional, pero que la misma debía interpretarse en el sentido de que el salario fijado nunca podría ser inferior al porcentaje del IPC del año que expiraba. Se basó para ello en diversos artículos de la Constitución que consagran la protección constitucional del trabajo (art. 25), la necesidad de mantener una remuneración mínima vital y móvil (art. 53), la función social de la empresa (art. 333) y el objetivo constitucional de «asegurar que todas las personas, en particular las de menos ingresos, tengan acceso a los bienes y servicios básicos» (art. 334).

La argumentación de la sentencia es algo dispersa, pero el núcleo de ésta parece contenerse en los siguientes fragmentos de la misma:

> Ahora bien, no goza el Gobierno en esta hipótesis de una facultad discrecional y menos todavía arbitraria. Está sujeto a unos límites que la misma norma legal introduce y que esta Corte juzga exequibles [constitucionales], siempre que se los tenga en cuenta a todos y de manera armónica y razonable, agregando a ellos y dando preferencia a los postulados que inspiran el Ordenamiento Constitucional.
>
> En otros términos, la constitucionalidad del precepto surge de la confluencia de esos criterios legales, ninguno de los cuales puede prevalecer sobre los otros ni ser aplicado de manera excluyente respecto de los demás, con los criterios constitucionales propios del Estado Social de Derecho, la especial protección al trabajo y la remuneración mínima vital y móvil a la que tienen derecho los trabajadores; todo lo cual significa que la motivación del decreto que el Gobierno expida los deberá contemplar en su totalidad y considerando la prevalencia que tienen los criterios constitucionalmente enunciados.
>
> Además, el Ejecutivo, al dictar la pertinente normatividad debe tener en cuenta que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones (art. 333 CP) y que la dirección general de la economía, a cargo del

Estado, y la intervención estatal en la misma, por mandato de la ley, buscan, entre otros objetivos, el de racionalizarla para conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y, de manera especial, el de asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

Ahora bien, la demanda que ha dado lugar al presente proceso recae específicamente sobre uno de tales criterios, el de la meta de inflación del siguiente año, o inflación esperada, fijada por el Banco de la República.

La Corte halla que los argumentos de la accionante son razonables y ceñidos a la Constitución, y muy particularmente al concepto mismo del Estado Social de Derecho (Preámbulo y art. 1) y a la protección especial que, en la Carta, merece el trabajo (arts. 1, 25 y 53), pero no deduce de ellos la inconstitucionalidad de los vocablos impugnados sino la necesidad de su interpretación conforme a la Carta Política.

En efecto, la Corte considera que, si el indicado parámetro de la meta de inflación proyectada para el año siguiente fuese el único que ha de considerar el Gobierno para motivar su decisión supletoria sobre salario mínimo, la norma sería inconstitucional, como lo sostiene la actora, ya que implicaría una orden legal impartida al Gobierno para disminuir periódicamente, en términos reales, el salario de los trabajadores colombianos.

Es un hecho notorio el de que, en nuestro medio, los anuales reajustes salariales son rápidamente desbordados por el real y efectivo aumento del costo de vida, lo que ocasiona que cada vez sea menor la capacidad de compra de los bienes y servicios básicos, indispensables para el sostenimiento de los trabajadores y de sus familias.

El artículo 25 de la Constitución expresa que el trabajo es un derecho y una obligación social y que goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. [...]

Así las cosas, vulneraría la Constitución una disposición legal que obligara al Gobierno a plasmar los aumentos periódicos del salario mínimo sobre la única base de la inflación calculada, prevista o programada para el siguiente año, con olvido de la inflación real que ha tenido lugar en el año precedente y que efectivamente ha afectado los ingresos de los trabajadores.

Más aún, la Corte coincide con lo expuesto por el Procurador General de la Nación en el sentido de que el Gobierno, en la hipótesis de la norma, debe ponderar los factores contenidos en ella, pero que, en todo caso, el reajuste salarial que decrete nunca podrá ser inferior al porcentaje del IPC del año que expira. Y ello por cuanto, como el Ministerio Público lo dice, el Gobierno está obligado a velar por que el salario mantenga su poder adquisitivo, de tal forma que garantice el mínimo vital y móvil a los trabajadores y a quienes de ellos dependen. De lo contrario, vulnera el artículo 53 de la Constitución.

1) Es difícil no considerar justo lo establecido por la Corte Constitucional: se trata de una decisión que supone proteger precisamente a los peor situados en la sociedad. Pero parece haber razones también para pensar que el Tribunal, al reducir drásticamente la discrecionalidad del Gobierno, estaría comportándose como un legislador, esto es, asumiendo competencias que no le pertenecen. ¿Es así? ¿Es compatible la decisión del Tribunal con el principio democrático?

2) ¿Hay realmente criterios objetivos para controlar lo que el Tribunal llama «interpretación conforme con la Constitución», o se trata de una simple cláusula para justificar un acto de voluntad, la imposición de su criterio de lo justo frente a lo establecido por el legislador? ¿Es esta sentencia, en definitiva, un ejemplo de los peligros denunciados por los críticos del «constitucionalismo» contemporáneo? ¿Y sería compatible esa sentencia con un tipo de «constitucionalismo» como el defendido por Ferrajoli?

3) ¿Qué entiende la sentencia (al comienzo del fragmento reproducido) por «arbitrariedad» y por «discrecionalidad»? ¿Está, en realidad, convirtiendo lo que es una actividad discrecional del Gobierno (de acuerdo con la ley) en una actividad reglada, esto es, convirtiendo una *directriz* en una *regla* de acción?

4) Trate de esquematizar la argumentación llevada a cabo por la Corte para llegar a la conclusión a la que llega. ¿Hay alguna premisa del argumento que le parezca discutible? ¿Hay alguna premisa implícita?

5.7,C) DISCRECIONALIDAD Y JUICIOS COMPARATIVOS

Un ejemplo característico de ejercicio de poderes discrecionales se produce con el nombramiento de ciertos cargos públicos. En España, por ejemplo, el nombramiento de magistrado del Tribunal Supremo corresponde al Consejo General del Poder Judicial, que goza para ello de una amplia libertad, si bien tiene que respetar el principio de mérito y de capacidad y motivar su decisión. Los acuerdos de ese órgano, por otro lado, pueden ser recurridos ante una sala (la Tercera) del propio Tribunal Supremo. En su sentencia de 27 de noviembre de 2007, el pleno de la Sala declaró nulo el nombramiento de dos magistrados del Tribunal Supremo, por considerar que no había habido una motivación suficiente por parte del Consejo. La sentencia tuvo varios votos disidentes, básicamente por entender que la mayoría había llevado demasiado lejos las exigencias de motivación; en varios de esos votos disidentes se sostiene, en concreto, que no es admisible la exigencia (establecida por la mayoría) de que la motivación debía contener juicios comparativos. He aquí un fragmento de la sentencia y de uno de los votos disidentes, referido a esta última circunstancia:

A)

SÉPTIMO. [...] [E]l estudio del expediente administrativo que ha formalizado los dos nombramientos objeto de impugnación en el presente proceso, y cuyos datos más importantes han sido reseñados en el anterior fundamento de derecho cuarto, no permite comprobar que esas dos designaciones aquí polémicas hayan sido debidamente justificadas con una motivación que cumpla con las mínimas exigencias que resultan necesarias para darle validez.

Lo que contiene la pretendida motivación del Consejo es, de una parte, la simple enumeración de unos datos que son sustancialmente comunes a todos los aspirantes, por encarnar los jalones normales de cualquier trayectoria jurisdiccional o los requisitos que resultaban imprescindibles para el acceso a la carrera

judicial a través de las distintas vías legalmente establecidas para ello (así ocurre con la descripción de destinos, estudios o titulaciones).

De otra parte, lo que se incluye son unos juicios de valor, exteriorizados a través de expresiones como las de «elevado carácter técnico de las resoluciones», «amplia cultura jurídica», «acreditada trayectoria», «dilatada trayectoria profesional» o «calidad científica», a los que no puede atribuirse relevancia por haber sido realizada su formulación sin una referencia a un preciso soporte objetivo y en términos puramente genéricos.

Lo primero es de apreciar porque no se describe la concreta muestra de actividad jurisdiccional, académica o científica que específicamente es tomada en cuenta para, mediante su contraste con experiencias de parecida índole de los otros candidatos, atribuir una preferencia a los nombrados; y lo segundo resulta porque, en relación a la muestra que pudiera haber sido ponderada, tampoco se precisa el singular rasgo o característica que se toma en consideración para hacerla acreedora de esa superior estimación cualitativa que le es otorgada.

Debe decirse que el examen de las solicitudes de los participantes en la convocatoria litigiosa, obrantes en el expediente administrativo, incluyen trayectorias profesionales, publicaciones, actividades docentes o actuaciones formativas aparentemente muy similares a las de los nombrados. Por lo que no acaba de averiguarse cuál es la razón que lleva, primero a la Comisión de Calificación [del Consejo] y después al Pleno del Consejo, a atribuir esos positivos juicios de valor solamente a las dos personas que resultaron elegidas o, en todo caso, a hacerlo en un grado superior.

Esa pretendida explicación de los aquí discutidos nombramientos, realizada en los términos que acaban de señalarse, no merece la consideración de verdadera motivación; y no la merece por muy flexible que se sea en cuanto a la configuración que puede presentar este requisito y por muy amplia que sea la potestad que legalmente tiene reconocida el Consejo para realizar esos nombramientos (que efectivamente lo es).

Ha de compartirse, en consecuencia, el reproche que viene a realizar la demanda de que no se está ante una verdadera motivación sino ante una simple apariencia de ella.

Y debe insistirse en que esa omisión de una suficiente motivación es mucho más significativa si se tiene en cuenta que se trata de designaciones para Magistrados del Tribunal Supremo, ya que en ellas, por ir referidas a la máxima categoría de la carrera judicial, rigen con el mayor nivel de exigencia los principios de mérito y capacidad (como declaró la sentencia del Pleno de esta Sala de 29 de mayo de 2006). [...]

NOVENO. La consecuencia lógica de todo lo afirmado anteriormente es que será en el Informe de la Comisión de Calificación donde deberán estar presentes esas exigencias sustantivas y formales que han sido señaladas como inexcusables.

Dicho Informe deberá contener una descripción de las fuentes de información que han sido utilizadas, en relación a todos los solicitantes (y, en su caso, en relación también al candidato que pueda ser propuesto a pesar de no haberlo solicitado inicialmente), para constatar el mérito y capacidad específicamente referido al trabajo jurisdiccional desarrollado; lo que sin duda obligará a haber examinado un número significativo de resoluciones jurisdiccionales.

También habrá de consignar los específicos criterios de mérito y capacidad que, a la vista de la singular convocatoria de que se trata y de las circunstancias constatadas de los participantes, han sido considerados preferentes para elaborar la relación de candidatos que es elevada al Pleno.

Y por lo que en particular se refiere a los candidatos finalmente incluidos en esa relación, señalará las concretas actividades jurisdiccionales y extrajuris-

diccionales que han sido tenidas en cuenta para apreciar en ellos la concurrencia en mayor medida de aquellos criterios de preferencia; y mediante su contraste con las actividades de parecida índole concurrentes en los otros aspirantes, el informe expresará también cuáles son las razones por las que se otorga prioridad o superior valor a las de los incluidos en la relación.

B) Del voto particular de Rafael Fernández Valverde —fundamento cuarto—:

Se exige por la sentencia —desde una perspectiva que consideramos errónea— «la concreta muestra de actividad jurisdiccional, académica o científica» con la finalidad, según se expresa, de «mediante su contraste con experiencias de parecida índole de los otros candidatos, atribuir una preferencia a los nombrados».

Y éste es, desde mi punto de vista, el error de la sentencia en relación con el procedimiento de designación que examinamos, ya que una cosa es la motivación y otra la comparación; una cosa es la necesaria motivación y otra el pretendido contraste entre candidatos; una cosa es la motivación de la suficiencia profesional para el cargo manteniendo el principio de igualdad en el proceso valorativo de cada uno de los candidatos, y otra la pretendida clasificación detallada de los candidatos, olvidándose con ello de que el candidato que, desde esta perspectiva clasificatoria y comparativa, resultara el mejor clasificado, no tendría necesariamente por qué ser el nombrado, salvo, si lo que se pretende —que en modo alguno es lo querido por el legislador— es transformar el sistema de nombramientos en un sistema reglado de concurso de méritos.

1) El control jurisdiccional de la discrecionalidad de los actos administrativos y de las leyes es una conquista que, en el Derecho español, está ligada al nombre de Tomás-Ramón Fernández, quien, desde comienzos de los años noventa, escribió una serie de trabajos en los que defendió la idea de que todos los actos discrecionales de los poderes públicos tenían que estar adecuadamente motivados, pues en otro caso supondría un ejercicio de arbitrariedad, prohibida por el ordenamiento español (y, en general por los de los Estados constitucionales); discrecionalidad (o arbitrio) no es, por tanto, lo mismo que arbitrariedad. Recientemente, ha resumido así su doctrina:

En nuestro caso, la Constitución de 1978 no puede ser más categórica cuando en su artículo 9.3, *in fine*, prohíbe con carácter general a todos los poderes públicos el comportamiento arbitrario. Quiere esto decir que nuestro sistema político-jurídico proscribe formalmente el poder entendido como simple expresión de la mera voluntad o la fuerza de quien lo detenta y exige inexcusablemente el fundamento adicional de la razón. Como he dicho ya muchas veces y no me canso de repetir, *el único poder que nuestra Constitución acepta como legítimo es, pues, el que se presenta como resultado de una voluntad racional*.

Ninguna novedad hay, en rigor, en ello, porque hace ya cinco siglos que Nebrija, el padre de la lengua castellana, definía el arbitrio como *voluntas ratione regulata*, voluntad regida por la razón.

El órgano beneficiario de un poder discrecional tiene, ciertamente, libertad para elegir una solución u otra dentro de los límites que resultan de la norma que se lo otorga y de los que adicionalmente pueda imponerle el ordenamiento jurídico en su conjunto, pero tiene que justificar con razones su elección. La suya

tiene que ser, en todo caso, una elección racionalmente fundada, una elección razonable. Si ese fundamento adicional de la razón falta, no habrá arbitrio o discrecionalidad legítima, sino arbitrariedad pura y simple, que es su antítesis.

Comprobar la consistencia de las razones dadas por el órgano o autoridad que ejercita un poder discrecional es el único control posible de las decisiones adoptadas en el círculo de lo discrecional.

A pesar de todo lo que se ha dicho acerca de la imprecisión o inaprehensibilidad de los conceptos de racionalidad y razonabilidad no me parece tan difícil realizar esa comprobación. Cualquiera que sea la idea que se tenga de lo racional es forzoso convenir que no puede tenerse por racionalmente fundada una decisión que desconozca o contradiga la realidad de los hechos acreditada en el curso del proceso. Tampoco puede considerarse racionalmente fundada una decisión adoptada sin tomar en consideración todos los factores jurídicamente relevantes, ni tampoco la que haya introducido algún otro factor al que el ordenamiento no otorgue relevancia alguna a esos concretos efectos. No puede serlo, en fin, la que no haya tenido en cuenta el mayor peso o mayor valor que el ordenamiento pueda reconocer a uno de esos factores jurídicamente relevantes en relación a los demás, ni la que adolezca de errores lógicos.

Una decisión no puede ser tenida como razonable, aunque supere el *test de racionalidad*, si es claramente desproporcionada. Esto también me parece indiscutible.

De este doble test, de racionalidad y razonabilidad, depende, pues, en último término, la distinción entre la discrecionalidad legítima y la arbitrariedad prohibida (Fernández 2011: 35-37).

Aplicando la anterior doctrina (que puede considerarse como el respaldo o *backing* en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en la materia), ¿qué habría que concluir en relación con la decisión del Consejo General del Poder Judicial español? ¿Se trata de discrecionalidad legítima o de arbitrariedad prohibida?

2) ¿Qué le parece el siguiente comentario en relación con la exigencia de un juicio comparativo?:

La diferencia de opinión, entre los magistrados de la mayoría y los discrepantes, en cuanto a la manera de entender lo que significa «nombramiento discrecional», se concreta en la cuestión de si su justificación exige o no un juicio comparativo. Y la respuesta, en mi opinión, es que claramente lo exige.

La razón para pensar así es, cabría decir, de carácter conceptual. «Mérito» y «capacidad» funcionan, al menos en muchas ocasiones, en tanto propiedades que se dan como un continuo; o sea, funcionan precisamente como términos o conceptos comparativos. Cosa distinta es lo que ocurre con propiedades o conceptos del tipo de «ser español» o «tener una antigüedad de más de 20 años» que, simplemente, se dan o no se dan. Por eso, si se acepta que el principio de mérito y capacidad rige (al menos, como un límite) en relación con el nombramiento de los magistrados del TS, lo que estarían proponiendo los discrepantes de la sentencia es una «desnaturalización» de esos conceptos, esto es, considerarlos como «conceptos clasificatorios» (en el sentido de que todo lo que permiten es incluir en una clase a los objetos que posean esa propiedad y que se distingue de la clase de los objetos que no la poseen) y no como «conceptos comparativos» que permiten no solamente establecer «clases» (en el sentido lógico de la expresión), sino también ordenar los elementos integrantes de la clase según el grado

en que posean la propiedad en cuestión. Alguien podría objetar a lo anterior que los conceptos no son entidades «naturales», sino «artificiales», convencionales, y que, por lo tanto, bien podrían interpretarse los conceptos de mérito y de capacidad en el sentido que he llamado clasificatorio. Pero esto tiene, me parece a mí, dos inconvenientes notorios. Uno es que con ello nos estaríamos apartando del significado usual de esas expresiones, lo que no resulta aceptable salvo que exista alguna buena razón (¿pero cuál?) para ello. Y el segundo inconveniente es que el principio constitucional de mérito y capacidad, obviamente, no es de aplicación exclusivamente en relación con los nombramientos de magistrados del TS. Entender que aquí funcionan como conceptos clasificatorios, pero en el resto de los casos como conceptos comparativos, parece ir (sin razón que lo justifique) contra el principio de coherencia interpretativa.

Aunque al autor del voto particular antes recogido no se lo parezca, los juicios «el candidato X es el 'mejor clasificado' según los criterios utilizados para el nombramiento de magistrados del TS» y «no se nombra (o no se debe nombrar) a X magistrado del TS» son contradictorios, en el sentido de pragmáticamente contradictorios (Atienza 2012)[28].

5.8,A) HABERMAS CONTRA LA PONDERACIÓN

La ponderación en cuanto procedimiento argumentativo característico de los tribunales constitucionales (y supremos) ha sido objeto de crítica por muchos autores. Algunos, como Ferrajoli, lo hacen desde presupuestos positivistas, pero otros, como Habermas, que han desarrollado una concepción no positivista del Derecho y basada en la noción de discurso, se muestran también sumamente críticos en relación con la ponderación. Dado que el principal teórico de la ponderación, Robert Alexy, basa su concepción de la argumentación (y del Derecho) esencialmente en la teoría del discurso habermasiana, merece la pena prestar atención a lo que Habermas dice a este respecto en su influyente obra *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, publicada por primera vez (en versión alemana) en 1992 (Habermas ^{6}2010).

Debe tenerse en cuenta, para entender adecuadamente los extractos que siguen de la obra de Habermas, que la teoría de la ponderación de Alexy viene a constituir en buena medida una racionalización de la práctica del Tribunal Constitucional alemán y de muchos otros tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos durante las últimas décadas; y que la ponderación sería el procedimiento argumentativo al que se recurre cuando (por las razones que sean) en los discursos jurídicos de aplicación (queda fuera la «ponderación» que puedan realizar los legisladores) no se

28. En el texto figura una nota a pie de página que dice: «No lo serían [contradictorios] si la primera afirmación se interpretara como 'X es el primer clasificado de acuerdo con los criterios normalmente aplicables, pero en este caso existe una circunstancia extraordinaria que justifica que no sea nombrado', o bien 'realmente no hay criterios que permitan establecer un orden entre los candidatos'. Pero no parece que sea ninguna de estas dos cosas lo que el magistrado discrepante ha querido decir».

puede partir de reglas, sino de principios. Habermas no se opone a conceder un papel clave a los principios para entender el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos (y la práctica de los tribunales constitucionales), sino a la intelección de los mismos en términos «teleológicos» (como valores) y no «deontológicos» (propiamente como normas); como se sabe, Alexy define los principios como mandatos de optimización que mandan realizar algo en la mayor medida posible teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y normativas existentes, y eso, según Habermas, supone entenderlos (al igual que a los derechos) como valores. La razón de fondo por la que Habermas se opone a la ponderación es que con ello se abrirían las puertas a una creación de Derecho por parte de los tribunales, lo que supone (aunque sólo ponderara el Tribunal Constitucional) ir en contra de la lógica de la división de poderes, según la cual la función de creación del Derecho debe quedar reservada al legislador democrático:

El Tribunal Constitucional alemán entiende la *Grundgesetz* [la Constitución] de la República Federal de Alemania no tanto como un sistema de reglas estructurado por principios [...] [sino] como un «orden concreto de valores» [...] Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender de por sí una primacía incondicional sobre los demás valores, con tal operación de ponderación o sopesamiento la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una *realización de valores*, que concretiza a éstos orientándose por el caso concreto. [...]

Los principios o normas de orden superior, a cuya luz pueden justificarse otras normas, tienen un sentido deontológico, los valores, en cambio, un sentido teleológico. Las normas válidas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas. Los valores expresan la preferibilidad de bienes que en determinados colectivos se consideran deseables y que pueden adquirirse o realizarse mediante una acción enderezada a ese fin. Las normas se presentan con una pretensión binaria de validez y son, o bien válidas, o bien no válidas; frente a los enunciados normativos, al igual que frente a los enunciados asertóricos, sólo podemos tomar postura con un «sí» o con un «no», o absteniéndonos de juzgar. En cambio, los valores fijan relaciones de preferencia que dicen que determinados bienes son más atractivos que otros; de ahí que nuestro asentimiento a los enunciados valorativos consienta grados. La validez deontológica de las normas tiene el sentido absoluto de una obligación incondicional y universal: lo debido pretende ser bueno para todos por igual. La atractividad de los valores tiene el sentido relativo de una apreciación de bienes a la que se está habituado, o que se ha adoptado en una determinada cultura o en una determinada forma de vida: las decisiones valorativas decisivas o preferencias de orden superior dicen qué es lo que, consideradas las cosas en conjunto, es bueno para nosotros (o para mí). Distintas normas no pueden contradecirse unas a otras si pretenden validez para el mismo círculo de destinatarios; tienen que guardar una relación coherente, es decir, formar sistema. Los diversos valores, en cambio, compiten por ser los primeros; en la medida en

que consiguen reconocimiento intersubjetivo dentro de una cultura o de una forma de vida, constituyen configuraciones a la vez flexibles y tensas. [...]

A la luz de normas puede decirse qué es obligatorio hacer, a la luz de valores puede decirse cuál es el comportamiento mejor y más recomendable. El problema de aplicación exige, naturalmente, en ambos casos, la selección de la acción correcta. Pero «correcta» es, si partimos de un sistema de normas válidas, la acción que es buena *para todos* por igual; en cambio, en relación con una constelación valorativa típica de nuestra cultura o de nuestra forma de vida, «correcto» es aquel comportamiento que en conjunto y a largo plazo es bueno *para nosotros*. En el caso de principios jurídicos esta diferencia se pasa a menudo por alto porque siempre el derecho positivado vale solamente para un determinado ámbito y para un círculo de destinatarios correspondientemente definido. Pero sin perjuicio de esta delimitación fáctica del ámbito de validez, los derechos fundamentales cobran un sentido distinto según que se los entienda en el sentido de Dworkin como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de Alexy como bienes jurídicos optimizables. En tanto que normas regulan una materia en interés de todos por igual; en tanto que valores constituyen, en la configuración que forman con otros valores, un orden simbólico en el que se expresan la identidad y forma de vida de una comunidad jurídica particular. Ciertamente, en el derecho penetran también contenidos teleológicos; pero el derecho definido por un sistema de los derechos domestica, por así decir, los objetivos y orientaciones valorativas del legislador mediante una estricta *primacía* de los puntos de vista normativos. Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción, y no conforme al modelo de bienes apetecibles.

Consideradas las cosas desde el punto de vista de un análisis conceptual, la distinción terminológica entre normas y valores *sólo* resulta superflua en aquellas teorías que pretenden para los valores o bienes supremos una validez universal, como sucede en las versiones clásicas de la ética de los bienes. [...] La transformación conceptual de los derechos fundamentales en valores fundamentales significa un enmascaramiento teleológico de los derechos, que no contribuye, por cierto, a percatarse de la circunstancia de que, en los contextos de fundamentación, las normas y los valores desempeñan *papeles distintos* en lo tocante a la *lógica de la argumentación*. Las teorías postmetafísicas de los valores tienen, por tanto, en cuenta la particularidad de los valores, la flexibilidad de las relaciones jerárquicas que hay que establecer entre los valores, y la validez simplemente local de las configuraciones de valores. Y hacen derivar los valores, o bien de tradiciones y orientaciones valorativas a las que se está culturalmente habituado, o bien, cuando quieren acentuar el carácter subjetivo y consciente de la elección de valores, de decisiones existenciales acerca de metapreferencias y *higher order volitions*. [...]

El Tribunal Constitucional se transforma así en una instancia autoritaria, al haber de dejarse guiar por la idea de realización de unos valores materiales que vendrían previamente dados en términos de derecho constitucional. Pues si en casos de colisión *todas* las razones pueden cobrar el carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos cortafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico.

En cuanto los derechos individuales se transforman en bienes y valores, en el caso individual han de competir por la primacía en el mismo nivel que otros bienes y valores. Pues de por sí un valor es tan particular como cualquier otro, mientras que las normas deben su validez a un test de universalización. En palabras de Denninger: «Los valores sólo pueden ser relativizados a su vez por valores; pero el

proceso de preferir unos valores a otros o de posponer unos valores a otros escapa a todo rigor conceptual y lógico». También por esta razón entiende Dworkin los derechos como «triunfos» que en el discurso jurídico pueden jugarse contra los argumentos relativos a fines. Ciertamente, en el contexto concreto de fundamentación de la decisión de un caso particular, no todo derecho puede imponerse contra todo bien colectivo, pero solamente no podrá imponerse cuando la primacía de un bien colectivo pueda justificarse a su vez a la luz de principios. Porque las normas y principios, en virtud del sentido deontológico de su validez, pueden pretender una *obligatoriedad general* y no una *preferibilidad particular o especial*, poseen una fuerza justificatoria mayor que los valores; los valores han de ser puestos de caso a caso en una relación u orden transitivo con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que se está acostumbrado[29]. [...]

En cambio, en cuanto los derechos fundamentales son tomados en serio en un sentido deontológico, quedan sustraídos a tal análisis «costes-beneficios». Y esto vale también para las normas «abiertas», que, a diferencia de los programas condicionales, no están referidas a casos estándar fácilmente identificables, sino que están formuladas de suerte que hay que determinarlas en el caso de aplicación y que, por tanto, en un sentido metodológicamente inofensivo, han menester de «concretización». Pues estas normas encuentran en el discurso de aplicación su determinación unívoca. En caso de una colisión con otros preceptos jurídicos no es menester una decisión acerca de en qué grado han de cumplirse en cada caso valores que compiten entre sí. Antes, como hemos mostrado, la tarea consiste en hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes. Entre la norma que venga al caso y las normas que —sin perjuicio de seguir siendo válidas— pasan a un segundo plano, hay que poder establecer una relación con sentido, de suerte que no se vea afectada la coherencia del sistema jurídico en conjunto. Las normas que vienen al caso y las normas que, aun habiendo sido candidatas a ello, no son de aplicación en el caso de que se trate, no se comportan entre sí como valores en competencia que, como mandatos de optimización, hubieran de cumplirse en medida diversa en cada caso, sino como normas «adecuadas» e «inadecuadas». Y adecuación significa aquí validez de un juicio singular deducido a partir de una norma válida, que es el que «satura» a la norma correspondiente.

Una aplicación del derecho orientada por principios ha de entender acerca de qué pretensión o qué acción son de recibo en un conflicto dado, y no acerca del mejor equilibramiento de bienes o de la mejor relación de jerarquía entre valores. Ciertamente, las normas válidas constituyen una estructura flexible de relaciones, en la que tales relaciones pueden desplazarse de caso a caso; pero este desplazamiento está sujeto a la reserva de coherencia, reserva que asegura que todas las normas se articulen en un sistema concertado y coherente que, por su propia idea, sólo permita para cada caso una única solución correcta. La validez jurídica del juicio o fallo tiene el sentido deontológico de un precepto, no el sentido teleológico de lo alcanzado en el horizonte de nuestros deseos en unas circunstancias

29. Habermas incluye aquí una nota a pie de página que dice: «Como los llamados bienes jurídicos carecen de unidades de medida unívocamente aplicables, tampoco es de mucha utilidad el tipo de ponderación que en términos de un modelo economicista de fundamentación ha propuesto R. Alexy».

dadas. Lo que en cada caso es lo mejor para nosotros no coincide *eo ipso* con lo que es bueno para todos por igual (Habermas [6]2010: 327-334).

Bueno, Habermas no es un autor fácil de entender, ni siquiera cuando se cuenta (como ocurre en relación con los anteriores fragmentos) con la ayuda de un buen traductor y excelente conocedor de su filosofía. Pero merece la pena hacer el esfuerzo, pues es uno de los casos (no muy frecuentes) en los que un pensamiento profundo se transmite a través de una prosa oscura, pero no imposible de penetrar. Veamos.

De entrada, parecería que a Habermas se le puede dar la razón en un par de cosas. La idea de tener un derecho parece implicar que el titular del mismo está en una posición de ventaja frente a los demás (es lo que refleja el famoso símil de Dworkin: los derechos son como «triunfos» en los juegos de cartas) y eso resulta cuando menos desdibujado si los derechos se equiparan con principios y estos últimos se ven como mandatos de optimización, esto es, mandatos cuyo cumplimiento depende de las posibilidades fácticas y normativas existentes; dependen, en definitiva, de una ponderación. También tiene razón en que la construcción de Alexy se basa (al menos, aparentemente) en una racionalidad de tipo económico (en un análisis de costes-beneficios) que no parece encajar bien con la pretensión de Alexy de construir una teoría de la argumentación jurídica (en la que habría dos formas fundamentales de razonamiento: la subsunción, en relación con las reglas; y la ponderación, a propósito de principios) basada en la noción de discurso. Pero el planteamiento de Habermas es realmente excesivamente abstracto, y hay razones para pensar que no hace justicia a lo que es la postura de Alexy sobre la ponderación, vista de cerca y con todos sus detalles. La siguiente serie de cuestiones puede permitir, me parece, llevar a cabo una discusión ordenada sobre un punto que resulta central en la teoría de la argumentación jurídica de los últimos años:

1) ¿No son realmente universales (o universalizables) los valores que tratan de protegerse mediante los derechos humanos o fundamentales? ¿Son simplemente relativos a una cultura o una forma de vida los valores de autonomía o de no discriminación por razón de sexo? ¿Se puede aceptar la distinción tajante que parece trazar Habermas, a propósito de los principios, entre su comprensión en términos deontológicos o de deber ser (como directivas de conducta) o de valores (bienes, estados de cosas que procurar)? ¿No parecería más adecuado pensar que los derechos tienen, necesariamente, tanto un ingrediente axiológico como uno deontológico, esto es, que el establecimiento (mediante prohibiciones, permisos, etc.) de una red deóntica tiene el sentido de satisfacer un bien o un valor al que se reconoce especial importancia?

2) ¿Es aceptable la idea de que las normas obligan sin excepciones? ¿Acaso los principios son inderrotables? ¿Qué quiere decir Habermas con lo de «obligan sin excepciones»? Si, como el propio Habermas hace en la parte final del anterior texto, distinguimos, a propósito de la aplica-

ción de una norma, entre la situación *prima facie* y *consideradas todas las circunstancias del caso*, ¿no habría entonces que distinguir también entre dos formas distintas de obligar por parte de los principios? Y, si la obligación «sin excepciones» se refiere en realidad a «consideradas todas las circunstancias del caso», ¿no habría razones para pensar que deja de existir la diferencia que Habermas traza entre las normas y los valores? Y, a propósito de esto último, si lo que caracteriza a los valores es su orientación teleológica, ¿habría que aceptar, como consecuencia de ello, que las «normas de fin» no son en realidad normas? ¿No está emitiendo una norma el legislador que establece para el juez la obligación de, bajo ciertas circunstancias, tomar la decisión que más favorezca el interés del menor?

3) ¿Está justificado afirmar que la ponderación escapa a todo rigor conceptual y lógico, que es un procedimiento para cuyo control no pueden establecerse criterios racionales? ¿Por qué no deberían considerarse como racionales —aunque insuficientes para eliminar por completo los riesgos de arbitrariedad— los criterios de Alexy? ¿Por qué pensar que el procedimiento que parece defender Habermas: hallar de entre las normas aplicables *prima facie* aquella que mejor se acomoda a la situación descrita de la forma más exhaustiva posible, sí que cuenta con criterios de racionalidad? Habermas hace referencia a la coherencia, pero ¿hay «alguna unidad de medida unívocamente aplicable» para determinar, en una situación como la anterior, cuál es la norma que mejor se adecua, la más coherente? ¿Hay alguna teoría de la coherencia que consiga eliminar por completo los riesgos de arbitrariedad? ¿Acaso no incorpora el planteamiento sobre la ponderación de Alexy —aunque sea implícitamente— la noción de coherencia? Y la insistencia de este último en que la ponderación desemboca en una regla (general), ¿no es una prueba clara de que no se trata de un procedimiento simplemente casuístico, arbitrario o «no reflexivo», como afirma Habermas?

4) ¿Son en realidad tan distintas la propuesta de Habermas y la de Alexy, cuando a esta última se la examina «desde cerca»? Existe la diferencia, a la que me refería antes, de que Habermas subraya la necesidad de existencia de «cortafuegos», de establecer cierta «primacía» a favor de lo que él llama «puntos de vista normativos», ¿pero no podría conseguirse eso (evitando de paso el riesgo de asunción de una racionalidad economicista) señalando que la equivocación de Alexy consiste en haber considerado a *todos* los principios jurídicos, por igual, como mandatos de optimización y prescindiendo, en consecuencia, de la subdistinción dentro de los principios entre principios en sentido estricto y directrices o *policies*[30]? Debe tenerse en cuenta, además, que Alexy, no prescinde del todo de esa distinción: acepta que algunos principios se refieren a derechos y otros a bienes colectivos, y que los primeros tienen una prioridad *prima facie* (*vid.* Atienza 2001a: 677).

30. Una crítica a esa postura de Alexy puede verse en Atienza y Ruiz Manero 1996.

5) Qué le parece la crítica que Alexy hace a la postura de Habermas en la entrevista que se le hizo en *Doxa*:

Habermas siempre ha rechazado esto [que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación] con gran fuerza. En *Facticidad y validez* ha contrapuesto al modelo de la ponderación, el modelo del discurso de aplicación, ideado por Klaus Günther, en el que el papel central lo juega la idea de coherencia. Yo soy, como Habermas, de la opinión de que en la interpretación del Derecho la coherencia tiene una gran importancia. Pero creo que no puede haber coherencia sin ponderación. Aquí es donde hasta ahora discrepamos intelectualmente. Habermas cree que la idea de optimización destruye la estructura deóntica de los derechos fundamentales. La ponderación supone un más o un menos. Falta por ello la estructura binaria que es constitutiva para la validez de las normas. La teoría de los principios despoja a los derechos fundamentales de su estructura deontológica y les da un sentido teleológico. Con ello pierden su carácter de «triunfos» en el sentido de Dworkin. Yo considero, por el contrario, que el simple hecho de la gradualidad no supone sin más una estructura teleológica. La libertad de expresión es tan importante en los Estados Unidos como en Alemania. Aquí hay también un más y un menos. Pero de ello no se sigue que en uno o en otro país o en ambos tenga un carácter teleológico. Naturalmente, el resultado final de una fundamentación que tenga por objetos derechos fundamentales debe tener una estructura binaria. Sólo puede ser válida o inválida. Pero el carácter binario del resultado no implica que todos los pasos de la fundamentación deban tener también carácter binario. De manera que en lo que termina todo esto es en la idea de si la ponderación es un procedimiento racional. Habermas piensa que «por ello carecen de un criterio de racionalidad» (*Facticidad y validez*, p. 315, ed. alemana). Yo pienso que lo tienen si es que existe un criterio de racionalidad para contestar a las preguntas prácticas (Atienza 2001a: 675-676).

6,A) EL PUNTO QUE JUZGAR EN LA RETÓRICA JUDICIAL

Lo que en VI,6 se ha llamado «punto que debatir» viene a coincidir con lo que en la tradición retórica (dentro del género judicial) se llamó «punto que juzgar», esto es, aquello sobre lo que debe decidir el juez y que da a todo (a toda la actividad retórica del que acusa y del que se defiende) coherencia. No coincide del todo con lo que hemos llamado «problema» que hace surgir la argumentación, pero la respuesta que se dé al punto que debatir supone ya la respuesta al problema. He aquí cómo aparece expuesta (con notable claridad) esa doctrina en la *Retórica a Herenio*:

Una vez encontrado el estado de causa, debemos buscar inmediatamente la *justificación*. La *justificación* es lo que origina la causa y contiene su defensa. Por afán de claridad quiero continuar con la causa siguiente: al confesar Orestes que ha matado a su madre, si no presenta una justificación de su acción, perderá toda posibilidad de defensa. Por tanto, presenta una defensa sin la cual ni siquiera llegaría a existir la causa. «Ella», dice, «había asesinado a mi padre». Como he señalado, la justificación es, por ende, lo que sostiene la defensa; sin ella ni la más pequeña duda podría retrasar su condena.

Encontrada la justificación, hay que buscar el *fundamento*, esto es, lo que constituye la acusación y se opone a la justificación de la defensa, de la que acabo

de hablar. Esto se hará del siguiente modo: Una vez que Orestes se haya justificado diciendo: «La maté de acuerdo con la ley, pues ella había asesinado a mi padre», el acusador usará el siguiente fundamento de la acusación: «Pero ella no hubiera debido morir a tus manos ni ser castigada sin haber sido condenada».

De la justificación de la defensa y del fundamento de la acusación debe surgir la cuestión que se juzga: nosotros la llamamos *punto que juzgar* y los griegos *krinómenon*. Se establecerá por la confrontación entre el fundamento de la acusación y la justificación de la defensa. Por ejemplo, cuando Orestes dice que mató a su madre para vengar a su padre, «¿era justo que Clitemnestra fuera asesinada por su hijo?».

Ésta es la forma apropiada para encontrar el punto que juzgar. Una vez encontrado, se deberá conducir hasta él el sistema entero de todo el discurso.

En todos los estados de causa y en todas sus clases encontraremos el punto que juzgar de esta manera, excepto en el estado conjetural. En éste no se busca la justificación de los hechos, pues son estos mismos los que se niegan, ni se busca el fundamento de la acusación, puesto que no interviene justificación alguna. Por ello, el punto que juzgar se establece mediante la acusación y la defensa. Por ejemplo: Acusación: «Mataste a Ayax». Defensa: «No lo maté». Punto que juzgar: «¿Lo mató?». Como he dicho, el sistema entero de ambos discursos debe ser conducido a este punto que juzgar. Si existen varios estados de causa o varias clases de éstos, habrá también varios puntos que juzgar en una misma causa, pero todos ellos los encontraremos de manera similar (libro I, IV, 26; Anónimo 1997: 99-100).

VII

CÓMO EVALUAR LAS ARGUMENTACIONES

1. EVALUACIÓN Y CONTEXTOS ARGUMENTATIVOS

Como se ha señalado en el anterior capítulo, el análisis de una argumentación suele ser el paso previo a su evaluación. Necesitamos (o queremos) entender la argumentación que otro ha hecho para así poder evaluarla y adoptar alguna actitud al respecto: aceptar que la decisión así argumentada está justificada, discrepar de la misma y escribir un artículo doctrinal mostrando por qué se trata de una argumentación equivocada, plantear un recurso «explotando» precisamente los errores argumentativos de la decisión, etcétera.

Por otro lado, dado el carácter práctico (vinculado a la acción) de las argumentaciones jurídicas, es importante precisar que evaluar un argumento no es exactamente lo mismo que evaluar una decisión o una acción; como tampoco deben confundirse la evaluación de los argumentos teóricos y la de las creencias o teorías que los mismos avalan. Es obvio (como también hemos visto) que se puede decidir sin argumentar, sin ofrecer ningún tipo de razón, en cuyo caso, el juicio que se haga sobre la decisión no tendrá que ver con ninguna argumentación previa (aunque sí podría tener que ver con la falta de argumentación: si se trataba de una decisión que tenía que ser fundamentada). Pero incluso cuando se decide argumentativamente, ambos aspectos pueden separarse: hay buenas decisiones mal argumentadas, y a la inversa, buenas argumentaciones en favor de decisiones erróneas. Conviene, además, reparar en que las «buenas» y las «malas» argumentaciones (como también las decisiones) pueden serlo en dos sentidos distintos: en sentido técnico y en sentido moral. Una buena argumentación en sentido técnico quiere decir una argumentación hábil, basada en argumentos que puedan resultar efectivos para lograr una cierta finalidad; pero, al mismo tiempo, esa argumentación podría ser mala moralmente (en el sentido amplio de la expresión) si, por ejemplo, oculta argumentos re-

levantes que servirían para refutar los anteriores (y si quien argumenta tuviera la obligación de ser imparcial: una misma argumentación puede ser mala —en sentido moral— si quien la efectúa es, por ejemplo, un juez que debe resolver un recurso, pero no si su autor fuera el abogado de una de las partes).

De todas formas, en relación con la actividad judicial, el ideal regulativo del Estado de Derecho es que las buenas decisiones sean precisamente las decisiones bien argumentadas. La obligación de motivar (que rige al menos en relación con las decisiones de alguna importancia) supone el cumplimiento de criterios formales (autoritativos y procedimentales) y sustantivos tendentes a asegurar que las decisiones vayan acompañadas de una argumentación —motivación— adecuada. Y por otro lado, el cumplimiento de esos criterios sería la garantía de que una decisión bien motivada no puede ser una mala decisión; o sea, el juez que fundamenta sus decisiones de acuerdo con el Derecho decide jurídicamente bien, aunque la decisión pudiera ser errónea desde otros parámetros: por ejemplo, porque aplica una norma injusta o porque no da como probado un hecho que se ha conocido que vulnera alguna norma jurídica.

Esto último no ocurre en relación con otras instancias jurídicas en las que las decisiones y los procesos de argumentación no tienen entre sí ese tipo de vinculación conceptual. La razón es que los órganos legislativos o administrativos, los abogados o los particulares no tienen el grado de compromiso con el Derecho que caracteriza a la función judicial. Ellos se sirven más bien del Derecho para obtener propósitos sociales e individuales; en general, la adecuación al Derecho es un límite o un medio, no el fin de su actividad. La argumentación y la evaluación de los argumentos se plantea, por ello, de manera distinta en unas u otras instancias. Una sentencia puede ser anulada por carencia o defecto de fundamentación, pero esto no ocurre con las leyes; o, por lo menos, si ocurre es de manera muy excepcional (y en relación más bien con defectos de carácter formal y procedimental); en las normas legisladas, existe un texto que se separa en cierto modo de los argumentos que hayan podido utilizarse para justificarlo, pero en las de origen judicial, en los precedentes, la norma y su fundamentación son de alguna manera inseparables. Y en cuanto a los abogados, sus argumentaciones no son normalmente evaluadas en términos de validez, sino de eficacia.

En definitiva, la pregunta qué es un buen (y un mal) argumento, tiene respuestas distintas en los distintos campos de la argumentación jurídica, entre otras cosas porque las finalidades que se persiguen al evaluar una argumentación jurídica son diferentes, según cuál sea la instancia argumentadora y la que efectúa la evaluación. La evaluación de los argumentos es, pues, una cuestión fundamentalmente contextual, pero eso no quiere decir que no haya criterios —criterios obje-

tivos— para llevarla a cabo. Quiere decir que los criterios no pueden ser exactamente los mismos para todas las instancias jurídicas.

2. LA EVALUACIÓN DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Centrémonos, entonces, en la evaluación de las argumentaciones judiciales de carácter justificativo. Como anteriormente se ha dicho, la obligación de los jueces de motivar sus decisiones significa que deben ofrecer buenas razones en la forma adecuada para lograr la persuasión. Un buen argumento, una buena fundamentación judicial, significa, pues, un razonamiento que tiene una estructura lógica reconocible y que satisface un esquema de inferencia válido —deductivo o no—; basado en premisas, en razones, relevantes y suficientemente sólidas (al menos, más sólidas que las que pudieran aducirse a favor de otra solución); y que persuade de hecho o que tendría que persuadir a un auditorio que cumpliera ciertas condiciones ideales: información suficiente, actitud imparcial y racionalidad. Si nos fijamos también en la actividad de argumentar (y no sólo en el resultado), a las condiciones anteriores habrá que añadir el respeto de las reglas de la discusión racional por parte de los participantes en la argumentación, de los autores de la motivación.

Además, para evaluar los argumentos no ha de tenerse en cuenta únicamente, como es natural, que *parezca* que se cumplen esos requisitos. Han de cumplirse de hecho, y de ahí la importancia de una teoría de las falacias. Para evaluar un argumento no nos basta con saber lo que son (con ser capaz de detectar) los buenos y los malos argumentos, sino también los que parecen buenos pero no lo son.

Ahora bien, lo anterior no es suficiente para poder evaluar cualquier razonamiento judicial. Para que lo fuera, habría que suponer no sólo que ésos son todos los criterios posibles, sino también que los mismos son objetivos, esto es, que tienen el mismo significado para todos los que participan en una argumentación y que determinan, en consecuencia, cuál es la solución —la argumentación— correcta en cada caso. Y esto no es algo que todos estén dispuestos a aceptar. Seguramente sean pocos los que duden de la objetividad de la lógica, o sea, de los criterios de naturaleza formal: qué forma o qué esquema argumentativo es válido o no lo es; pero esto, como bien sabemos, resulta manifiestamente insuficiente para poder evaluar un argumento en una empresa —la del Derecho— que no es de naturaleza propiamente formal. Y, con respecto a los que hemos denominado criterios materiales y pragmáticos, el acuerdo simplemente no existe. La teoría de las fuentes, de la validez o, sobre todo, de la interpretación son territorios donde reina la disputa; o sea, no hay un acuerdo, por ejemplo, en cuanto a cómo jerarquizar los cánones inter-

pretativos, en qué condiciones uno de ellos prevalece sobre los demás, etc. Y a propósito de los criterios pragmáticos, las razones para el escepticismo son varias: no se ve por qué el hecho de que un argumento persuada de hecho a todos o a la mayoría de un auditorio puede servir como criterio de objetividad, pues efectividad no quiere decir validez; la idea de un auditorio ideal (bien se trate del auditorio universal de Perelman, de la comunidad ideal de diálogo de Habermas, o de cualquier otra construcción por el estilo) suscita también muchas dudas, puesto que —se suele decir— como se trata de construcciones que no reflejan ninguna realidad, lo único que puede hacerse con ellas son conjeturas, suposiciones; y otro tanto vale en relación con las reglas del discurso racional: nadie argumenta completamente de esa manera y, desde luego, tampoco los jueces.

Pues bien, el argumento escéptico, el que esgrimen los defensores del carácter indeterminado del Derecho, suena de esta manera: en el Derecho (a diferencia de lo que podría ocurrir en otros campos, como en la ciencia) no hay criterios objetivos para juzgar acerca de la calidad de los argumentos, pues con frecuencia (digamos, en los casos difíciles) no hay acuerdo con respecto a cuál es la solución para una cuestión jurídica; no es sólo que cada una de las partes enfrentadas en una controversia pretende tener razón y ofrece argumentos en su favor y para refutar los contrarios, sino que la discrepancia aparece también en relación con instancias ajenas al conflicto, como los jueces que han de resolver el pleito o los dogmáticos o teóricos del Derecho que se plantean el problema en un nivel de mayor abstracción. El argumento escéptico, sin embargo, es susceptible de ser contestado de diversas maneras.

En primer lugar, lo anterior no quita para que puedan existir criterios objetivos que las partes o quienes participan en una argumentación de cualquier otra manera son incapaces de reconocer, o bien no quieren hacerlo por cuestiones de interés personal, implicación política, deformación ideológica, etc. O sea, que la gente discrepe con respecto a cuál es la respuesta correcta (o verdadera) a una cuestión (concreta o abstracta, teórica o práctica), no quiere decir que esa respuesta no exista (o que sea imposible encontrarla).

En segundo lugar, pudiera ser que la objetividad en el Derecho tuviera que construirse en términos distintos —menos fuertes— que en la ciencia. Por ejemplo, podría aceptarse que los anteriores criterios no permiten determinar siempre una única respuesta (y, por tanto, argumentación) correcta para cada caso, pero no habría que pensar por ello que en este campo se carece de objetividad. La objetividad consistiría en que los criterios permiten, en todo caso, excluir muchas respuestas —muchas argumentaciones— como no correctas y muy a menudo (o por lo menos, frecuentemente) determinar una como la correcta.

En tercer lugar, cabría cuestionar también la falta de consenso que alega el argumento. De dos maneras. Una consistiría en señalar que, si se vincula la idea de objetividad a la de consenso, no tendría que serlo (particularmente en un campo como el Derecho donde los intereses y valores de quienes participan en la argumentación son tan intensos) al consenso fáctico, sino al consenso racional. De nuevo: las discrepancias de hecho no prueban que seres bien informados, con actitud imparcial y que actúen racionalmente también discreparían. Y la otra manera, en señalar que la falta de acuerdo en relación a cuál es la respuesta (la argumentación) correcta a un problema jurídico (desacuerdo que, por otro lado, pudiera estar magnificado, como consecuencia de que la teoría del Derecho se centra en exceso en los casos difíciles o muy difíciles) no supone necesariamente falta de acuerdo en cuanto a los criterios que utilizar para evaluar una argumentación, sino en cuanto a su aplicación. De hecho, no sería difícil hacer una lista con las objeciones estándar que los juristas suelen esgrimir cuando critican una decisión judicial. Por ejemplo: carece de motivación o la misma es muy oscura y/o insuficiente; incurre en contradicción (a propósito de cuestiones de hecho o de Derecho); no aplica el Derecho vigente, o lo interpreta mal; comete algún error al dar como probado cierto hecho; es *ad hoc*, es decir, se basa en una razón, en un argumento, que no podría universalizarse; es incoherente, esto es, no es compatible con los principios y valores del ordenamiento jurídico, o bien (en cuestiones de hecho) con el conocimiento científico y la experiencia disponible; produce consecuencias inasumibles; contradice alguna norma de la moralidad social; va contra algún principio moral (con independencia de que el mismo sea o no asumido por la opinión pública o por la mayoría de la misma).

Y, en fin, en cuarto lugar, negar que existan criterios objetivos implicaría también reconocer que no es posible una crítica (una crítica racional, fundada) de las decisiones judiciales, lo cual parece contradecir lo que son nuestras prácticas que, si tuvieran razón los escépticos, simplemente carecerían de sentido. Si (en los casos difíciles) no existen tales criterios, entonces lo único que queda es la autoridad; esto es, los jueces (digamos, los jueces supremos, los que ponen fin a las controversias) no podrían cometer errores: sus decisiones no sólo serían últimas, sino también infalibles.

3. LA TESIS DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA

La cuestión de si existe o no una única respuesta correcta (en los casos difíciles), o sea, si el Derecho es o no capaz de determinar una solución para cada caso (o hasta qué punto es capaz de hacerlo) constituye una de las cuestiones más debatidas en la teoría del Derecho contemporánea.

Pero se trata de una discusión en relación con la cual conviene hacer, al menos, estas dos precisiones. La primera es que la cuestión no se plantea en términos generales, para cualquier argumentación jurídica, sino únicamente a propósito de la argumentación judicial, esto es, cuando se trata de la aplicación de normas generales a casos concretos, o bien de la comparación entre normas para determinar si una contradice o no a la otra. En particular, no se plantea en relación con la justificación de normas generales (argumentación legislativa *latu sensu*). Ni, mucho menos, a propósito de la argumentación de los abogados. Es importante darse cuenta de esa restricción que tiene que ver con algo que ya anteriormente se ha puesto de manifiesto: los jueces tienen que dar respuesta a problemas que son una «simplificación», en cuanto el Derecho traduce el problema social que suscita el conflicto a su característico código bivalente: el acusado es culpable o inocente; la ley, constitucional o inconstitucional, etc. Por eso, entre otras cosas, nadie erige la pretensión (salvo en algún caso muy excepcional) de que tal ley es la *única* correcta. Mientras que la decisión que consiste en absolver a X de tal delito puede perfectamente ser considerada como la única correcta, aunque (pongamos por caso) el juez que la toma puede incluso pensar que muy probablemente X cometió el acto del que se le acusa, pero que eso no resultó debidamente probado durante el juicio.

La segunda precisión es que la cuestión de si existe o no una única respuesta para cada caso (susceptible de ser resuelto judicialmente) no puede ser (no es) contestada simplemente con un sí o un no. Las posiciones al respecto admiten muchos matices, muchas graduaciones, de manera que es posible ordenarlas de acuerdo con una escala que tomara en cuenta afirmaciones como las siguientes:

1) Existe una única respuesta correcta, que cabe extraer a partir de los principios del Derecho natural.

2) Existe una única respuesta correcta que deriva exclusivamente del Derecho positivo y de las reglas del método jurídico.

3) Existe una única respuesta correcta, pues cuando el Derecho positivo y el método jurídico no resultan suficientes, cabe acudir a la opinión de la comunidad en general o de la comunidad de los juristas o de los que gozan de mayor autoridad.

4) Existe una única respuesta correcta, pues el Derecho no es sólo un conjunto de reglas, sino una práctica guiada por principios y valores. La respuesta correcta es la que, respetando los materiales jurídicos, proporciona la mejor interpretación posible de los fines y valores que definen la práctica.

5) Existe una única respuesta correcta, pero sólo como una idea regulativa en sentido kantiano.

6) La idea de la única respuesta correcta es simplemente una ficción que, sin embargo, cumple una función útil en el razonamiento jurídico.

7) No siempre existe una única respuesta correcta de acuerdo con el Derecho, aunque eso no quiere decir que no exista otro tipo de criterios objetivos o cuasi-objetivos (morales, económicos, etc.) que, de alguna forma, «guían» las decisiones de los juristas (de los jueces).

8) Casi nunca existe una única respuesta correcta. El Derecho fija únicamente unos márgenes para la decisión, pero, dentro de ellos, los juristas (los jueces) deciden en forma subjetiva e impredecible.

9) La noción misma de una única respuesta correcta para cada caso es una simple ideología que cumple la función de enmascarar el poder político de los jueces.

Por lo demás, incluso dentro de cada una de esas posturas sería posible establecer grados. Por ejemplo, en relación con 4 —la posición en la que, en principio, cabría ubicar a Dworkin— no es lo mismo afirmar que *siempre* hay una respuesta correcta, o bien que *casi siempre* la hay; y no es lo mismo afirmarlo de manera general, o bien únicamente en relación con algún tipo de sistema jurídico; etc. En la posición 7 se incluiría tanto la postura de positivistas metodológicos como Hart o Carrió (o MacCormick en su primera época; luego evolucionó hacia la posición defendida por Dworkin y por Alexy —la 5—), como la de partidarios del análisis económico del Derecho (Posner) o autores como Aarnio, cuya diferencia en relación con Alexy es que Aarnio entiende que los criterios del discurso racional están limitados a una forma de vida: la mejor (no la única) respuesta posible, para él, es la que resulta aceptable para la mayoría de una comunidad ideal (que respeta las reglas del discurso racional) pero particular (sus miembros comparten unos mismos valores básicos que pueden ser distintos a los de otra comunidad).

4. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

Como se ha visto, quienes defienden algún tipo de objetividad en el Derecho apelan a una pluralidad de criterios, en parte coincidentes y en parte no. Los criterios lógico-formales (los de la lógica deductiva) son aceptados por todos o casi todos (incluidos los más escépticos), pero su cumplimiento supone verdaderamente un límite poco significativo: es relativamente difícil encontrar una sentencia en cuya motivación se hayan cometido errores lógicos en sentido estricto, esto es, errores inferenciales; a veces puede parecer que es así, pero suele bastar con añadir alguna premisa (que bien pudiera considerarse implícita) o con interpretar una de las premisas de cierta forma, para evitar esa impresión. Tampoco parecen suscitar dudas criterios de racionalidad muy básicos como, por ejemplo, la necesidad de ofrecer argumentos (y argumentos que puedan resultar comprensibles, que sean los relevantes para el caso y suficientemente completos) si se

pretende justificar una decisión; o sea, puede haber dudas en cuanto a si se ha satisfecho o no el criterio, pero no en cuanto al criterio en sí. O el de no incurrir en contradicción, aunque aquí conviene hacer una precisión. La no contradicción es un requisito lógico que afecta a las premisas: fácticas o normativas. Naturalmente, el juez puede encontrarse con dos relatos de los hechos que sean contradictorios entre sí o con dos normas antinómicas que en principio podrían aplicarse a la situación. Pero si opta por uno de los dos relatos, ha de ser porque lo considera mejor fundado que el otro (y por eso no incurre en contradicción), y otro tanto cabe decir en relación con la norma que decida aplicar. O sea, una cosa es la argumentación vista como un proceso (en el transcurso del cual lo normal es que se formulen tesis contradictorias) y otra como un resultado (la motivación de la decisión, en donde no cabe —si pretende ser racional— que se asuman premisas que sean contradictorias entre sí). Una situación distinta es cuando el juez basa su decisión en un hecho que realmente no ha sido probado (según las reglas de la prueba correspondientes), o en una norma que es inválida (de acuerdo con los criterios de validez del sistema). Si aquí tiene sentido hablar de contradicción es porque se presupone (como una especie de premisa última del razonamiento judicial) la obligación de los jueces de obedecer (o, al menos, de aplicar) el Derecho vigente.

De todas formas, los criterios de evaluación más importantes (y problemáticos) parecen ser los que hacen referencia a las nociones de universalidad, de coherencia, de aceptabilidad de las consecuencias, de moralidad social y de moral justificada (coincida o no con la moralidad social). Merece la pena examinarlos con un mínimo de detalle.

4.1. *Universalidad*

El requisito de universalidad se aplica tanto en relación con problemas normativos como con problemas fácticos y, en realidad, está también implícito en el propio esquema de justificación interna; o sea, la premisa mayor —normativa— del silogismo judicial tiene que ser un enunciado de carácter universal: para todo x, si x es P, entonces debe ser también Q. En ese sentido, es un requisito de carácter lógico; o sea, si no tuviéramos, como premisa, un enunciado normativo universal (y un enunciado fáctico que afirma que un individuo a pertenece a la clase de los x), no podríamos inferir un enunciado normativo singular (a debe ser Q). Pero la universalidad implica algo más que ese requisito puramente lógico, cuando se entiende que esa noción es la que está detrás de lo que se ha llamado la «regla formal de justicia» (tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría [Perelman 1964]); del imperativo categórico kantiano (cuya primera formulación dice que se debe obrar de tal manera que uno pueda universalizar la máxima de su conducta); o de una de las reglas funda-

mentales del discurso racional (Alexy la formula así: «todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *a*, debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes» [Alexy 1989: 283]).

En relación con problemas normativos, lo que quiere decir entonces la universalidad (en su sentido pleno, que no es puramente formal) es que el criterio utilizado para construir la premisa normativa, la *ratio decidendi*, no puede ser *ad hoc*; que si, por ejemplo, en el caso *C* la norma *N* se interpreta en el sentido *N'* es porque esa misma fue también la interpretación que en el pasado se hizo de los casos análogos a *C* y, sobre todo, será la que, en el futuro, se seguirá haciendo cuando aparezcan nuevos casos semejantes a *C*. Resulta, pues, obvio, que la aceptación del criterio (que, de nuevo, pocos discutirían; no es ni más ni menos que la regla del *stare decisis* que rige la utilización de los precedentes) no impide que puedan existir dudas, desacuerdos, en cuanto a si un determinado caso (definido por una serie de propiedades) cae o no bajo una determinada categoría general (la de los casos que sean *C* o análogos a *C*).

Importa también aclarar que *universalidad* no es lo mismo que *generalidad*. O sea, la universalidad no tiene que ver con el grado de generalidad de la norma. Una norma muy específica (aplicable a muy pocos casos) puede (debe) ser también aplicada de manera universal y, por ello, decidir según criterios de equidad significa ir en contra de la generalidad de una norma (introducir una excepción para evitar una mala consecuencia), pero no de su universalidad. Algo que ya sabía Aristóteles cuando afirmaba que lo equitativo es justo (y la justicia es una relación de igualdad), pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal (*Ética a Nicómaco*, V,10).

El requisito de universalidad se aplica también a problemas de tipo fáctico. En la justificación externa de la premisa fáctica tiene que figurar también un enunciado de tipo universal, aunque el mismo sea de carácter probabilístico. Por ejemplo, la premisa podrá ser un enunciado que establezca que si se dan *X*, *Y*, *Z* (los hechos del presente considerados verdaderos: los hechos probatorios), entonces es probable que haya ocurrido otro hecho del pasado, *P* (el hecho que se trata de probar). Y el requisito de universalidad exigiría que esa premisa de tipo probabilístico se utilizará también en todos los casos en los que se den esas mismas circunstancias (a no ser, claro, que se trate de una ley científica o una máxima que hayan sido desmentidas por la experiencia).

4.2. *Coherencia*

La noción de coherencia juega hoy un papel muy importante, y no sólo en relación con el razonamiento jurídico; también en la epistemología, en la moral o en la lingüística existen muchas teorías de la cohe-

rencia. Quizás por ello a veces se emplea, en la teoría del Derecho, la expresión en un sentido muy amplio, que englobaría todos los criterios de justificación; una decisión o un razonamiento coherente sería sinónimo de justificado (y las teorías de la coherencia se contraponen a las deductivistas o formalistas: las que no tienen en cuenta las razones subyacentes a las normas). Aquí se utilizará la expresión en un sentido más restringido; la coherencia es uno de los criterios para evaluar los argumentos, pero no el único ni, necesariamente, el decisivo.

La idea de coherencia está ligada a la de consistencia lógica, pero difiere de esta última porque la coherencia se refiere a la compatibilidad (de una decisión, de una norma o de la narración de unos hechos) en relación con valores, principios y teorías. Por eso, mientras que la consistencia (lógica) es una propiedad que sencillamente se da o no se da, la coherencia es más bien una cuestión de grado: por ejemplo, la fundamentación de una decisión puede contener alguna inconsistencia lógica (resultar incompatible con alguna norma específica del sistema, con algún elemento probatorio) y, sin embargo, ser la más coherente de entre las posibles y, en consecuencia, estar justificada.

Se dice que una norma (o un conjunto de normas) es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios y valores: los del ordenamiento. Así, frente a un problema interpretativo, la razón para interpretar la norma *N* en el sentido *N'* y no en el sentido *N''* es que *N'* es la que resulta más acorde con los principios y valores del sistema; si se quiere, con los principios y valores interpretados de una cierta manera: de la forma que los hace más coherentes en relación con una cierta filosofía moral y política. Es importante darse cuenta de que los principios y valores del ordenamiento no son exactamente los mismos (o no deben interpretarse de la misma manera) en todas las ramas del Derecho, y también de que esos principios y valores cambian de ordenamiento en ordenamiento (aunque entre los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales exista una amplia base común), de manera que la coherencia normativa (también la narrativa, de la que ahora se hablará) es básicamente un criterio contextual.

La coherencia narrativa es lo que permite considerar como probado un determinado hecho, una hipótesis fáctica, porque eso es lo que mejor encaja con una serie de hechos probatorios y con las leyes científicas, relaciones de causalidad, máximas de experiencia, etc., que nos permiten explicar el mundo. Como es más o menos obvio, esta noción de coherencia es lo que subyace al esquema de la abducción: recuérdese el razonamiento de Sherlock Holmes «adivinando» (porque ésa sería la hipótesis más coherente) que el ladrón del caballo no podía haber sido un forastero.

La noción de coherencia es, por tanto, relativa (una norma, un hecho —o, si se quiere, los enunciados que aceptan la norma o afirman el hecho—, es coherente en relación con...) pero no es puramente formal,

en cuanto remite a máximas de experiencia, teorías científicas, principios, valores con determinados contenidos. Es, además, dinámica, y en un doble sentido: lo que haya que entender por coherencia cambia a medida que lo hagan esas máximas, leyes, etc.; pero, asimismo, si en un principio (digamos, en el tiempo *t*1) podían considerarse, por ejemplo, como igualmente coherentes, en relación con el problema *P*, las decisiones (en materia normativa o fáctica) *D*1 y *D*2, el haber optado por *D*1 puede hacer que, en el tiempo *t*2, el criterio incorporado en *D*2 deje de ser coherente para resolver problemas de ese tipo.

En fin, la coherencia es lo que justifica también las dos formas de argumentar más características del Derecho (y quizás no sólo del Derecho) cuando estamos en una situación en la que no se trata únicamente de deducir, o sea, cuando en las premisas no contamos con toda la información necesaria y suficiente para arribar a la conclusión. Si la información de partida es insuficiente (existe una laguna), entonces argumentar significa agregar nueva información, y así es como se puede entender la analogía (en un sentido amplio, que incluye los argumentos *a pari*, *a fortiori* y *a contrario*: en este último caso se rechaza que pueda usarse la analogía, lo que supone también agregar información); y si es contradictoria, entonces se trata de suprimir un pedazo de información, para lo que sirve el argumento *ad absurdum*. En el argumento *ad absurdum* se elimina un fragmento de información (por ejemplo, una determinada interpretación normativa) para evitar la incoherencia; en la analogía, lo que se hace es agregar información, innovar (creando una nueva norma o ampliando el sentido de una ya existente), pero preservando las señas de identidad del sistema, la coherencia.

4.3. *Adecuación de las consecuencias*

Mientras que la coherencia mira hacia el pasado (en el caso de la coherencia normativa, hacia el sistema jurídico, hacia las normas establecidas; en el de la coherencia narrativa, hacia la experiencia acumulada del pasado), el criterio de las consecuencias se enfoca hacia el futuro. Por eso, los argumentos de coherencia son tan importantes en el razonamiento judicial, mientras que en el legislativo o en el de los abogados juega más bien el papel de marcar un límite, y lo fundamental son, precisamente, los argumentos consecuencialistas: lo que justifica dictar una norma con determinado contenido o avanzar una determinada estrategia de defensa o de acusación es la consecuencia que va a producir.

Las consecuencias se tienen en cuenta en relación con cuestiones normativas y también (si se quiere, indirectamente) a propósito de cuestiones de hecho. En casos de duda, una razón para no considerar probado que *X* dio muerte a *Y* puede ser la consecuencia que eso le podría acarrear a *X*; como se ve, éste es un rasgo que separa el

razonamiento en materia de hechos de carácter jurídico, del que se realiza en ámbitos en los que sólo cuentan propósitos epistemológicos: averiguar qué ocurrió. El criterio de las consecuencias significa que en el Derecho (en el razonamiento judicial) las razones finalistas (como subespecie de las razones sustantivas; la otra subespecie son las razones de corrección) juegan un papel que puede ser mayor o menor, según el sistema jurídico (la tradición jurídica) de que se trate o la concepción del Derecho que se suscriba. Como se recordará, una razón de fin (acojo el criterio de distinción establecido por Summers [1978]) es una razón cuya fuerza justificativa deriva del hecho de que, si se toma tal decisión, es posible predecir que la misma tendrá efectos que satisfarán algún objetivo social valioso (la salud pública, la seguridad, la democracia); en una razón de corrección, por el contrario, lo que justifica la decisión es que la misma se apoya en una norma socio-moral (de corrección) que se aplica a las acciones pasadas de las partes o al estado de cosas que resulta de tales acciones (por ejemplo, evitar que alguien obtenga un beneficio de un acto ilícito suyo; proteger al que está en una situación de desventaja, etc.). La diferencia, por tanto, entre usar o no usar un criterio consecuencialista para evaluar la argumentación de una decisión consiste en que, en el primer caso, no se toma únicamente en consideración el resultado de la decisión (el estado de cosas vinculado conceptualmente con la decisión, con la acción), sino otros estados de cosas que se conectan con los anteriores por lazos de causalidad. Y de ahí la dificultad de usar ese criterio, y la necesidad de ponerle límites. Dificultad, porque se trata de predecir efectos, estados de cosas, del futuro, y ésa, normalmente, es una actividad compleja (mucho más que constatar que algo ha tenido lugar en el pasado) y las instituciones judiciales no suelen contar además con los recursos adecuados para ello (no están diseñadas para cumplir esa función). La necesidad de ponerle límites deriva de lo anterior, y también de que los efectos remotos (aunque ligados causalmente) con un estado de cosas no podrían considerarse ya como consecuencias en sentido estricto de la decisión; dónde situar ese límite es, obviamente, una cuestión que puede resultar controvertida.

Una manera (restringida) de interpretar el criterio de las consecuencias es hacerlo en términos de eficiencia económica. Una decisión judicial justificada (respetando ciertos límites marcados por el Derecho) será la que más contribuya a la maximización de la riqueza social, entendida en términos de satisfacción de las preferencias de los individuos. Uno de los criterios que utilizar para ello es el de la optimización en términos paretianos, que viene a decir que una distribución de recursos es superior a otra (debe ser preferida) si nadie empeora su situación y al menos hay alguien que la mejora. Ese criterio sólo puede aplicarse en casos muy excepcionales a las decisiones judiciales, pues, como consecuencia de las mismas, casi siempre ocurrirá que

alguien (una de las partes) sufra una pérdida. Por eso, es más frecuente utilizar una modificación del mismo, el criterio Kaldor-Hicks, según el cual, aun habiendo ganadores y perdedores, una situación es superior (preferible) a otra, si en la primera, las ganancias de unos permiten compensar las pérdidas de los otros. Con todo, la eficiencia económica (en lo que se basa el análisis económico del Derecho) es un criterio problemático y que, en términos generales, no puede considerarse decisivo: la aplicación del mismo puede ser compleja y requerir conocimientos e informaciones de las que los jueces suelen carecer; no puede servir por igual para todas las ramas del Derecho (en algunas, por ejemplo en el Derecho fiscal, podría reconocérsele un papel central, pero en otras, como el Derecho penal, sólo podría jugar —si acaso— una función residual); hay muchos otros objetivos —aparte del de la maximización de la riqueza— que deben tenerse en cuenta en la justificación de una decisión judicial; las razones finalistas (las económicas son una subclase de éstas) no pueden prevalecer, por lo menos en términos generales, frente a las razones de corrección.

4.4. *Moral social*

La apelación a la moralidad social (a nociones —valores— característicos de la moral social) está incorporada en ocasiones explícitamente en normas jurídicas; en tales casos, el uso de ese criterio para evaluar las decisiones judiciales no ofrece duda (aunque, naturalmente, puede ser discutible si el juez ha interpretado bien o no el correspondiente criterio de moralidad social). Lo que podría parecer más cuestionable es si ese criterio puede utilizarse (si tiene fuerza justificativa) cuando las normas del Derecho positivo no lo han previsto; o sea, si en los casos difíciles, cuando se trata de optar por una u otra interpretación a propósito de un determinado concepto valorativo (por ejemplo, cómo entender la libertad o los límites de la libertad), los jueces deben decidir de acuerdo con la opinión mayoritaria de la gente, deben seguir (utilizar como premisa de su razonamiento) la pauta marcada por la moral social y no la opinión que ellos, como individuos, consideren preferible.

Pues bien, parece indudable que los criterios de moralidad social tienen que tener su peso en la argumentación (y en la evaluación de la argumentación) judicial. El juez no puede ser indiferente a (o contradecir), las convenciones sociales, como podría serlo, pongamos por caso, un individuo que argumenta a propósito de alguna cuestión con connotaciones morales. El juez ocupa una cierta posición institucional y eso supone ciertos límites en cuanto al tipo de razones que puede usar y en cuanto al alcance de esas razones. Optar (dentro siempre de ciertos límites) a favor de la moral social facilita, entre otras cosas, que su decisión sea persuasiva y eso, como se ha visto, es un elemento importante

de la motivación de sus decisiones. Además, los criterios socialmente mayoritarios parecen estar vinculados a la idea de democracia: decidir como la mayoría preferiría que se hiciese parece un saludable ejercicio democrático particularmente exigible a quienes —como los jueces; salvo excepciones— no han sido elegidos para ocupar sus cargos mediante procedimientos democráticos. Y, en fin, quienes son escépticos en materia de moral suelen pensar que la mejor forma de cerrar la necesaria discrecionalidad que con frecuencia se le abre a los jueces es precisamente ésa: optar por las valoraciones sociales predominantes.

Pero esto no es enteramente satisfactorio, por varias razones. 1) Puede ocurrir que no sea fácil saber cuál es la opinión mayoritaria al respecto o que, simplemente, no exista una opinión claramente mayoritaria. 2) No puede excluirse la posibilidad de que esas opiniones, aun siendo mayoritarias, sean expresión de prejuicios que van además en contra de los propios valores del ordenamiento; en muchas sociedades pueden predominar o tener un gran predicamento, por ejemplo, opiniones xenófobas o contrarias a los principios del garantismo penal, recogidos en todas las constituciones contemporáneas. 3) El recurso a la democracia, a la opinión de la mayoría, por parte de los escépticos o relativistas morales, no parece estar bien justificado: si no hay criterios objetivos en materia de moral, tampoco lo será el basado en la democracia, en la opinión de las mayorías. 4) Las constituciones contemporáneas (por ejemplo, la española) incorporan un código moral (reflejado en las declaraciones de derechos) que no es simplemente la moral establecida; el Derecho no proporciona razones últimas de carácter justificativo, y tampoco puede hacerlo la moral social: los criterios últimos de justificación de los razonamientos jurídicos (judiciales) tienen que provenir de una moral racionalmente justificada que, por tanto, en ocasiones puede no coincidir con la moral social.

4.5. *Moral justificada*

Lo anterior parece avalar la utilización (al menos, en algunos casos) de criterios de una moral justificada a la hora de evaluar una argumentación judicial. Pero frente a ello suelen presentarse básicamente dos objeciones: no es necesario —o no se debe— recurrir a ese criterio; no es posible hacerlo.

La primera objeción se conecta con uno de los dogmas del positivismo (del positivismo metodológico): la necesidad de mantener la separación conceptual entre el Derecho y la moral. El Derecho debe (o ha de poder) identificarse sin recurrir a criterios morales. Algunos positivistas (como Raz [2001]) piensan que eso es compatible con la tesis de que, a la hora de razonar de acuerdo con el Derecho (no a la hora de identificar el Derecho), el jurista (el juez) podría apartarse del contenido del Derecho para satisfacer razones morales; es una

manera de incorporar, como criterio de evaluación de los razonamientos judiciales, las razones de una moral justificada, pero ciertamente resulta bastante extraño y contradictorio con lo que parecen ser las «intuiciones» de los juristas y de la gente normal y corriente. Otros (los «positivistas incluyentes») dirían que el recurso a la moral sólo sería admisible si la regla de reconocimiento del sistema remite de alguna manera (para identificar el Derecho) a conceptos morales como, de hecho, ocurre en el caso de todas las constituciones contemporáneas: «libertad», «igualdad», «dignidad humana», etc. Y el problema que se plantea entonces es el de cómo han de interpretarse estos conceptos: si ha de hacerse manteniéndose dentro del Derecho o si cabe acudir a criterios «externos» y, en este último caso, si han de ser los de la moralidad social u otros. En realidad, este planteamiento supone que se puede distinguir siempre con nitidez entre el Derecho y la moral (entre criterios «internos» y «externos») y eso no parece ser así. En algunos aspectos, las fronteras entre el Derecho y la moral son sencillamente fluidas o imposibles de trazar. Aunque se acepte, como criterio para identificar el Derecho, el de la regla de reconocimiento, las razones por las que un jurista (un juez) acepta esa regla no pueden ser más que morales (basadas en una moral justificada), y eso tiene consecuencias en relación con su razonamiento justificativo; incluso en los casos fáciles, tanto la premisa normativa como la fáctica descansan en último término en la aceptación por parte del juez de seguir los criterios del ordenamiento jurídico (de obedecer el Derecho), o sea, la premisa última es de naturaleza moral. Y cuando se trata de interpretar los conceptos valorativos, morales, de la Constitución (como los anteriormente señalados), parece evidente que no cabe otra cosa que recurrir a alguna filosofía moral y política. La diferencia aquí parece radicar en que se haga de manera explícita o no; en que se sea o no consciente (o más o menos consciente) de lo que se hace.

Por eso, la segunda, y más importante, objeción es ésta: ¿cuál es la moral justificada, la moral a la que debe acudir el juez?; ¿acaso existe alguna? Si no fuera así, como piensan muchos positivistas (no todos) y los defensores de las teorías críticas del Derecho, lo único que cabría es reconocer que en la argumentación judicial hay un componente (mayor o menor) de carácter irracional o arracional, el cual, por lo tanto, no parece apto para ser usado como criterio de evaluación. Pero ésa no tiene por qué ser una conclusión inevitable. En la filosofía moral existen diversas propuestas de teorías éticas —de ética normativa— que sostienen (con diversas intensidades) el objetivismo moral y que, en consecuencia, podrían ser aptas para desempeñar esa función: suministrar un método para descubrir la moral correcta. En mi opinión, la postura más adecuada es la del llamado constructivismo o procedimentalismo moral, en alguna versión como la suscrita por Rawls, por Habermas o por Nino que, por lo demás, son sustancial-

mente coincidentes. La base de las mismas, por cierto, es que los principios de una moral justificada serían aquellos a los que llegaría por consenso una serie de agentes que discutieran respetando ciertas reglas más o menos idealizadas. Los criterios para evaluar los razonamientos judiciales remiten, por lo tanto, a la argumentación racional. Es importante, por lo demás, aclarar que defender una posición objetivista de la moral no es lo mismo que defender el absolutismo moral; el objetivista sostiene que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, pero están abiertos a la crítica, a la discusión racional y, por tanto, pueden ser modificados, no son absolutos. Además, la pretensión de corrección de los juicios morales no se identifica con la pretensión de verdad de los juicios científicos; la objetividad moral es análoga, pero no equivalente a la científica. Nadie pretende que existan criterios de verificación o de falsación de las teorías morales como los que se aplican a las teorías científicas o, en todo caso, no es necesario hacerlo para sostener el objetivismo moral; que haya criterios objetivos para determinar que una proposición moral es o no correcta no supone pensar necesariamente que existen «hechos morales»: objetivismo moral no equivale a realismo moral.

5. LO RAZONABLE EN EL DERECHO

Ahora bien, aunque existan criterios, y criterios objetivos como los mencionados, eso no quiere decir que con los mismos se puedan solucionar todos los problemas de evaluación de las argumentaciones jurídicas; en particular, de los razonamientos judiciales. No son suficientes (no siempre) porque algunos de ellos pueden ser difíciles de aplicar, discutibles en algunos de sus extremos, excesivamente indeterminados, etc. Y además, porque puede ocurrir muy bien que entre los mismos surjan contradicciones, o sea, que no sea posible (en algún caso) satisfacer todos ellos. Los anteriores criterios están planteados de tal manera que parecería que los últimos, o el último, gozan de prioridad frente a los anteriores, lo que permitiría resolver en forma más o menos automática esas contradicciones. Pero esto no es así. Como ya hemos visto, es posible que una razón de moral sustantiva (de moral justificada) tenga que ceder frente a razones de carácter institucional. Puede parecer paradójico, pero la paradoja se disuelve cuando se considera que la argumentación justificativa tiene lugar en varios niveles: en un primer nivel, existe un conflicto de razones (entre una razón moral y otra institucional), que se resuelve, en un segundo nivel, dando la prioridad a la de carácter institucional. La razón de segundo nivel es (ha de ser) de tipo moral, lo que se corresponde con la tesis de la supremacía de la moral que rige en el razonamiento práctico y, por tanto, en el jurídico. Pero supremacía de la

moral no quiere decir imperialismo de la moral. O sea, la unidad de la razón práctica no significa que el razonamiento judicial se disuelva simplemente en razonamiento moral; la motivación de una sentencia judicial incorpora necesariamente un componente moral, pero el juez no es, sin más, un razonador moral; en el razonamiento judicial (y, en general, en el jurídico), los aspectos institucionales juegan, obviamente, un papel esencial.

En todo caso, la insuficiencia de los anteriores criterios para resolver todos los problemas de evaluación puede entenderse como una llamada a la idea de razonabilidad. Ahora bien, de «razonabilidad» puede hablarse en varios sentidos. En su acepción probablemente más general, se aplica a cualquier decisión judicial (jurídica), pues la razonabilidad marca, simplemente, el límite de lo justificable, de lo jurídicamente aceptable; incluso la decisión más simple, más incuestionable, tiene que ser razonable: la razonabilidad —digamos— es algo más que la racionalidad en sentido estricto, aunque en ocasiones actuar —decidir— de manera razonable signifique hacerlo en forma estrictamente racional. Pero, en un sentido más específico, la razonabilidad entra en juego únicamente a propósito de ciertas decisiones, de ciertas argumentaciones. O sea, la necesidad de ser razonable (a veces es requerida explícitamente por el propio Derecho) se plantea cuando, en relación con una cuestión, parece existir, en principio, un cierto margen para decidir de una manera o de otra. Es lo que puede ocurrir cuando se trata de evaluar dos justificaciones judiciales, de signo contrapuesto, sobre un mismo caso: ninguna de las dos —imaginemos— comete errores inferenciales, deja de utilizar el sistema de fuentes establecido, recurre a cánones de interpretación extravagantes o resulta incoherente en relación con alguna interpretación (más o menos plausible) de los valores del ordenamiento. Es también perfectamente posible que quien argumenta en uno de los sentidos no atribuya la discrepancia del otro argumentador a ignorancia o mala fe sino, simplemente a que no comparte sus mismos valores; es más, ser razonable parece significar, precisamente, adoptar una actitud de ese tipo, una actitud tolerante y comprensiva hacia el otro. Pero eso no quiere decir tampoco renunciar a la objetividad, aceptar que ambas posturas son igualmente justificables, razonables. En algún caso podría darse esa situación de empate, pero lo normal es que no ocurra así y que sólo una de las dos sea razonable (o, si se quiere, la más razonable): la que logra, dadas las circunstancias del caso, satisfacer en la mayor medida posible los anteriores requisitos y tiene en cuenta, en consecuencia, el peso relativo de cada uno de ellos (por ejemplo, sería irrazonable insistir en la necesidad de interpretar en sentido muy literal una determinada norma, si el tenor de la misma no impide otra interpretación que evitaría erosionar un valor de considerable importancia, etc.). Esta noción de razonabilidad viene a ser, en realidad, la misma idea

de eficiencia, entendida en un sentido completamente general: como adecuado balance entre los costes y los beneficios a la hora de tomar una decisión. Que coincide con lo que Alexy entiende por principio de proporcionalidad: para él —como se recordará—, el más básico del razonamiento jurídico (una especie de metaprincipio) y que, a su vez, consta de tres subprincipios: el de idoneidad y el de necesidad (que se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas), y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (optimización en relación con las posibilidades normativas). O incluso con la idea de Dworkin de tratar a todos con la misma consideración y respeto, que podría interpretarse en el sentido de que, dentro de los límites establecidos por el Derecho, las decisiones judiciales deben satisfacer, en la mayor medida posible, ese valor.

Ahora bien, además de esa idea de equilibrio, de balance entre exigencias contrapuestas, la noción de razonabilidad (en sentido específico) implica un ingrediente más: el de aceptabilidad. Una decisión razonable sería la que, teniendo en cuenta todos los elementos de la situación (el juicio razonable es siempre un juicio holístico), logra una articulación óptima entre las exigencias contrapuestas y que resulta además aceptable. La aceptabilidad no puede entenderse aquí simplemente como aceptación de hecho (por las razones que hemos visto a propósito del criterio de la moralidad social), pero tampoco serviría apelar sin más a un consenso racional (o a la aceptación por alguna entidad que discurriera monológicamente, como el espectador imparcial o el juez Hércules). Se trataría más bien de lograr un equilibrio entre esas dos ideas de consenso: quien argumenta razonablemente se esfuerza por encontrar puntos de acuerdo reales que puedan servir como base para lograr un nuevo acuerdo, o sea, para pasar de lo aceptado a lo aceptable. Vendría a argumentar así: «puesto que estamos de acuerdo en *X*, deberíamos de estarlo también en *Y*». Además, debería seguir una estrategia «de abajo arriba», esto es, evitar, en la medida de lo posible, que el discurso de justificación llegue a niveles muy profundos, en los que se ven afectados los valores más fundamentales y es más difícil obtener un consenso.

MATERIALES

1,A) ¿UNA BUENA DECISIÓN MAL ARGUMENTADA?

Una de las decisiones más importantes adoptadas por la Suprema Corte mexicana en los últimos tiempos es la sentencia de 28 de agosto de 2008 que declaraba constitucional una ley del Distrito Federal que despenalizaba el aborto practicado durante las doce primeras semanas del embarazo. Se trata de una sentencia de una extensión desmesurada (en parte porque contó con tres votos disidentes y siete concurrentes —el tribunal estaba compuesto por once ministros—) y cuya estructura argumentativa, en lo esencial, queda plasmada en el esquema de la siguiente página.

Como puede entonces observarse, un aspecto fundamental de la argumentación (el punto 1.2.2.1) tiene que ver con la contestación a la pregunta de si la Constitución mexicana reconoce o no un derecho a la vida. La Suprema Corte entiende que no, y eso la lleva a plantear el problema no en términos de ponderación (digamos, entre el valor de la vida durante esas primeras semanas de desarrollo del embrión, y el de la autonomía de la mujer), sino (aunque este extremo no resulta del todo claro en la sentencia) en términos subsuntivos: la pregunta decisiva sería simplemente la de si el aborto (durante las 12 primeras semanas del embarazo) es una de las conductas que el Estado está obligado a penalizar. Reproduzcamos algunos fragmentos del fundamento octavo:

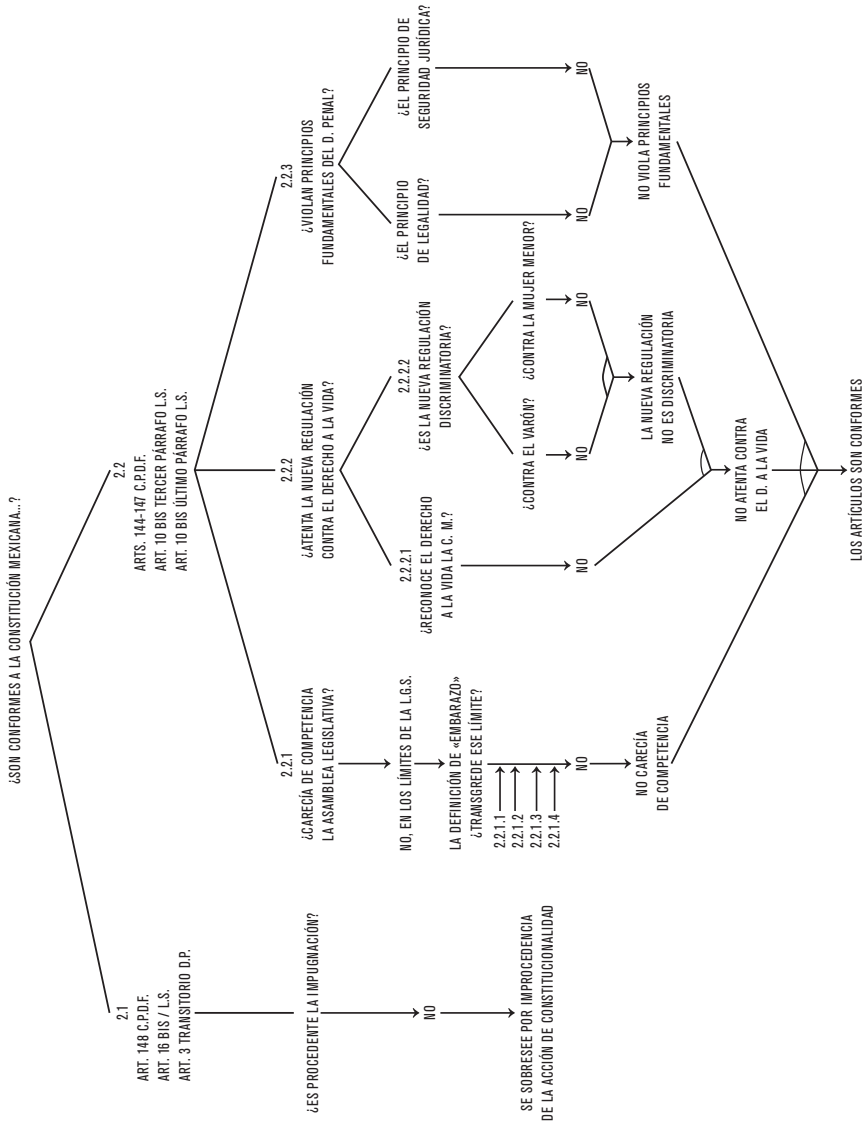
OCTAVO. Planteamientos de fondo en relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida. [...]

I. ¿SE ENCUENTRA EL DERECHO A LA VIDA CONTEMPLADO POR LA CONSTITUCIÓN MEXICANA?

El primer problema a tratar antes de enfocarnos a cada uno de los argumentos particulares contenidos en los conceptos de invalidez, se refiere a si efectivamente la Constitución reconoce o no un derecho a la vida y, de ser así, cuáles serían sus fundamentos normativos.

Es claro que de una primera lectura de la Constitución Mexicana, no encontramos de manera expresa en ninguna parte de la misma el establecimiento de un derecho específico a la vida, el valor de la vida, o alguna otra expresión que permita determinar que la vida tiene una específica protección normativa a través de una prohibición o mandato dirigido a las autoridades del Estado. [...]

D) Una vez establecido lo anterior, este Tribunal considera que lo único que podemos encontrar en la Constitución de manera expresa son previsiones constitucionales que de manera positiva establecen obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida, por ejemplo, el artículo 4.º de la Constitución, que contiene previsiones relacionadas con la salud, el medio ambiente, la vivienda, a la protección a la niñez, a la alimentación, y el artículo 123 que contiene disposiciones específicas para el cuidado de las mujeres en estado de embarazo y parto.


¿SON CONFORMES A LA CONSTITUCIÓN MEXICANA...?
2.1
ART. 148 C.P.D.F.
ART. 16 BIS / L.S.
ART. 3 TRANSITORIO D.P.
¿ES PROCEDENTE LA IMPUGNACIÓN?
NO
SE SOBRESEE POR IMPROCEDENCIA
DE LA ACCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD
2.2
ARTS. 144-147 C.P.D.F.
ART. 10 BIS TERCER PÁRRAFO L.S.
ART. 10 BIS ÚLTIMO PÁRRAFO L.S.
2.2.1
¿CARECÍA DE COMPETENCIA
LA ASAMBLEA LEGISLATIVA?
NO, EN LOS LÍMITES DE LA L.G.S.
LA DEFINICIÓN DE «EMBARAZO»
¿TRANSGREDE ESE LÍMITE?
2.2.1.1
2.2.1.2
2.2.1.3
2.2.1.4
NO
NO CARECÍA
DE COMPETENCIA
2.2.2
¿ATENTA LA NUEVA REGULACIÓN
CONTRA EL DERECHO A LA VIDA?
2.2.2.1
¿RECONOCE EL DERECHO
A LA VIDA LA C. M.?
NO
2.2.2.2
¿ES LA NUEVA REGULACIÓN
DISCRIMINATORIA?
¿CONTRA EL VARÓN?
NO
¿CONTRA LA MUJER MENOR?
NO
LA NUEVA REGULACIÓN
NO ES DISCRIMINATORIA
NO ATENTA CONTRA
EL D. A LA VIDA
2.2.3
¿VIOLAN PRINCIPIOS
FUNDAMENTALES DEL D. PENAL?
¿EL PRINCIPIO
DE LEGALIDAD?
NO
¿EL PRINCIPIO DE
SEGURIDAD JURÍDICA?
NO
NO VIOLA PRINCIPIOS
FUNDAMENTALES
LOS ARTÍCULOS SON CONFORMES
A LA CONS. MEX.

Es decir, la Constitución no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo, pero establece que una vez dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla y desarrollar condiciones para que todos los individuos sujetos a las normas de la Constitución aumenten su nivel de disfrute y se les procure lo materialmente necesario para ello.

De este modo, aceptando la existencia de un bien constitucional o internacionalmente protegido en los términos hasta ahora expuestos: expresado en la prohibición del Estado de establecer sanciones penales de privación de la vida o de ejecutar sanciones que tuvieran ese efecto de manera arbitraria, y como derecho en un sentido relativo e interdependiente con los demás derechos, no podemos encontrar ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización de su afectación que permitiera sostener que existe una obligación del legislador para el establecimiento o mantenimiento de un tipo penal específico. [...]

A modo de contraste, podemos encontrar varios ejemplos en el derecho comparado: el caso de Roe contra Wade, de la Suprema Corte de los Estados Unidos; la sentencia C-355-06 del Tribunal Constitucional colombiano, la sentencia del caso Regina contra Morgentaler, de la Corte Suprema del Canadá, así como la sentencia STC 53/1985 del Tribunal Constitucional de España. En todos estos casos, los distintos tribunales o cortes constitucionales enfrentaban impugnaciones y analizaron preceptos que penalizaban conductas constitutivas del delito de aborto y no, como en el caso que ahora nos ocupa, con procedimientos que tuvieran como resultado la descriminalización de una conducta previamente considerada punible.

En este contexto, este caso nos enfrenta con un problema peculiar, en donde hay que hacer un cuestionamiento inverso al que se hicieron los tribunales o cortes constitucionales en los ejemplos previamente reseñados: debemos preguntarnos si el Estado se encuentra obligado o encuentra un mandato para penalizar una conducta específica, y no si la penalización de una conducta particular afecta o vulnera derechos constitucionales. [...]

Por todo lo anterior, si de lo argumentado resulta que la vida, como bien constitucional e internacionalmente protegido, no puede constituir un presupuesto de los demás derechos, además de que aun como derecho no podría en ningún momento ser considerado absoluto; que sus expresiones específicas a nivel nacional e internacional se refieren a la privación arbitraria de la vida y la prohibición del restablecimiento de la pena de muerte; que se trata de un problema de descriminalización de una conducta específica y que no existe mandato constitucional específico para su penalización; y, finalmente, que la evaluación de las condiciones sociales y la ponderación realizada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es constitucional y se encuentra dentro de sus facultades de acuerdo con principios democráticos, este Tribunal Pleno considera que los argumentos analizados en el presente apartado en relación con la naturaleza y existencia del derecho a la vida son infundados.

Veamos dos comentarios a propósito de la sentencia (básicamente, sobre el tratamiento del derecho a la vida). El primero la considera como una buena decisión mal argumentada. El segundo subraya diversos aspectos en los que la fundamentación de la sentencia (la que se encuentra en el «engrose») resulta cuestionable, pero no ataca la decisión en cuanto tal (lo que *a sensu contrario*, parecería significar que no considera que haya argumentos sólidos para ir contra ella):

A) Como se ve, la argumentación no es muy clara. Por ejemplo, en el anterior párrafo parecen estar confundiéndose dos cosas distintas: una es si la vida es o no presupuesto para los otros derechos, y la respuesta obviamente es que sí, y otra, si la vida es un derecho absoluto, a lo que habría que contestar que no. Tampoco se sabe muy bien cuál es el significado de derechos «en sentido normativo» (¿qué sería un derecho «en sentido no normativo»?). No se comprende fácilmente que se ponga en cuestión si el derecho a la vida es o no un derecho fundamental de los mexicanos (parece obvio que lo es), simplemente porque no esté recogido explícitamente en la Constitución; lo cual contribuyó probablemente a la profusión de votos concurrentes que hacen prácticamente imposible determinar cuál fue la «ratio decidendi» de esa sentencia. Y tampoco resulta clara cuál es la diferencia que se pretende hacer entre el tipo de problema que tuvieron que afrontar otros tribunales constitucionales y el que se le planteó a la Suprema Corte mexicana. Pero, en relación con esto último, lo que parece innegable es que el propósito de esa argumentación era evitar llevar a cabo una ponderación (que es lo que, de alguna forma, hicieron los otros tribunales mencionados). Por eso, parece pertinente hacerse esta pregunta: ¿no hubiese sido preferible una argumentación por parte de la Suprema Corte en la que se hubiese ponderado el valor de la vida con el de la autonomía de la mujer, la protección de la salud, etc., para llegar a la conclusión de que estos últimos valores pesan más que el de la vida de un embrión hasta la semana 12 de su desarrollo? De haberse hecho así, y dado que la ponderación habría dado lugar al surgimiento de una regla clara de tipo general, ¿no hubiese resultado más difícil que en el futuro pudiese considerarse como constitucional una norma de algún Estado castigando el aborto producido durante los 12 primeros meses del embarazo? ¿No habrá jugado algún papel, en esa deficiente argumentación, una determinada concepción del Derecho que identifica el mismo con una serie de prescripciones, dejando a un lado sus elementos valorativos —las razones subyacentes a las normas— para así mantener la tesis de la estricta separación entre el Derecho (la argumentación jurídica) y la moral? (Atienza, en Atienza y Vigo 2011: 116-117).

B) En «Análisis de la sentencia de la Corte Suprema mexicana», Rodolfo Vigo (Atienza y Vigo 2011) comienza haciendo algunas indicaciones críticas referidas al modo como la Corte Suprema mexicana pronuncia sus decisiones. Pone así de manifiesto que la sesión pública en la que el Tribunal adoptó esa decisión fue en agosto de 2008, pero, sin embargo, la motivación de la misma sólo se conoció a comienzos de 2009. Eso provocó —sigue afirmando Vigo— que uno de los ministros (Silva Meza) señalara en su voto concurrente que, en su opinión, el engrose no revelaba adecuadamente lo que había sucedido en la discusión y que, en concreto, sólo dos ministros, el autor del engrose (Cossío) y la ministra Luna consideraron que el derecho a la vida no estaba contenido en la Constitución mexicana. Vigo razona extensamente para justificar que «la Constitución mexicana —como cualquier constitución mínimamente racional— consagra —más allá de modalidades y textos normativos— el derecho a la vida» (p. 130) y subraya también que esa respuesta es distinta a la que cabe dar a la pregunta de si se trata o no de un derecho absoluto. A este respecto, Vigo acepta que algunos derechos (como el de no ser sometido a tortura) sí que tendrían un carácter absoluto («no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia»), pero éste no parece ser el

caso del derecho a la vida (aunque no sea explícito al respecto), dado que, en relación con él, habría que llevar a cabo una ponderación. Como se verá, su opinión es que la ponderación ya realizada por el legislador no supone que el juez constitucional no deba también hacerla y —como antes se ha dicho— tampoco afirma que el Derecho natural clásico lleve en este caso a decantarse a favor del derecho a la vida del *nasciturus*:

[L]o que nos parece central es que finalmente la Corte se enfrenta al problema de la ponderación entre derechos y bienes. Sin embargo, el voto de Cossío pareciera evitar ese ejercicio ponderativo o remitirlo a la esfera del legislador democrático: «Como advertimos de lo reseñado, el Legislador Local ya realizó un ejercicio de ponderación propio de su quehacer democrático y llegó a la conclusión tantas veces referida... El ejercicio realizado por el legislador resulta acorde con la tendencia legislativa reflejada en el derecho comparado, que ha venido estableciendo hipótesis lícitas de interrupción voluntaria del embarazo o límites a la persecución penal del aborto, sustentadas en la ponderación concreta entre dos bienes en conflicto que tuvieron como resultado, también en el derecho comparado, la despenalización de una conducta. Este Tribunal considera que la medida utilizada por el Legislador resulta de este modo idónea para salvaguardar los derechos de las mujeres, pues la no penalización del embarazo tiene como contraparte la libertad de las mujeres para que decidan respecto de su cuerpo, de su salud física y mental e, incluso, respecto de su vida...». De estos párrafos transcriptos al menos dos observaciones críticas: 1) la impresión que suscita el discurso es que el trabajo de ponderación le corresponde efectuarlo al legislador democrático y no al juez constitucional, pero luego paradojalmente se introduce y analiza al mismo, llegando a la conclusión confirmatoria basada en el derecho comparado, si bien en un párrafo más adelante habla de «la racionalidad y la necesidad» de la imposición penal; y 2) no queda claro cuáles son los dos bienes a ser ponderados, dado que se habla, por un lado, de la «no penalización de la interrupción del embarazo» y, por el otro, de la libertad de las mujeres; sin embargo, nos parece evidente —también en otros votos concurrentes y en la jurisprudencia comparada— que los bienes en conflicto son la libertad de la madre y la vida del *nasciturus*. Respecto a esta última cuestión nos parece indiscutible que en ella está el corazón del problema resuelto por más vueltas y retórica que se emplee. Los principios, valores, bienes o derechos humanos tienen *dimension of weight* y [...] respecto a sus exigencias en el caso, se le presenta al juez un problema que debe resolverlo necesariamente pesándolos o ponderándolos. [...]

Por supuesto que ese ejercicio ponderativo supone una apuesta decisiva a favor de la razón práctica prudencial o resolutoria de problemas concretos, en tanto no acepta dogmáticamente la mera decisión del órgano competente, sino que pretende el recurso a argumentos o razones que permitan exhibir la racionalidad en el pesaje de los derechos humanos o principios. La apuesta por una razón práctica ponderativa resulta absolutamente incompatible con las teorías interpretativas que como la de Kelsen postulaba que ella transitaba fuera del conocimiento o la razón y sólo descansaba en la voluntad del que decidía. Quizás pueda resultar de interés aludir a que en el ámbito de la teoría iusnaturalista clásica encontramos autores como Finnis que rechazan la posibilidad de jerarquizar los «bienes humanos básicos» (entre los que está la vida) atento a su inconmensurabilidad y que corresponde a cada ser humano definir su propio proyecto de vida asignándole el peso que estime y pueda concretar a tenor de vocación, contexto, etc. Pero también hay autores de esa teoría [se refiere a Carlos Mas-

sini] que afirman la prevalencia de la vida [...] en tanto reviste una definitividad y decisividad que no corresponde a los restantes bienes, y así ella resulta el bien central a cuyo alrededor se organizan los restantes bienes humanos básicos (Vigo, en Atienza y Vigo 2011: 140-143).

1) En definitiva: ¿se trata de una buena decisión mal fundamentada? ¿Cuáles son los errores argumentativos que habría cometido la sentencia?

2,A) LAS CONSECUENCIAS DEL ESCEPTICISMO

En una de sus últimas obras, Neil MacCormick (2005) defendió una concepción de la argumentación jurídica que en algunos aspectos se distanciaba de lo que había sostenido en su influyente libro de 1978, *Legal Reasoning and Legal Theory*. Básicamente, la diferencia consiste en el paso de una teoría positivista del Derecho (en la línea de Hart) a una post-positivista, afín a la desarrollada por Dworkin y por Alexy; de hecho, MacCormick acepta ahora la tesis de este último de que en el razonamiento práctico y, por tanto, en el razonamiento jurídico (que, también para él, es un *caso especial* de razonamiento moral), se erige una pretensión de corrección.

En relación con los discursos en los que se trata de aplicar normas generales a casos concretos (distintos de aquellos que tienen por objeto la justificación de normas generales), MacCormick contrapone dos teorías a las que denomina, respectivamente, «declarativa» y «decisionista». Los defensores de la primera teoría (entre los que se encuentran teóricos del Derecho —como Dworkin— pero también juristas prácticos) sostienen que los jueces (incluidos los jueces supremos) pueden cometer errores, puesto que existe una respuesta correcta, la cual puede o no coincidir con la respuesta final. Mientras que los decisionistas (campo en el que militarían algunos jueces y también teóricos del Derecho, como Kelsen, los realistas americanos o los «críticos»; Hart estaría en una posición intermedia entre los decisionistas y los partidarios de la tesis declarativa) consideran que lo que un tribunal ha decidido en un caso es lo correcto, simplemente porque lo ha decidido, y mientras la decisión no haya sido anulada por otro; y en todo caso, los jueces que toman las decisiones finales serían «infalibles», puesto que no habría ninguna verdad anterior sobre la cuestión respecto de la cual pudiesen estar equivocados. En opinión de MacCormick, optar por una u otra de esas dos posturas tiene consecuencias muy importantes que a él le llevan a rechazar el decisionismo. En efecto, en su opinión, el decisionismo supondría, entre otras cosas, lo siguiente: una concepción empobrecida del Derecho, puesto que el mismo se reduce a un fenómeno puramente autoritativo (a las decisiones que los jueces han tomado y que tomarán en el futuro); una politización de la judicatura que lleva a la negación práctica del *rule of law*, pues el imperio de la ley supone que los jueces son los encargados de confirmar e implementar el

Derecho, pero no de crearlo; y, en fin —como se verá en el fragmento que sigue—, una visión criticable de la función judicial y de las motivaciones de las decisiones judiciales:

De nuevo, fuera de la academia, contestar a la cuestión, tendrá implicaciones sobre la manera como los jueces deben proceder en su trabajo; y, en efecto, por ello, también en la manera como deben proceder en su trabajo los abogados. Si el punto de vista [«decisionista»] de Lord Diplock fuera correcto, lo que con seguridad será más importante de todo es que las decisiones sean claras, más bien que, en algún otro sentido, correctas. Pues no hay otro sentido. La tarea crucial de un tribunal será establecer con claridad lo que éste decide en el momento, lo que sostiene y opina en el momento, dejando a otros que sigan adelante con sus asuntos a la luz de ello. Por otro lado, si el punto de vista [«declarativo»] de Reid fuera correcto, entonces sería muy importante para los jueces, en la medida en que el tiempo y las presiones del asunto lo permitan, escuchar y ofrecer argumentos detallados y discusiones y debates acerca de qué es lo correcto sobre una determinada cuestión para tratar de basar sus decisiones en ello. En esta perspectiva, la corrección importa incluso más que la claridad. Alan Paterson ha llamado la atención sobre ciertas fluctuaciones significativas en el estilo de toma de decisión y de presentación de las motivaciones en la Cámara de los Lores en los periodos que interesan para nuestra discusión. Durante el periodo en el que, como su primer estudio había mostrado, Lord Reid fue la personalidad dominante organizativamente en la Cámara de los Lores, la práctica normal, cada vez más acentuada en relación con el último periodo de Lord Reid, fue que en cada decisión de la Cámara sobre cualquier cuestión importante intervinieran todos los lores presentes. Así, incluso en el nivel más alto de la toma de decisiones había debate entre los jueces acerca de cuál era la respuesta correcta, una decantación de la respuesta correcta a partir de una multiplicidad de opiniones. En contraste con ello, cuando más tarde Lord Diplock se convirtió en la figura prominente en la Cámara de los Lores, el estilo cambió bastante abruptamente en el sentido de que se delegaba a un juez la tarea de escribir una motivación única que fijara con claridad el Derecho (MacCormick 2005: 274).

1) ¿Está de acuerdo en que el escepticismo respecto a la existencia de criterios objetivos para la evaluación de las decisiones conduce a las consecuencias en cuanto al estilo y a la concepción de la motivación a las que se refiere el texto? En todo caso, ¿se puede entender que esa apelación a las consecuencias constituye un buen argumento a favor de abandonar el escepticismo? ¿Por qué?

2,B) INCERTIDUMBRE E INDETERMINACIÓN

En su último libro, *Justice for Hedgehogs* (*Justicia para erizos*), Dworkin considera que un error (una falacia) que comúnmente se comete al defender la tesis de que no hay una única respuesta correcta para cada caso es que se confunde la incertidumbre con la indeterminación. El error argumentativo sería el siguiente: del hecho de que no podamos encontrar, a propósito de un determinado caso, un argumento decisivo a favor de una de las dos posibles salidas para el mismo, se infiere ilegítimamente

que el Derecho está indeterminado a ese respecto (que no hay una respuesta correcta), y no simplemente que tenemos una incertidumbre respecto a cuál es la respuesta correcta:

> En este capítulo discuto principalmente las pretensiones de «no-respuesta correcta» basadas en la indeterminación y la inconmensurabilidad. ¿Cuándo resultan apropiados semejantes juicios? Una respuesta sorprendentemente popular es ésta: en el terreno de los valores —la moralidad, la ética, el arte o el Derecho— la indeterminación es el juicio por defecto. Cuando, después de un cuidadoso estudio, no puede encontrarse un argumento persuasivo a favor de uno de los lados de alguna cuestión de carácter moral, ético, estético o jurídico, es razonable suponer que no hay una respuesta correcta a esa cuestión. Supongamos que estoy confuso acerca de si el aborto es malo. A veces, hay ciertos argumentos o analogías que hacen que me parezca así, cuando me encuentro en cierto estado de ánimo. Pero otras veces hay otros argumentos y analogías que hacen que no me parezca así. Confieso que carezco de una opinión suficientemente segura o estable acerca de cuál de esas series de argumentos y analogías es mejor. Entonces, de acuerdo con la tesis del juicio por defecto, debo concluir que no hay respuesta correcta a la cuestión. Esta aproximación asume que aunque sean necesarios argumentos positivos para establecer pretensiones positivas acerca de problemas morales, sea en un sentido, sea en otro, el fracaso en encontrar tales argumentos positivos es suficiente para apoyar la pretensión de indeterminación. Las pretensiones positivas necesitan argumentos propios: el juicio de indeterminación sólo necesita que haya fracasado un argumento a favor de alguna otra cosa.
>
> Esta tesis constituye una forma familiar de enseñanza en las facultades de Derecho. Los profesores construyen argumentos elaborados, primero a favor y luego en contra, en relación con una particular pretensión jurídica, y entonces anuncian, generalmente para el deleite de los estudiantes, que no hay respuesta correcta a la cuestión en disputa. Pero la tesis por defecto es manifiestamente equivocada, porque confunde dos posiciones distintas —incertidumbre e indeterminación— que es esencial distinguir. Las confesiones de incertidumbre son, de hecho, teóricamente menos ambiciosas que las pretensiones positivas: la incertidumbre es, de hecho, una posición por defecto. Si veo argumentos en favor de los dos lados de alguna cuestión y no encuentro, después de haber reflexionado sobre ello, una serie de argumentos que sea más fuerte que las otras, entonces estoy autorizado, sin hacer nada más, a declarar que no estoy seguro, que no tengo un parecer sobre el asunto. No necesito alguna otra razón, de carácter más sustantivo, que no sea mi fracaso en no haber resultado persuadido por algún otro parecer. Pero en todos esos aspectos, la indeterminación difiere de la incertidumbre. «No estoy seguro de si la proposición en cuestión es verdadera o falsa» es claramente consistente con «Es una u otra», pero «La proposición en cuestión no es ni verdadera ni falsa» no lo es. Una vez que se toma en cuenta la incertidumbre, en tal sentido, la tesis del juicio por defecto en relación con la indeterminación se viene abajo, porque si una de esas alternativas —la incertidumbre— se acepta por defecto, entonces la indeterminación, que es muy diferente, no puede aceptarse.
>
> La diferencia entre incertidumbre e indeterminación es indispensable, tanto práctica como teóricamente. La reticencia es una actitud generalmente apropiada cuando uno no está seguro de algo, pero está completamente fuera de lugar en alguien genuinamente convencido de que no hay incertidumbre, sino indeterminación en relación con la cuestión. La Iglesia católica ha declarado, por ejemplo, que incluso aquellos que no están seguros acerca de si un feto es una persona que

tiene derecho a vivir deben oponerse al aborto, dado lo terrible que sería el aborto si un feto fuera una persona. Pero no hay ningún argumento comparable que pudiera dirigirse a alguien que estuviera convencido de que está indeterminada la cuestión de si un feto es una persona: de que ninguna pretensión, en un sentido o en otro, es correcta (Dworkin 2011: 90-91).

1) ¿Tiene razón Dworkin en que esa manera de argumentar es falaz? ¿Y en que se suele argumentar así? ¿Qué premisa habría que agregar para poder pasar de la incertidumbre a la indeterminación, o sea, de «en relación con este caso, no hay una argumentación que tenga un peso decisivo, ni en un sentido ni en otro» a «por lo tanto, no hay una respuesta correcta para este caso»? ¿Podría servir la siguiente: «Estoy seguro de que, en relación con este caso, no puede construirse una argumentación, en un sentido o en otro, que tenga un peso decisivo, de manera que, aunque exista una respuesta correcta, no podemos conocerla»?

2) ¿Podría achacársele también a Finnis el haber confundido la incertidumbre con la indeterminación? ¿O todo lo que quiere decir Finnis (*vid.* VII,3,B) es que en el Derecho abundan los supuestos de incertidumbre (no de indeterminación)?

3,A) LA TESIS DE DWORKIN SOBRE LA RESPUESTA CORRECTA: ¿ALGO MÁS QUE SENTIDO COMÚN?

El texto que sigue procede de uno de los apartados del capítulo I del libro de Ronald Dworkin *Justice in Robes* (*La justicia con toga*: Dworkin 2007)[1]. En el mismo, el iusfilósofo norteamericano critica un cierto tipo de pragmatismo jurídico, representado por autores como Richard Rorty y Stanley Fish (ninguno de los cuales es un jurista). Dworkin también es crítico, por cierto, en relación con la forma de pragmatismo jurídico quizás más difundida hoy, la representada por el juez y teórico del Derecho Richard Posner, principal representante, como se sabe, del análisis económico del Derecho. Dworkin califica a este último autor —en una nota a pie de página— de «claro, erudito, ingenioso, penetrante e implacablemente superficial»; y como ejemplo de esa superficialidad pone la forma en que Posner entiende la tesis de la respuesta correcta: afirmar que en los casos difíciles no hay respuestas «objetivas» significaría para él (para Posner) decir que en ellos los expertos no se ponen de acuerdo. «Como —añade Dworkin— este elemento (el desacuerdo) es precisamente lo que hace que esos casos sean difíciles, su victoria es rotunda, porque no se puede negar que los expertos no están de acuerdo en aquellos casos en los que están en desacuerdo. Pero, claro, no es a esto a lo que se refiere la tesis de la 'respuesta correcta'» (p. 55, nota).

1. En la reproducción que se contiene más abajo del texto de Dworkin sigo la traducción castellana, aunque introduzco algún cambio (sobre todo, en las primeras líneas) que, me parece, hace justicia a lo que realmente quiere decir Dworkin.

En relación con los pragmatistas «radicales» (Rorty y sus seguidores), Dworkin entiende que, aunque no lo digan en forma clara, parten de una distinción entre dos niveles en que las personas supuestamente piensan y hablan: el nivel interno, en el que se desarrollan actividades prácticas como el Derecho, la ciencia, la literatura o la moral; y el nivel externo en el que los filósofos y otros teóricos hablan acerca de esas actividades, en lugar de participar en ellas. La crítica de Rorty se sitúa en este segundo nivel y se dirige contra afirmaciones, también externas, como las de los teóricos del Derecho en relación con la existencia o no de respuestas correctas en el Derecho. Pero Dworkin entiende que ese nivel externo simplemente no existe: «no existe un nivel iusfilosófico externo en el que la frase 'el derecho bien interpretado permite la acción afirmativa' pueda significar algo distinto de lo que significa en un tribunal. El lenguaje sólo puede tomar su sentido de los eventos sociales, expectativas y formas en las que aparece, un hecho sintetizado en el eslogan algo tosco pero familiar de que la clave del significado es su uso» (p. 50).

EL FÁRRAGO DE LA RESPUESTA CORRECTA

Como he dicho, mi propuesta sobre las respuestas correctas en los casos difíciles es una tesis jurídica muy débil y de sentido común. Es una tesis formulada desde el interior de la práctica jurídica y no desde algún nivel filosófico supuestamente lejano y externo. Me pregunto si, en el sentido ordinario en el que los juristas podrían decirlo, resulta siempre acertado o correcto o exacto decir, acerca de algún caso difícil, que el Derecho, adecuadamente interpretado, da la razón al demandante (o al demandado). Y contesto que sí, que ciertas afirmaciones de ese tipo son acertadas o correctas o exactas acerca de ciertos casos difíciles[2]. (De hecho, sostengo que alguna afirmación como ésa es típica o generalmente acertada en los casos difíciles. Pero en esta discusión sobre el *tipo* de tesis que sostengo podemos prescindir de esta más ambiciosa afirmación).

La forma más natural de apoyar esta tesis jurídica es mostrar cuál es la respuesta correcta en un caso difícil concreto, y por supuesto eso es algo que sólo puedo hacer mediante un razonamiento jurídico ordinario. De hecho, he efectuado tales razonamientos para casos muy difíciles. He sostenido, por ejemplo, que la adecuada comprensión de la Constitución exigía que el Tribunal Supremo anulase la sentencia del Tribunal Supremo de Missouri en el caso *Cruzan*. Cuatro jueces estuvieron de acuerdo conmigo y cinco disintieron porque entendieron que los mejores argumentos disponibles exigían la solución opuesta, que tenían que aceptar la sentencia del tribunal de Missouri. Acabo de mencionar diez juristas muy distintos, todos los cuales pensaron (o al menos dijeron) que en términos corrientes había una respuesta correcta en el caso *Cruzan*. Y, por supuesto, otros muchos miles de

2. Dworkin escribe aquí en nota a pie de página (prescindo de las otras notas del apartado): «Obsérvese que no estoy diciendo que todos los juristas estén de acuerdo en qué parte del litigio tiene los mejores argumentos (malamente podrían decirlo, ya que los casos difíciles son precisamente casos en los que los juristas no se ponen de acuerdo). Tampoco sostengo que exista algún procedimiento algorítmico de decisión que establezca cuál es la respuesta correcta. En otros lugares he descrito cómo deben razonar los juristas en los casos difíciles, y mi descripción subraya la densidad de juicio individual que caracteriza tal proceso».

juristas compartían tal opinión. Ahora le toca al lector. ¿Ha encontrado, en relación con algún tipo de caso difícil, un razonamiento jurídico que, consideradas todas las cosas, fuera el más sólido? Si ha sido así, entonces también ha rechazado la tesis de la no respuesta correcta, que considero que es el blanco al que apunta mi propuesta.

Sin embargo, los juristas teóricos parecen sufrir un irrefrenable impulso de insistir en que la tesis de la única respuesta correcta tiene que significar algo más que aquello que se recoge en la opinión común de que una parte tenía las mejores razones en el caso *Cruzan*. Piensan que debo no sólo decir que hay respuestas correctas en algún sentido ordinario, sino que hay respuestas *realmente* correctas, respuestas correctas *realmente reales*, respuestas correctas *ahí fuera* o alguna otra cosa situada en algún peldaño superior de la escalera de la inflación verbal. Cometen el mismo error que Rorty: piensan que pueden añadir o cambiar el sentido de la posición que critican insertándole estas redundancias o metáforas. No hay *ninguna* perspectiva desde la que estas tesis infladas y decoradas puedan tener un sentido distinto del que tienen cuando están desinfladas y sin decorar, y dicho sentido es el que tienen en la vida jurídica ordinaria. De modo que en lo que he dicho no hay nada que puedan negar, excepto aquello que la mayoría de ellos entendería que es perverso negar.

En atención a lo anterior, si la tesis escéptica que niega la existencia de una respuesta correcta tiene alguna importancia práctica, debe ser considerada en sí misma no como una tesis metafísica, sino como una tesis jurídica que sostiene que, a pesar de lo que entienden los juristas comunes, pensar que los casos difíciles tienen respuestas correctas es un error jurídico. En estos términos, la tesis se sostiene o no conforme al razonamiento jurídico. La filosofía y la moral son sin duda relevantes de muchas maneras para tal razonamiento jurídico. Los positivistas jurídicos, por ejemplo, han sostenido que la tesis de la única respuesta correcta es errónea por razones lógicas o semánticas (argumentos a los que he intentado responder en un artículo anterior). Algunos partidarios del movimiento *Critical Legal Studies* señalan lo que entienden que son contradicciones internas muy extendidas en la doctrina jurídica que, de existir, excluirían las respuestas correctas (sin embargo, he intentado mostrar que confunden las contradicciones con la existencia de principios en competencia). Los escépticos en temas de moral, incluyendo a John Mackie, defienden un tipo de escepticismo moral interno que, en caso de ser acertado, también frustraría la posibilidad de que hubiera respuestas correctas. Sin duda se pueden desarrollar y se desarrollarán otros razonamientos jurídicamente relevantes a favor de la visión internamente escéptica. Pero se trata de razonamientos jurídicos. Si tienen éxito, exigirán cambios y podrán ser presentados sin la muleta de la metáfora inexplicable. No son como la objeción pragmatista, que no puede efectuarse si no es reescribiendo lo que sostengo en términos metafóricos, intentando secuestrarme a algún mítico nivel filosófico donde los escépticos externos andan dando vueltas como buitres desesperados por una presa (Dworkin 2007: 52-54).

El caso *Cruzan* al que se refiere Dworkin fue resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1990. Nancy Cruzan era una joven que, como consecuencia de un accidente de automóvil, en 1983, se había quedado en un estado de coma vegetativo permanente. Los padres solicitaron a los jueces poder retirarle la alimentación asistida. El Derecho de Misuri exigía para ello una prueba «clara y convincente» de que ése era el deseo de la persona que se encontraba en esa situación. Un tribunal de instancia falló a favor de los padres, pero el Tribunal

Supremo del estado de Misuri revocó la decisión. El Tribunal Supremo Federal (por 5 votos frente a 4) confirmó este último fallo, argumentando que una persona con capacidad para decidir podía rechazar un tratamiento médico que no deseaba, pero que si la persona era incapaz (como ocurría aquí), los Estados podían exigir un estándar de prueba más alto, que no había sido alcanzado por las pruebas que los padres habían ofrecido a través del testimonio de un amigo de Nancy. Los padres de Nancy se dirigieron entonces a un tribunal estatal, presentaron el testimonio de tres amigos que dijeron que Nancy les había manifestado que no desearía vivir como un vegetal y finalmente (en diciembre de 1990) lograron que se le retiraran los tubos de alimentación asistida. Como se sabe, en los últimos años (y no sólo en los Estados Unidos) ha habido diversos casos similares al de Nancy Cruzan que, al margen o en conexión con su solución judicial, han provocado también una gran controversia social. De manera que no hay duda de que se trata de un típico caso difícil.

El texto de Dworkin plantea, por lo demás, muchas cuestiones de interés y que merecerían ser discutidas. Reduzcámoslas, sin embargo, a las tres siguientes:

1) Dworkin, como se ha visto, anima al lector (al jurista práctico) a que señale algún caso difícil con el que se haya encontrado alguna vez y respecto del cual habría una respuesta correcta, en el sentido de que en favor de la misma cabría dar razones que claramente tendrían un mayor peso que las que podrían aducirse para defender la posición contraria. Ahora bien, además de esos ejemplos (que Dworkin da por descontado es fácil encontrar en la experiencia de cualquier jurista), ¿cuál podría ser un caso en el que realmente no puede decirse que haya una (única) respuesta correcta? ¿Son realmente tan frecuentes como muchas veces se piensa?

2) Lo que Dworkin rechaza en este texto, como hemos visto, es la pretensión de que no existen respuestas correctas en el Derecho, pero entendida como tesis externa o metafísica. Lo que resulta «de sentido común», en su opinión, sería, por tanto, oponerse a lo que sostienen los «nuevos pragmatistas». ¿Pero tiene razón Dworkin al pensar así? Y, por cierto, su manera de razonar que consiste, en último término, en preguntarse qué importancia práctica tiene realmente lo defendido por Rorty o por Fish, ¿no es realmente una manera «pragmatista» de razonar (*vid.* I,4,D y I,4,E)?

3) La crítica que Dworkin elabora en este texto, en relación con la tesis de la respuesta correcta, se dirige, por lo tanto, a lo que llama «escepticismo externo»; la apelación al sentido común sólo valdría, entonces, en su opinión, en relación con esos autores. ¿Pero qué pasa con las posturas escépticas de tipo interno? Dworkin defiende (como tesis interna o perteneciente a la práctica jurídica) que casi siempre existe una respuesta correcta para cada caso difícil; o sea, no excluye que pueda haber algún caso de empate (en el que las razones a favor de una u otra solución están

equilibradas), pero le parece que esto sólo ocurre (digamos, en los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales) de manera muy excepcional. Al final del texto, alude a tres posturas escépticas en relación con esta última tesis (la suya). Trataré de exponer de manera muy sintética qué es lo que piensa Dworkin al respecto (acudiendo a las fuentes que él mismo cita [Dworkin 1996: 5; 1986: cap. 7; y 1984a: 271-275] para encauzar la discusión).

— El positivismo jurídico —para Dworkin— es una teoría (en cualquiera de sus modalidades) según la cual el Derecho sólo existe en virtud de algún acto o decisión humanos. Decir, por ejemplo, que tal contrato es válido (la respuesta a un problema jurídico) significa que alguien (un soberano) ha ordenado que tal contrato debe ser declarado como válido por un juez, o alguna cosa semejante. Para clarificar esta idea, Dworkin recurre a un ejemplo —o un juego— literario. Imaginemos que unos estudiosos de Dickens se plantean la cuestión de qué cabría afirmar de un determinado personaje de una de sus obras —David Copperfield—, a partir de lo que Dickens escribe en el libro del mismo nombre. Si quienes participan en ese juego toman como reglas del mismo que una proposición sobre David Copperfield sólo será verdadera (o falsa) si coincide (o no) con lo que Dickens ha escrito en esa obra, o es una consecuencia estrictamente lógica de lo escrito por Dickens, entonces parece natural decir que muchas proposiciones acerca de Copperfield no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas: por ejemplo, si tuvo o no un *affaire* homosexual con Steerforth. En un sistema jurídico ocurriría algo semejante. Si el Derecho se entiende como un conjunto de enunciados (de normas) provenientes de ciertas autoridades, más las derivaciones estrictamente lógicas de los anteriores enunciados, entonces habría también muchas proposiciones jurídicas que no podrían ser ni afirmadas ni negadas, esto es, no habría una respuesta correcta para muchas cuestiones jurídicas. Pero esto ocurriría —piensa Dworkin— debido no (o no sólo) a la vaguedad del lenguaje, sino a las reglas utilizadas como base para poder emitir proposiciones jurídicas; si se cambiaran esas reglas (en el ejemplo literario o en el del Derecho) y se admitieran, por ejemplo, otras más «liberales», el resultado al que se llegaría sería muy distinto. No es difícil darse cuenta, en definitiva, de que si se entiende el Derecho, a la manera de Dworkin, como una práctica interpretativa en la que la noción de coherencia (o integridad) juega un papel primordial, entonces la crítica «positivista» a la tesis de la respuesta correcta resulta prácticamente desactivada.

— Lo que Dworkin dice en relación con (algunos de) los representantes del movimiento Critical Legal Studies podría explicarse así. En los casos difíciles puede entenderse que se produce un conflicto entre varios principios: por ejemplo, entre el derecho a la vida y el derecho a la autonomía personal (en supuestos de eutanasia como el de *Cruzan*); o (en supuestos de responsabilidad por accidentes) entre el principio de que el Estado debe tratar de proteger a la gente de la ruina, frente al principio

de que el coste del accidente debe recaer en quien es culpable del mismo. Pero eso no significa que no pueda establecerse algún tipo de prioridad entre ellos, a la luz de todas las circunstancias del caso. Si se quiere decirlo de otra manera: las contradicciones entre los principios son *prima facie*, pero no consideradas todas las circunstancias. O, para expresarlo todavía de otra forma: ese tipo de escepticismo jurídico presupone que no hay un método racional —la ponderación— para resolver las contradicciones o los supuestos en los que los principios compiten entre sí.

— Finalmente, el escepticismo moral interno (de autores como Mackie) viene a significar lo siguiente. La existencia de casos sin respuesta correcta no se debe a que puedan plantearse situaciones de empate; si las cosas fueran así, entonces tendría razón Dworkin, puesto que parece bastante natural pensar que esas ocasiones serían realmente muy pocas: casi siempre tendría sentido decir que las razones puestas en uno de los platillos de la balanza pesan más que las del otro. Se debe a que pueden surgir supuestos de inconmensurabilidad: cada una de las tesis defendidas en relación con un caso jurídico se basa en una concepción de la moral que no puede ser balanceada con la otra para ver cuál tiene un mayor peso, simplemente porque no existe una medida común. Por ejemplo, podría pensarse que eso es lo que ocurre en un caso como el *Cruzan*: en último término se trata de una contraposición entre —pongamos— una concepción de la moral de tipo religioso que parte de que la vida es un valor indisponible, puesto que es un don que recibimos de Dios, frente a una concepción laica basada en el valor de autonomía del individuo. Ello significa (como Dworkin lo reconoce: Dworkin 1984a) que la tesis de la respuesta correcta presupone una concepción de la moral que rechaza que las teorías morales sean con frecuencia inconmensurables. Lo que parece suponer, en definitiva, una concepción (al menos mínimamente) objetivista de la moral: si hay una respuesta correcta en los casos difíciles, es porque existe una teoría de carácter moral y político que, adecuándose a los materiales jurídicos existentes, es la que permite una mejor realización de los valores y objetivos de la práctica jurídica.

¿Es posible rechazar, entonces, las tesis escépticas defendidas por los positivistas, por los *críticos* y por Mackie? ¿De qué manera?

3,B) FINNIS SOBRE LA RESPUESTA CORRECTA

John Finnis (el iusfilósofo de tendencia iusnaturalista más influyente en las últimas décadas) arranca su artículo titulado «Natural Law and Legal Reasoning» (Finnis 1998) afirmando que el razonamiento jurídico, en cuanto razonamiento práctico, va desde razones para la acción a elecciones (y acciones) guiadas por esas razones. Una teoría del Derecho natural, para él, «no es otra cosa que una teoría de las buenas razones para la elección (y la acción)» (p. 89). Esas razones están conectadas con ciertos bienes humanos básicos (que tienen un carácter objetivo), como la vida

humana, el conocimiento, la armonía entre los individuos y los grupos, etc. De manera que, para él, el principio fundamental de la racionalidad práctica sería éste: «Toma como premisa al menos una de las razones básicas para la acción y desarróllala (*follow through*) hasta que de alguna manera des lugar a una instancia de ese bien en la acción».

En su opinión, además de principios básicos de la razón práctica, hay principios intermedios (como el de no responder a una ofensa con otra ofensa, o a un contratiempo o una debilidad con la autodestrucción) y normas morales particulares, como las de no matar o no mentir. El razonamiento jurídico es, en buena medida, un razonamiento técnico (no moral), en cuanto tiene que ver con el logro de un cierto fin: resolver las disputas de manera cierta. Pero esta búsqueda de certeza está al servicio de un bien más amplio, un bien básico de carácter moral (la armonía justa entre los individuos y los grupos) que, como tal bien moral, es un aspecto del ideal de la realización humana de carácter integral.

Ahora bien, esos bienes básicos (y las razones para la acción ligadas a ellos) son inconmensurables, esto es, no hay una escala racional con la que poder «pesar» los bienes y los males que se nos aparecen ante una elección moral y política o cuando se trata de resolver un «caso difícil» y, por eso, Finnis discrepa de la tesis de Dworkin de que en el Derecho hay (al menos, en la mayoría de esos casos difíciles) una única respuesta correcta. Lo que sí hay son razones en contra de ciertas opciones, en el sentido de que no puede identificarse ninguna razón que pueda considerarse «racionalmente preferible a la razón de no elegir destruir o dañar un bien básico en una persona humana, o a la razón de no actuar injustamente» (p. 11). Finnis puede hablar por ello de «absolutos morales» que excluyen dar muerte intencionalmente a otro, dañar de manera intencional a una persona, engañar de manera deliberada para asegurarse ciertos resultados deseados, o tratar a una persona humana como un objeto o como un ser de inferior rango a los sujetos humanos autónomos.

El final de ese artículo es como sigue:

> En suma: Mucha de la teoría académica acerca del razonamiento jurídico exagera grandemente la medida en la que la razón puede establecer lo que es un mayor bien o un menor mal y minimiza la necesidad de contar con fuentes autoritativas que, en la medida en que sean claras y respeten los pocos derechos y deberes morales de carácter absoluto, deben ser respetadas [las fuentes autoritativas] como la única base racional para el razonamiento judicial y para la decisión, en relación con las incontables cuestiones que no envuelven directamente esos derechos y deberes absolutos. Una teoría del Derecho natural en la tradición clásica no tiene ninguna pretensión de que la razón natural pueda determinar la única respuesta correcta para las numerosas cuestiones que se le plantean al juez y para las que éste no encuentra una fuente clara (Finnis 1998: 13).

1) ¿Resulta sorprendente que un autor iusnaturalista defienda una concepción que, en relación con las decisiones judiciales, parece ser me-

nos objetivista (parece dejar un margen para la discreción judicial mayor) que la que suscriben autores «post-positivistas» como Dworkin o Alexy?

2) ¿Cabría inferir de lo anterior que la diferencia entre Dworkin y Finnis radica en el diferente peso que cada uno de ellos da al elemento autoritativo y al elemento valorativo en el Derecho? ¿Existen bienes humanos básicos de carácter objetivo? ¿Existen absolutos morales? ¿Qué consecuencias tiene, para la argumentación judicial, suscribir una teoría como la de Finnis o la de Dworkin?

3) ¿Tiene razón Finnis en lo que dice acerca de la no existencia de una única respuesta correcta en numerosas cuestiones judiciales, o quizás cabría replicarle que no está teniendo en cuenta la diferencia que va entre una cuestión abstracta (si, por ejemplo, debe darse prioridad a la libertad de información o al derecho a la intimidad) y una cuestión concreta (si, dadas todas las circunstancias del caso, debe darse mayor peso a la libertad de información o al derecho a la intimidad)?

3,C) EL DERECHO Y EL REVÉS Y LA TESIS DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA

Una de las cuestiones que surgen en el intercambio epistolar entre Alejandro Nieto y Tomás-Ramón Fernández reunido en su libro conjunto *El Derecho y el revés* (*vid.* I,3,A) es la de si existe o no una única respuesta correcta en el Derecho; o sea, si el Derecho está o no indeterminado. El texto que sigue (Atienza 2000) forma parte de un comentario a ese libro (y a otro de Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial* [Nieto 2000]) y tiene también la estructura de una carta dirigida a Tomás-Ramón Fernández:

Vayamos ahora a la tesis de la única respuesta correcta, o sea, en la interpretación de Alejandro Nieto, a la tesis de que nunca, o casi nunca, tiene sentido pretender que existe una única respuesta correcta. Ésta es una idea que aparece muchas veces, tanto en vuestro diálogo epistolar como en su libro. Tomo dos citas de Nieto de *El arbitrio judicial*, que me parecen características de su postura: «El paradigma renovador —escribe ya en el comienzo— sostiene que, de ordinario, la ley ofrece una pluralidad de soluciones correctas, dentro de las cuales el juez, en un acto de voluntad, escoge una en el ejercicio de su arbitrio» (p. 28). Y más adelante: «En mi opinión, el ordenamiento jurídico abre de ordinario un hueco y encomienda al juez que coloque su decisión en cualquiera de los puntos del mismo. La determinación del hueco —es decir, de los límites externos lícitos de la decisión— es una cuestión de legalidad; mientras que la determinación del punto exacto donde va a situarse la decisión concreta es una cuestión de arbitrio» (p. 69).

Tu postura [la de Tomás-Ramón Fernández], por el contrario (con la que yo estoy básicamente de acuerdo), es que aunque el Derecho no sea «unívoco a bote pronto», «pretende siempre encontrar *la* solución»; no es fácil encontrarla —reconoces— y «nunca se puede estar demasiado seguro de haberla encontrado», pero la existencia de una solución correcta es no sólo una idea regulativa, sino que, de alguna forma, está incorporada en nuestros sistemas jurídicos: «los textos legales al uso parten de la 'unidad de doctrina' y proveen lo necesario

para asegurar ésta». Todo esto lo dices en la página 112, y más adelante, en la 136, añades que, en 30 años de práctica de abogado, sólo en una ocasión te has encontrado con un caso en el que no cabría hablar de una única respuesta correcta (por tanto, un caso que no se podía resolver técnicamente) porque, en tu opinión, había dos soluciones igualmente correctas.

Yo, como te decía, estoy en lo esencial de tu parte, aunque el caso al que te refieres (del que luego hablaremos) no me parece un ejemplo convincente, y aunque mi concepción de la técnica jurídica difiere de la tuya en un aspecto que quizás tenga alguna importancia. Pero como aquí, en torno al tema de la única respuesta correcta, se suscitan demasiadas cuestiones, merece la pena —creo— tratar de poner un cierto orden, para ver si se pueden clarificar las cosas, quiero decir, las posturas.

Si yo he entendido bien a Alejandro Nieto, lo que le lleva a plantearse el problema, y a resolverlo diciendo que la tesis de la única respuesta correcta es una «falacia», es que, para aceptar esa tesis, hay que pensar que la solución del conflicto individual se encuentra ya en la ley (a esto lo llama la «falacia del determinismo legal») y hay que dar la espalda a una serie de fenómenos —de la vida del Derecho— que no pueden explicarse de acuerdo con el paradigma tradicional, como la existencia de sentencias contradictorias y de sentencias contra la ley. Aceptado esto, cabría todavía pensar que existe una única respuesta correcta (por ejemplo, que existe como una idea regulativa) que cabría hallar con instrumentos que en cierto modo están fuera del Derecho (o fuera de la ley), como la lógica deductiva, la técnica jurídica y la teoría de la argumentación jurídica. Ahora bien, Nieto acepta que la lógica (la lógica formal deductiva) provee criterios de racionalidad de validez objetiva, pero éstos tienen un carácter justamente «formal» y resultan, por ello, manifiestamente insuficientes. Valora la técnica jurídica, pero no hasta el punto de pensar que pueda desempeñar ese papel; a veces incluso cabría dudar de que pueda sentir verdadero aprecio por una actividad que le merece los comentarios que siguen: «cada uno cree en su propia técnica» (*El Derecho y el revés*, p. 183); el abogado concienzudo, con buena formación, que utiliza la técnica jurídica, «al final gana el cincuenta por ciento de los casos» (*El arbitrio judicial*, p. 199); «la calidad de una técnica es indemostrable» (p. 300); «no hay casi nunca una única solución técnica» (p. 300). Y la teoría de la argumentación jurídica le parece básicamente un empeño vano, pues la argumentación jurídica no pasaría de ser «una variante publicitaria» (*El arbitrio judicial*, p. 193). «Ésta es, para mí —había escrito poco antes, p. 187—, la gran —y triste— especificidad de la argumentación jurídica: su inutilidad radical. Porque nadie 'atiende a razones' [...] *La argumentación jurídica se convierte de esta forma en un rito de cortesía que a nadie importa y ninguno atiende.* Es muy raro —casi podría decirse excepcional— que en una discusión dogmática un jurista se deje convencer por las razones de su antagonista». Entremos, pues, en cada uno de estos puntos.

Respecto al primero de ellos, el de que la solución al conflicto individual no se encuentra nunca en la ley, me parece que Nieto (y tú) lleváis razón, pero siempre y cuando el «nunca» lo sustituyamos por un «a menudo», «muchas veces», etc. Si no, como antes te decía, creo que existe el riesgo de tener (o de dar) una visión deformada del Derecho. Aun a riesgo de resultar pesado, creo que hay que insistir (mal que le pese a Alejandro Nieto) en que el Derecho consiste esencialmente en *reglas*. Por lo demás, no deja de resultar curioso que él se queje (y con razón) de los excesos de la jurisprudencia principialista o valorativa, pero, sin embargo, sostenga una concepción de la ley, de las normas jurídicas, que las reduce puramente a principios (al eliminar las reglas), de manera que yo diría que lo que combate por un lado, lo alienta por el otro.

En relación con el fenómeno de las sentencias contradictorias que, naturalmente, es un hecho que no cabe negar, tengo la impresión de que Nieto comete en alguna ocasión algo parecido a una falacia (sería una modalidad de la falacia naturalista), consistente en pasar del ser al deber ser. O sea, del hecho de que sobre un mismo caso se hayan emitido dos sentencias contradictorias concluye sin más (o sin razones que puedan considerarse convincentes) que las dos son correctas. O dicho todavía de otra forma más general: del hecho de que sobre un asunto existan opiniones contrapuestas infiere que no hay un criterio objetivo para resolver cuál es la correcta, de manera que aquí se estaría dando un paso de lo fáctico a lo normativo. Hacia el final del libro, por ejemplo, escribe: «la declaración superior 'del órgano superior' de que la sentencia inferior era absurda o irrazonable y, por ende, arbitraria es una operación subjetiva, ya que, por ejemplo, el desalojo de los ocupantes sin título puede ser para unos absurda y para otros muy razonable [...] En su consecuencia, la pretendida rectificación no es tal sino una mera sustitución de arbitrio, aunque el juez superior crea lo contrario» (p. 389).

Pero vayamos a un caso concreto. Alejandro Nieto pone como ejemplo de pluralidad de soluciones, y en el que la decisión no puede depender más que del «temperamento» o «instinto jurídico» del juez, el caso de las jugadoras de lotería de Palencia. Le dejo contarlo: «Dos amigas venían comprando juntas con absoluta regularidad un décimo; circunstancia perfectamente conocida por la lotera y por el círculo de amistades de las protagonistas. Así sucedía que una de ellas, indiferentemente, adquiría el billete y luego se repartían pacíficamente los pequeños premios que ocasionalmente iban ganando. Pero sucedió que un día les tocó el premio gordo y como se trata inequívocamente de un título al portador, la jugadora que lo había adquirido y conservado cobró su importe y se negó a repartirlo con su compañera, quien, rota la vieja amistad, reclamó judicialmente la mitad de lo que en su opinión le correspondía [...] En el caso real, el juzgador, considerando que la portadora del billete había obrado de mala fe, dio lugar a la reclamación, que justificó formalmente con la figura de la gestión de negocios ajenos. Aunque es manifiesto que si se hubiera fiado más de la otra amiga, podría haber desestimado cómodamente la demanda invocando la reglamentación de loterías» (p. 231).

Ahora bien, hay aquí varios aspectos que, en mi opinión, Alejandro Nieto pasa por alto cuando quizás no debería hacerlo. Uno es que la expresión «podría haber desestimado cómodamente la demanda» me parece ambigua: pues una cosa es que ese juez hubiese podido fallar de manera distinta a como lo hizo sin haber cometido por ello un ilícito o, si se quiere, sin que esa decisión hubiese merecido un juicio de reproche (no todas las equivocaciones, jurídicas o no, son reprochables); y otra que tal fallo hubiese sido considerado un buen fallo (o sea, el mejor fallo posible). Otro aspecto es que, al emitir su opinión, Nieto parece dar por sentado que el juez no disponía de ninguna razón objetiva que le permitiese justificadamente dar por probado *un* determinado hecho (por ejemplo, la mala fe); pero, curiosamente, esta hipótesis queda desmentida por el propio relato que Nieto hace de los hechos (del que se infiere claramente que la amiga portadora del décimo había actuado de mala fe). Y, finalmente, el tercer aspecto es que a mí se me hace muy difícil pensar que alguien como Alejandro Nieto, empeñado como lo está en combatir el formalismo legal, pueda pensar que lo único a lo que cabe recurrir para oponerse a una decisión tan manifiestamente formalista como lo hubiese sido dejar a la amiga sin cobrar su parte del premio sea el «instinto jurídico». Sí la cosa fuese únicamente de instintos, ¿qué razón cabría dar para preferir el nuevo paradigma que él propugna frente al antiguo? ¿Habría que decir también en este caso que la opción por uno u otro paradigma es una cuestión meramente subjetiva, emocional? Si fuera así, ¿por qué iban a ser unos «instintos» mejores que los otros?

En el ejemplo que tú pones[3], no veo tampoco que se trate de un caso en el que no haya una única solución correcta. Si yo lo he entendido bien, se trata de una norma reglamentaria que, al regular las retribuciones de los funcionarios españoles en el extranjero, lo hace de tal manera que el texto puede ser entendido de dos formas distintas, y la ambigüedad no podría resolverse «apelando a la *ratio* de la misma» (p. 147), esto es, desde dentro de la propia norma. Ahora bien, parece claro que hay otros recursos interpretativos que permiten ir más allá de la norma (digamos, hasta el ordenamiento jurídico) y, de hecho, tú mismo reconoces que una de las dos soluciones significaría «la catástrofe» para la Hacienda Pública, de manera que si uno no profesa un formalismo jurídico exagerado, yo diría que la solución correcta no podría ser más que la que evita tal catástrofe (lo cual, es de suponer, coincide con la voluntad del legislador). Aquí, parecería que una cosa es que la defensa de cierta solución de un caso (por parte de un abogado) sea razonablemente factible, y otra cosa que ésa sea la jurídicamente correcta (la mejor).

Naturalmente, aunque yo tuviera razón en estos dos ejemplos, eso no prueba nada respecto a que siempre exista una (y una sola) solución correcta para cada caso; además, personalmente, no me parece que pueda afirmarse que esto ocurra siempre. Pero sí creo que es un argumento para pensar que los criterios para evaluar la corrección de las decisiones jurídicas son bastante más estrictos de lo que muchas veces se piensa (de lo que piensa Nieto; ya sé que no es tu caso y que le has dicho lo mismo en una de tus cartas). Por lo demás, hay un tipo de problema (que también trae él en ocasiones a colación) para el que sí parecen existir claramente varias soluciones correctas: cuando el juez debe fijar una indemnización o el monto de una pena. Pero éstos son precisamente supuestos regulados por reglas de fin o por directrices. Y, en todo caso, la indeterminación se produce únicamente en relación con el juez (el órgano) que toma la *decisión*, pero no con *el* órgano revisor. Quiero decir que si era correcto que el primero tomase, por ejemplo, la decisión *X* o *Y*, entonces no puede ser (sería incorrecto) que el superior revocase (pongamos por caso) la decisión *X* y la sustituyera por *Y*. Creo que éste es, en efecto, un claro ejemplo de lo que Nieto entiende por arbitrio (y por arbitrariedad: la segunda decisión sería arbitraria) (Atienza 2000: 743-747).

1) ¿Se aplica aquí lo señalado por Dworkin (*vid.* VII,2,B) acerca de la distinción entre *incertidumbre* e *indeterminación*? ¿De qué manera?

2) ¿Le parece que hay una única solución correcta en el caso de las jugadoras de lotería de Palencia que trae a colación Alejandro Nieto? ¿Por qué?

3) ¿Y respecto al otro caso, al de las retribuciones de los funcionarios españoles en el extranjero? En *El Derecho y el revés*, Tomás-Ramón Fernández presenta así el caso:

Dicho en dos palabras se trata de lo siguiente: para compensar los efectos de los tipos de cambio y las diferencias de los niveles de precios en los distintos países, así como la lejanía, inseguridad, incomunicación geográfica o cultural, insuficiencia de servicios públicos, etc., de otros, un Decreto de 23 de mayo de 1986, luego modificado por otro de 14 de octubre de 1988, estableció dos módulos o índices correctores (de equiparación del poder adquisitivo y de calidad de vida,

3. Véase más abajo, la cuestión 3).

respectivamente) cuya aplicación a las retribuciones que en España corresponderían a cada clase o grupo de funcionarios determinaría la retribución a percibir por los funcionarios destinados en cada uno de los países extranjeros.

La norma reglamentaria citada se limitaba a decir que las retribuciones españolas «se multiplicarán por los siguientes módulos: *a*) Módulo de equiparación del poder adquisitivo... y *b*) Módulo de calidad de vida». La Administración interpretó inicialmente que la cuenta debería hacerse así: *R* (retribución española) x M_1 x M_2.

Algunos funcionarios impugnaron sus nóminas por entender que la cuenta tendría que hacerse de otro modo, a saber: $R \times M_1 + R \times M_2$, con lo que salían mejor parados. Y obtuvieron dos sentencias conformes en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La Administración se asustó entonces, porque de sumar las dos multiplicaciones ($R \times M_1 + R \times M_2$) a multiplicar simplemente *R* por los dos módulos ($R \times M_1 \times M_2$) resultaban para la Hacienda bastantes miles de millones de pesetas de diferencia en su perjuicio. Para evitar la catástrofe (porque a raíz de esas sentencias llovieron las reclamaciones de este tipo), algún avispado funcionario sugirió que la competencia para resolver estas reclamaciones fuese avocada por el ministro, lo que permitiría cambiar de juez, ya que en este caso el competente pasaría a ser la Audiencia Nacional.

Inicialmente la estratagema no dio resultado, porque la Audiencia Nacional siguió resolviendo como lo había hecho el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La Administración no se resignó y consiguió que alguno de estos recursos fuera a parar a otra Sección de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que finalmente dictó una sentencia contraria a las anteriores, circunstancia que aprovechó el Abogado del Estado para promover un recurso de casación para la unificación de doctrina, que ha sido estimado por el Tribunal Supremo (sentencia de 27 de junio de 1997), consagrando finalmente la tesis inicial de la Administración.

Ninguna de las sentencias es concluyente, porque el texto de la norma es ambiguo («se multiplicarán por los siguientes módulos») y esa ambigüedad no puede reducirse apelando a la *ratio* de la misma (compensar las diferencias de costes y de calidad de vida de los diferentes países, de forma que las retribuciones españolas mantengan su nivel real), porque la aplicación de los diferentes módulos (que no debían de estar bien construidos) daba lugar a resultados dispares (no inequívocos al menos) según los países por uno y otro procedimiento.

Yo, que llevé el recurso de un grupo de funcionarios que reclamaron a la vista de las primeras sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y que lo he perdido a raíz de la decisión final dada al asunto por el Tribunal Supremo en un proceso al que fui ajeno, no sabría decir hoy, desde un punto de vista objetivo, cuál de las dos soluciones es la más correcta. Mis recursos técnicos no dan para tanto en este caso (Fernández 2000: 146-147).

Y, a propósito del comentario antes transcrito, aclara lo siguiente:

En lo que se refiere a la afirmación que en mi diálogo con Nieto hago de que en treinta años de ejercicio profesional como abogado sólo he encontrado un caso en el que, con toda sinceridad, no he llegado a tener claro cuál era la respuesta correcta, tengo para mí que, si pudieras ver un día los papeles del asunto, tu perplejidad sería al final semejante a la mía. En el libro hube de simplificar mucho el supuesto, ya que, de otro modo, el relato hubiese sido muy aburrido, amén de requerir más espacio de lo que una carta permitía.

No creo que la clave pudiera estar en la «catástrofe» para la Hacienda a la que aludo, expresión esta relativa al mayor coste de una de las posibles interpretaciones un tanto exagerada, especialmente en estas fechas en las que una nueva sentencia, esta vez de la Audiencia Nacional, ha venido a sacudir el ya de por sí agitado escenario jurídico-político con una condena que, de confirmarse, obligaría al Estado a pagar cientos de miles de millones de pesetas a los funcionarios [se refiere a una medida del Gobierno que había congelado el sueldo de los funcionarios]. Aquella «catástrofe» era cien veces menor.

Mi dificultad para encontrar en aquella ocasión una solución correcta y sólo una desde una perspectiva imparcial (como abogado me bastaba atenerme al tenor literal de la norma y a las dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que habían optado ya por la interpretación literal) venía, me parece, de que la norma reglamentaria a aplicar estaba, sencillamente, mal construida, muy probablemente porque los grupos de países a los que habían de aplicarse los coeficientes correctores destinados a compensar el diferente tipo de cambio y el también distinto coste de la vida no eran coherentes e incluían países poco homogéneos entre sí. A causa de ello, tanto si los dos coeficientes correctores se multiplicaban (tesis de la Administración), como si se sumaban (tesis de los recurrentes), los resultados eran estridentes en muchos casos.

Con todo, el hecho de que en treinta años de ejercicio profesional sólo en un caso me haya resultado imposible llegar a saber a qué atenerme, desde una perspectiva estrictamente objetiva, ya es suficientemente significativo. La excepción confirma la regla (Fernández 2000: 755-756).

¿Podría decirse que lo que aquí está sosteniendo Tomás-Ramón Fernández no es otra cosa que la tesis del sentido común a la que se refería Dworkin (*vid.* VII,3,A)? ¿Sería éste un caso de «empate»?

3,D) ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y MORAL SUSTANTIVA

En su libro *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?* (Arango 1999), Rodolfo Arango se ocupa de la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta a partir, sobre todo, de la filosofía hermenéutica de Heidegger y Gadamer. Para ello, analiza la concepción dworkiniana del Derecho como interpretación, se ocupa del contenido y aceptabilidad de esa tesis y explora la naturaleza del método de aplicación judicial del Derecho propuesto para obtener esa respuesta y representado por el juez «Hércules»; Arango sugiere que este último concepto no debe interpretarse ni como una descripción de la práctica judicial angloamericana ni como una idea regulativa de la actividad judicial, sino como «un ideal en proceso de realización» (p. 6). En el capítulo final de su libro («Consideraciones finales»), a efectos de obtener una comprensión global de la tesis de Dworkin, Arango se plantea, entre otros, el problema de qué relación existe entre la tesis de la única respuesta correcta y la teoría de la argumentación jurídica:

A la luz de lo anterior, ¿habría alguna diferencia entre la teoría de la argumentación jurídica y la tesis de la única respuesta correcta?

Inspirado en la teoría liberal y democrática del derecho, Dworkin otorga gran importancia, como elemento medular de su tesis, al proceso de justificación en el razonamiento jurídico. La decisión judicial debe adecuarse al derecho establecido y ser coherente con la teoría que mejor lo justifique. Esta doble exigencia, impuesta por los criterios de corrección de las proposiciones normativas, permite sostener una primera hipótesis: la tesis de la única respuesta correcta presupone la teoría de la argumentación jurídica, pero la supera en sus pretensiones, puesto que demanda una legitimidad sustantiva y no meramente procedimental de las decisiones judiciales.

En efecto, la tesis de la única respuesta correcta cumple con los requisitos de universalidad, consistencia y coherencia impuestos a la justificación en los casos difíciles. [...]

Pero la tesis de la única respuesta correcta va más allá de los límites que los teóricos de la argumentación jurídica aceptarían. Exige, además, coherencia con la estructura de los principios políticos y morales que mejor justifique el derecho visto como un todo. Tal tarea, sin embargo, sólo podría confiarse a un juez con poderes sobrehumanos, idealización que para la mayoría resulta inaceptable. [...]

Las condiciones, tanto de la tesis de la única respuesta correcta como de la teoría de la argumentación, tienen como objeto la restricción o constreñimiento de las opciones interpretativas del juez. Del *self-restraint* de los jueces en sus actuaciones dependen, en últimas, los derechos de las personas y la seguridad.

La repetida advertencia de Dworkin, en el sentido de que su tesis sólo es válida para sistemas jurídicos avanzados, como el angloamericano, le otorga a la misma un carácter limitado frente a las pretensiones de la teoría de la argumentación jurídica. Más aún, así se acepte la naturaleza particular del modelo, o se acoja la interpretación de Habermas en el sentido de que la tesis es extensible a todo sistema susceptible de ser reconstruido racionalmente, el requisito o presupuesto fáctico de la complejidad del sistema supone el reconocimiento de principios sustantivos determinados o determinables, lo que es incompatible con teorías procedimentales de la argumentación, como la de MacCormick o la de Alexy (Arango 1999: 138-139 y 144).

1) ¿Está justificada esa restricción en la denotación del concepto de «teoría de la argumentación jurídica»? En el caso de que así fuera, ¿debería suplementarse la teoría de la argumentación jurídica con una teoría sobre los principios de justificación político-moral del Derecho?

2) Si se parte de una concepción de la argumentación jurídica que integre también los componentes materiales de la argumentación, ¿significa eso una reducción en cuanto al campo de aplicación de la misma? ¿En qué sentido?

3) ¿En qué se traducirían los criterios sustantivos de justificación a los que se refiere Arango en relación con Dworkin? ¿Serían criterios de la moral positiva o de la moral crítica?

4,A) ¿ERRORES INFERENCIALES DE BULTO?

Alí Lozada, en su trabajo «Sobre la dimensión argumentativa del Derecho», pone un ejemplo llamativo de error inferencial por haber asumido (primero, el tribunal sentenciador, y luego, el que revisó la decisión en casación) premisas contradictorias.

Los principios y reglas de la lógica formal deductiva, generalmente son usados de manera natural por los juristas, por lo que es poco frecuente hallar casos de razonamientos lógicamente inválidos. Pero eso no quiere decir que sea imposible hallarlos.

Por ejemplo, uno de los criterios referidos es el de no contradicción, según el cual, es un error sostener dos enunciados cuando el uno afirma lo que el otro niega. Pues bien, éste fue violado en la argumentación contenida en la sentencia de un tribunal penal ecuatoriano con ocasión de un caso de asesinato [sentencia de 10 de agosto de 1999 del Tribunal Penal Tercero de Pichincha en el caso n.º 1286-98]. El acusado era un policía que abandonó sus labores de vigilancia para presentarse, imprevistamente, en su casa. Tras ingresar en ella, constató que en un clóset estaba agazapado un individuo desnudo, quien resultó muerto por el disparo de un proyectil proveniente del arma de dotación del policía. Pues bien, en el juicio, la cónyuge del acusado, quien también estuvo sindicada, declaró que el disparo estuvo precedido por un forcejeo entre los dos hombres, lo que hacía imposible —para ella— determinar quién tenía empuñada la pistola al momento de producirse la detonación, testimonio que apoyaba la tesis de la defensa del policía, en el sentido de que se trató de un hecho fortuito y no de un acto homicida. No obstante, como explícitamente hizo constar el Tribunal en la sentencia, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal de entonces, el «testimonio [de la mujer del policía] legalmente no se lo puede tomar como prueba por estar co-sindicada»; sin embargo, el fallo añade que «el Tribunal lo toma [al testimonio] como indicio y presunción verdadera». Como se sabe, la noción de *prueba* está vinculada conceptualmente con las de *indicio* y *presunción*, éstas son impensables sin la primera: si hay un indicio o una presunción es porque hay elementos de prueba en las que ellos se originan. Por tanto, lo que sostuvo el Tribunal equivale a decir, al mismo tiempo, *a*) que el testimonio de la cónyuge del policía *no* es un medio de prueba legalmente admisible y *b*) que el testimonio de la cónyuge del policía *sí* es un medio de prueba legalmente admisible. Una contradicción evidente. Y, por tanto, un grosero error lógico-deductivo.

Lo más curioso de este caso es que, en la sentencia de casación [de la Primera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de 29 de julio de 2003 en el caso n.º 313 (publicada en el Registro Oficial 178 de 26 de septiembre 2003)], la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, lejos de referirse a la contradicción acusada, anota que «de las circunstancias presentes al momento de la presunta infracción, se desprende que el procesado no tuvo intención dolosa que le [*sic*] haga responsable», pero más adelante afirma: «no se comete infracción alguna, según lo que ordena el artículo 22 del Código Penal, 'cuando uno de los cónyuges mata, hiere o golpea al otro, o al correo, en el instante de sorprenderlos en flagrante adulterio, o cuando una mujer comete los mismos actos en defensa de su pudor gravemente amenazado'. —Si bien el adulterio no constituye delito, no por ello el hecho de que el marido sorprenda a su mujer en acto carnal con otro, ha dejado de ser causa de inimputabilidad, determinante en el caso, para la absolución al procesado». Es decir, la Corte simultáneamente asevera que a) el policía *no tuvo intención de matar*, y b) el policía *sí tuvo intención de matar*, pero lo hizo por haber sorprendido a su mujer en flagrante adulterio. Nuevamente, y esta vez en el máximo nivel de la Administración de Justicia, el principio lógico fundamental de no contradicción —o sea, la forma de racionalidad más básica— terminó quebrantado.

1) ¿Cabría interpretar ambas motivaciones (los fragmentos que en el anterior texto se recogen de ambas), de manera que no incurrieran en contradicción? ¿Qué le parecería un argumento del siguiente tipo?:

Que no se trata de una contradicción palmaria, explícita, lo muestra el simple hecho de que es necesaria una determinada interpretación (la que presenta el autor del texto) de lo afirmado por cada uno de los dos tribunales, para llegar a la conclusión de que habrían incurrido en contradicción. Pero además, tampoco hay muy buenas razones (o razones irrefutables) para pensar que los tribunales hayan incurrido en contradicción implícita, por lo siguiente. En el caso del Tribunal Penal de Pichincha bastaría, para eliminar la contradicción, con entender que lo que el Tribunal está afirmando simultáneamente es: *a*) el testimonio de la cónyuge del policía no puede servir como una prueba plena y *b*) el testimonio de la cónyuge del policía tiene valor indiciario o de presunción, lo que (unido eventualmente a otros medios de prueba) lleva al Tribunal a considerar lo afirmado por ella como verdadero. Y por lo que se refiere a la Corte Suprema de Justicia, lo que estaría afirmando es: *a*) el policía no tuvo intención de matar; *b*) en el caso de que hubiera tenido esa intención, no habría cometido infracción penal, por haber sorprendido a su mujer en flagrante adulterio.

¿Son, en definitiva, supuestos de contradicción?

2) ¿Son frecuentes los errores de tipo lógico (*vid.* Schopenhauer V,3,A)?

4.1,A) UNIVERSALIDAD, EQUIDAD Y DERROTABILIDAD

En VII,4.1 se hizo referencia al análisis que Aristóteles hace de la equidad en el libro V de la *Ética a Nicómaco*. En el mismo se encuentra una presentación insuperada (y quizás insuperable) de ese concepto (incluida la ilustración del mismo con el símil de la regla de plomo usada en Lesbos), cuya importancia es imposible exagerar. Por eso, quizás merezca la pena recordar algunas nociones básicas de la argumentación jurídica que están intrínsecamente conectadas con la equidad: 1) La idea de las razones subyacentes a las normas, que justifica apartarse de «lo justo en el sentido de la ley», esto es, de una interpretación puramente literal que supondría ir en contra «de lo que el legislador habría dicho si hubiera estado allí»: la norma no es sólo un acto de voluntad, sino también de razón, lo que cuenta no son sólo las palabras de la ley, sino también los propósitos que las mismas persiguen; la equidad es, por ello, el principal antídoto contra el formalismo. 2) La derrotabilidad de las normas, como consecuencia de la necesidad de introducir excepciones, puesto que las normas, al tener el legislador que «hablar en modo universal», tienen que ser «rectificadas» («derrotadas»), ya que «hay cosas que no se pueden tratar rectamente de modo universal». 3) La necesidad de la ponderación: el juicio equitativo viene a ser una consecuencia de ponderar el valor de la justicia legal (la seguridad, la certeza) con la justicia material (dadas las peculiaridades del caso concreto que se trata de juzgar); y aquí, por cierto, de la lectura del texto de Aristóteles resulta con claridad que esa ponderación no tiene en cuenta únicamente elementos de tipo fáctico (la «naturaleza de la cosa»), esto es, no es un procedimiento puramente casuístico, sino que con el mismo se da lugar a una nueva norma (que rec-

tifica la anterior). 4) La necesidad, al establecer esas excepciones creando nuevas normas, de respetar el principio de «universalidad», en cuanto las nuevas normas habrán de ser también universales (aunque menos generales que aquellas a las que rectifican): lo equitativo, nos dice Aristóteles, es también una forma de justicia (la equidad no pertenece a un género distinto al de la justicia), esto es, se basa también en la igualdad, en el trato igual a quienes están en las mismas condiciones.

He aquí el texto de Aristóteles, en la traducción de María Araujo y Julián Marías (Aristóteles 1981):

> [L]o equitativo, si bien es mejor que una especie de justicia, es justo, y no es mejor que lo justo como si se tratara de otro género. Lo mismo es, por tanto, justo y equitativo, y siendo ambos buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad [de ver en qué relación están la justicia y la equidad, lo justo y lo equitativo] es que lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal, y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en que es preciso hablar de un modo universal, pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración lo más corriente, sin desconocer su yerro. Y no por eso es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, puesto que tal es, desde luego, la índole de las cosas prácticas. Por tanto, cuando la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esa cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, corregir la omisión, aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido. Por eso lo equitativo es justo, y mejor que una clase de justicia; no que la justicia absoluta, pero sí que el error producido por su carácter absoluto. Ésta es también la causa de que no todo se regule por la ley, porque sobre algunas cosas es imposible establecer una ley, de modo que hay necesidad de un decreto. En efecto, tratándose de lo indefinido, la regla es también indefinida, como la regla de plomo de los arquitectos lesbios, que se adapta a la forma de la piedra y no es rígida, y como los decretos que se adaptan a los casos.
>
> Queda aclarado, pues, qué es lo equitativo, y qué es justo, y mejor que cierta clase de justicia. Con ello queda también de manifiesto quién es el hombre equitativo: aquel que elige y practica esta clase de justicia y no exige una justicia minuciosa en el mal sentido, sino que sabe ceder aun cuando tiene la ley de su parte, es equitativo y esta disposición de carácter es la equidad, que es una clase de justicia y no una disposición de otra índole (*Ética a Nicómaco*, V, 10: 1137b-1138a).

En el libro I de la *Retórica*, Aristóteles se refiere a la equidad como uno de los criterios de distinción entre lo justo y lo injusto (en el contexto, pues, de la retórica judicial) y caracteriza lo que podríamos llamar el «talante equitativo» de la siguiente manera:

> También <es propio de> la equidad ser indulgente con las cosas humanas. Y mirar no a la ley, sino al legislador; no a la letra, sino a la inteligencia del legislador; no al hecho, sino a la intención; no a la parte, sino al todo; no a cómo es ahora uno, sino a cómo era siempre o la mayoría de las veces. Igualmente, acordarse más de los bienes recibidos que de los males, y de los bienes que se han recibido antes que de los que se han hecho. Y, asimismo, tolerar a quien comete una in-

justicia, preferir juzgarlo más de palabra que de obra y consentir en someter <la cuestión> más a un arbitraje que a un juicio; porque el árbitro mira la equidad, mientras que el juez la ley, y por esa razón se inventó el árbitro, a fin de que prevaleciese la equidad (*Retórica* I, 1374b 12-23).

4.1,B) EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD Y EL CASO BUSH *VS.* GORE

El 12 de diciembre de 2000, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tomó una decisión que tuvo una gran trascendencia para la vida de ese país y del resto del mundo. En efecto, la sentencia Bush *vs*. Gore supuso otorgar la presidencia de los Estados Unidos a Georges W. Bush (sería el primero de sus dos mandatos), después de un proceso electoral sumamente competido y de un pleito judicial que resultó, en muchos aspectos, «sorprendente»[4]. En votos ciudadanos, Gore había obtenido aproximadamente medio millón más que Bush, pero el resultado final (dadas las peculiaridades del sistema electoral de ese país) dependía de lo que ocurriese en el estado de Florida, en donde Bush había ganado, según los primeros recuentos, por unos 300 votos. El partido demócrata pidió que se hiciera un recuento manual en una serie de condados, por entender que los votos no habían sido debidamente escrutados por las máquinas. El asunto llegó hasta el Tribunal Supremo de Florida, que le dio la razón y ordenó que se volvieran a contar manualmente 9.000 votos dudosos, antes del 26 de noviembre. Los abogados del partido republicano recurrieron la decisión ante el Tribunal Supremo Federal, el cual, en primer lugar, admitió a trámite el recurso, lo que suponía paralizar el recuento, y luego, decidió en el sentido de que el recuento no podía proseguirse, lo que equivalía a otorgar la presidencia a Bush. El argumento fundamental para ello fue la falta de criterios específicos que garantizasen que el recuento (la aplicación de la sentencia del Tribunal Superior de Florida) pudiese llevarse a cabo en forma que no pudiera calificarse de arbitraria o desigual. He aquí algunos pasajes centrales de esa sentencia que se dictó por mayoría de siete votos frente a cuatro:

Las dos posturas aquí enfrentadas no niegan la validez de la doctrina que acabamos de exponer [no se puede valorar más el voto de una persona que el de otra]. Los apelados, del Partido Demócrata, sostienen que la defensa del derecho al voto justifica por sí misma la necesidad del recuento manual. Sin embargo, lo que hemos de decidir ahora es si las modalidades de recuento que derivan de la sentencia del Tribunal Supremo de Florida resultan conformes con su obligación de impedir los tratamientos arbitrarios y dispares de todos los miembros de su electorado.

Lo esencial de la presente controversia gira en torno a las papeletas de voto que el votante debe perforar con un punzón, pero que, ya sea por error o por omisión deliberada, no fueron perforadas con la suficiente precisión para que la

4. Sobre ello puede verse la presentación a esa sentencia que hacen Beltrán de Felipe y González García ([2]2006). Los fragmentos que siguen de esa sentencia están tomados de la traducción que figura en ese libro.

máquina las compute. En algunos casos no se llegó a perforar del todo, de manera que sólo se hizo un pequeño agujero, pero sin que el trozo de papel llegase a desprenderse. En otros no hubo siquiera perforación, sino un mero agujerito apenas perceptible.

El Tribunal Supremo de Florida ha adoptado el siguiente criterio: debe discernirse el verdadero sentido del voto, y la intención real de los votantes que depositaron esas papeletas no computadas o mal computadas por las máquinas. A efectos de resolver la cuestión de la protección equitativa de las leyes no es necesario plantearse si dicho Tribunal tiene o no, de acuerdo con la legislación electoral, competencia y autoridad para establecer qué es un voto legal y para, en ejecución de dicho criterio, ordenar un recuento manual. Basta decir que los mecanismos de recuento puestos en marcha en ejecución de la sentencia recurrida no satisfacen los requisitos mínimos de tratamiento no arbitrario de los votantes que permita asegurar el derecho fundamental de la 14.ª Enmienda. La idea fundamental para el recuento de los votos dudosos o no computados es la «intención del votante». [...] El problema está en la falta de criterios específicos que garanticen que su aplicación práctica no sea arbitraria o desigual. [...]

En muchas circunstancias, el Derecho pretende conocer la intención verdadera de las partes y de las personas, y en algunos casos mediante modalidades no demasiado precisas. En este caso, sin embargo, la cuestión no es si creer o no a un testigo, sino por el contrario, cómo interpretar las marcas, los agujeros o las rayas en un objeto inanimado, un trozo de cartón o de papel que, según se afirma, puede no haber sido computado como voto en el recuento realizado por las máquinas. El investigador tiene ante sí una máquina, no a una persona. La búsqueda de la verdadera intención puede llevarse a cabo mediante reglas concretas destinadas, precisamente, a asegurar el tratamiento uniforme e igualitario de los votantes.

La falta de tales reglas ha conducido a una consideración no uniforme de las papeletas [...]. Según parece haberse admitido en la vista oral, los criterios para aceptar o rechazar una papeleta dudosa pueden variar no sólo de uno a otro condado, sino también dentro del mismo condado entre los diferentes equipos de recuento.

De las actuaciones podemos extraer algunos ejemplos de cuanto afirmamos. Un interventor del Condado [...] testificó en la vista que tres personas del Comité Electoral del Condado aplicaron tres criterios distintos para definir lo que era un «voto legal». Y otro testigo declaró que por lo menos un condado cambió de criterio durante el recuento. [...] Esto no es un procedimiento con garantías suficientes de igualdad.

Un precedente referido a nuestra jurisprudencia sobre el principio un hombre, un voto rechaza los casos en los que un estado otorga un tratamiento arbitrario y diferente a los votantes en distintos condados. [...] Entonces dijimos que «el que a un grupo se otorgue mayor peso electoral que a otro es contrario al principio de un hombre, un voto, fundamento de nuestro sistema de gobierno representativo». [...]

El Tribunal Supremo de Florida ha permitido este tratamiento desigual. Ha obligado a que el recuento de los votos de dos condados [...] fuera incluido en el escrutinio total de votos. [...] Y lo cierto es que cada uno de estos condados ha empleado distintos criterios para determinar qué votos eran legales y cuáles no lo eran. [...]

Además de estas dificultades, el proceso de recuento de votos que deriva de la sentencia ahora recurrida tiene otras consecuencias. La sentencia no especifica quién debe realizar el recuento. Los comités electorales de los condados tuvieron que formar a toda prisa equipos de jueces de varios circuitos, personas que

no tenían experiencia previa en el tratamiento e interpretación de papeletas. Y mientras que a unos sí se les permitía ejercer de observadores, a ellos se les prohibió formular objeciones al recuento.

El recuento, cuyos pormenores se acaban de describir, no responde a las mínimas exigencias procedimentales para proteger el derecho fundamental de cada votante en un recuento a nivel estatal realizado bajo la autoridad de un tribunal igualmente de ámbito estatal. Nuestras consideraciones se ciñen a las circunstancias presentes, dado que la cuestión de la protección equitativa en los procesos electorales presenta en general muchas complejidades. [...]

[L]a ley de Florida exige que cualquier controversia o pleito que se refiera al resultado final de las elecciones debe finalizar antes del día 12 de diciembre. Esta fecha se nos viene encima y no existe ningún procedimiento de recuento que, cumpliendo con los criterios del Tribunal Supremo de Florida, cumpla los mínimos estándares constitucionales. Siendo a todas luces evidente que cualquier recuento que pretenda finalizar antes del 12 de diciembre sería inconstitucional por las razones que hemos señalado con anterioridad, anulamos la sentencia del Tribunal Supremo de Florida que ordena el recuento (en Beltrán y González [2]2006: 630-632 y 634).

En el voto discrepante del juez Breyer puede leerse lo siguiente:

Este Tribunal se equivocó al admitir y resolver el presente recurso, y también al suspender cautelarmente la sentencia impugnada. [...]

Ordenando la interrupción del recuento manual, impidiendo así computar los votos legales, pero que no han sido dados por las máquinas, este Tribunal establece un remedio desproporcionado respecto al daño que se pretende evitar. Un remedio, además, que menoscaba los principios de justicia y equidad que este Tribunal debe proteger. El recuento manual, por el contrario, solventaría el problema del tratamiento desigual de las papeletas. Como bien señala el juez Stevens en su voto particular, las papeletas de los electores en los condados que usan máquinas perforadoras tienen más probabilidades de no ser dadas por válidas que las papeletas de los condados que utilizan lectores ópticos. [...] De manera que en un sistema que permite a los condados utilizar distintos mecanismos de voto, los electores llegan a las urnas en situación de desigualdad respecto de la probabilidad de que sus papeletas sean dadas por válidas. No veo por qué el resultado electoral es más justo si proviene de una resolución jurisdiccional que si es fruto de las opciones que cada uno de los condados tome respecto de los equipos y mecanismos de voto. Ni tampoco entiendo por qué la decisión del Tribunal Supremo de Florida de recontar manualmente los votos, que tiende a poner remedio a esta situación de desigualdad, debe ser anulada por una deficiencia que tiene fácil solución. [...]

Cuanto acabo de relatar ayuda a comprender por qué considero no sólo errónea desde el punto de vista jurídico, sino también extremadamente desafortunada, la decisión de este Tribunal de interrumpir el recuento ordenado por el Tribunal Supremo de Florida. [...]

Además, como ya he dicho, este Tribunal no está aplicando ningún principio constitucional esencial ni protegiendo o reivindicando ningún derecho fundamental de las personas. No hay ninguna otra razón relevante para intervenir. Las leyes aprobadas en el Congreso lo hacen innecesario. Y, por encima de todo, si en un asunto tan sumamente politizado como el que ahora nos ocupa este Tribunal diese la sensación de estar dividido, se corre el riesgo de menoscabar la confianza que los ciudadanos tienen en nosotros (*ibid.*: 635, 637-638 y 645-646).

1) ¿Qué criterios de evaluación de las decisiones judiciales aparecen utilizados en este voto disidente? ¿Supone una apelación a la «razonabilidad» cuando habla de «remedio desproporcionado»? ¿En qué sentido? ¿Qué uso hace del argumento consecuencialista? ¿Está justificada la apelación que hace a consecuencias no estrictamente «jurídicas» (cuando habla de decisión «extremadamente desafortunada»)? ¿Va ello ligado a la existencia de «razones «institucionales»? ¿Serían de alguna aplicación estos argumentos al «caso Garzón» (*vid.* I,3.1,D): para sostener que el Tribunal Supremo español no debería haber entrado a juzgar ninguno de los tres asuntos y/o para evitar una decisión que iba a contribuir a erosionar el prestigio de la institución?

2) ¿Respeta la decisión de la mayoría el principio de universalidad? ¿Son de alguna forma conscientes los magistrados de que su decisión no supera ese test cuando en el penúltimo fragmento reproducido («El recuento...») señalan que lo que están sosteniendo sólo vale «para las circunstancias presentes»?

4.2,A) LA COHERENCIA COMO RACIONALIDAD

En «Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho», Amalia Amaya presenta una concepción muy amplia de la coherencia que viene a suponer identificar ese concepto con el de racionalidad o justificación: una decisión jurídica (judicial) justificada, por ejemplo, sería la que satisface los requisitos de la coherencia. La concepción de la coherencia de Amaya recoge a su vez —y unifica— diversas teorías coherentistas surgidas en los últimos tiempos en disciplinas como la epistemología, la moral, la lingüística o el Derecho:

1. *El concepto de coherencia en el Derecho como satisfacción de restricciones*

[...] Según Thagart, la coherencia de un conjunto de elementos depende de la satisfacción de una serie de restricciones positivas y negativas. Estas restricciones señalan relaciones de coherencia —restricciones positivas— o de incoherencia —restricciones negativas— entre los elementos dentro del conjunto. El problema de determinar la coherencia de un conjunto dado de elementos es el de cómo dividir dicho conjunto entre un subconjunto de elementos aceptados y un subconjunto de elementos rechazados de manera que se maximice la satisfacción de las distintas restricciones. Para satisfacer una restricción positiva entre dos elementos, es necesario, o bien aceptar ambos, o bien rechazar ambos. Una restricción negativa entre dos elementos se satisface cuando al aceptar uno, se rechaza el otro. La idea es, por lo tanto, que la maximización de la coherencia de un conjunto de elementos depende de la satisfacción de las restricciones que ligan pares de elementos dentro de dicho conjunto.

Esta concepción abstracta del concepto de coherencia es aplicable a diversos ámbitos. Para poder aplicar esta teoría a un dominio particular, es preciso, como señala Thagard, determinar cuáles son los elementos y las restricciones relevantes en dicho dominio. Thagard diferencia entre seis tipos de coherencia, con distintos elementos y diferentes tipos de restricciones, a saber: coherencia

explicativa, analógica, deductiva, perceptual, conceptual, y deliberativa [...] Según Thagard, la solución de un problema de coherencia específico requiere la interacción de distintos tipos de coherencia. Por ejemplo, la justificación moral requiere la interacción de la coherencia deductiva, explicativa, analógica y deliberativa, mientras que la justificación epistémica requiere la interacción de la coherencia deductiva, explicativa, analógica, conceptual y perceptual.

Me parece que esta concepción de la coherencia puede ser aplicada con provecho para dar cuenta de la justificación jurídica. Quisiera distinguir entre dos tipos de coherencia, la coherencia fáctica [...] y la coherencia normativa. [...]

La coherencia fáctica resulta de la interacción de los mismos tipos de coherencia que son relevantes en la justificación epistémica más un tipo de coherencia adicional, a saber, la coherencia deliberativa. [...] A los principios generales de la coherencia explicativa (repitamos: simetría, analogía, explicación, compatibilidad, contradicción, prioridad y aceptabilidad) es necesario añadir algunas restricciones derivadas de la necesidad de dar cuenta de la naturaleza institucional del razonamiento acerca de hechos en el contexto jurídico. Entre las restricciones institucionales cabe destacar aquellas que derivan de la presunción de inocencia. [...]

La coherencia normativa requiere la interacción de los mismos tipos de coherencia que son relevantes en la justificación moral más un importante tipo de coherencia: la coherencia interpretativa [...] los principios de coherencia interpretativa son estructuralmente análogos a los principios de coherencia explicativa, excepto que las restricciones positivas y negativas ligan hipótesis interpretativas y elementos normativos (es decir, precedentes, principios, reglas, etc.) en vez de relacionar hipótesis fácticas y proposiciones que describen pruebas. [...]

Entre otros problemas, la teoría de la coherencia como satisfacción de restricciones no aborda el problema (esencial) de cómo se genera el conjunto inicial de elementos que se considera relevante para comparar y evaluar la coherencia de distintas alternativas (el llamado «problema del input») y también parece necesario dar una explicación detallada de cómo los distintos tipos de coherencia interactúan para dar una solución —esperamos, coherente— a un problema concreto. [...]

2. *La inferencia coherentista es un tipo de inferencia explicativa*

[...] La tesis que quisiera proponer aquí es que el coherentismo, por el contrario, sí que cuenta con una clara descripción de los procesos de inferencia que resultan en creencias justificadas. La inferencia coherentista es un tipo de inferencia explicativa y, por lo tanto, contamos con las herramientas de la lógica abductiva [...] La inferencia coherentista [...] se puede describir como una «inferencia a la mejor explicación», es decir, a la explicación más coherente. Se pueden distinguir tres etapas fundamentales en una inferencia a la mejor explicación en el Derecho: (*i*) la generación o descubrimiento de los elementos relevantes, hipótesis fácticas y pruebas, en el caso del razonamiento acerca de los hechos, hipótesis interpretativas y elementos normativos, en el caso del razonamiento jurídico de carácter normativo; (*ii*) la persecución, elaboración, o refinamiento de un conjunto de alternativas de decisión que resultan, inicialmente, plausibles; y (*iii*) la evaluación y comparación de las mismas con vistas a la selección de una de ellas como justificada. La inferencia a la mejor explicación es, por lo tanto, una forma de inferencia que opera no sólo en el contexto de descubrimiento, sino que tiene también la capacidad de conferir justificación a sus conclusiones. [...]

3. *Los mecanismos de la coherencia*

¿Cómo se puede transformar un conjunto de elementos incoherentes en uno coherente? [...] Son tres, en mi opinión, los principales mecanismos de construcción de la coherencia: contracción, adición y reinterpretación. [...]

La contracción es, sin duda, el mecanismo de construcción de coherencia más conocido. Mediante la operación de contracción es posible transformar un conjunto incoherente en uno coherente, eliminando alguno (o algunos) elementos del conjunto. [...]

Pero la coherencia no sólo se puede alcanzar eliminando elementos que son incoherentes con el resto de los elementos dentro de un conjunto, sino también mediante la adición de nuevos elementos. Esta estrategia, menos conocida quizá, es también muy útil en el contexto del razonamiento jurídico. [...]

Por último, otro modo de generar coherencia en el contexto del razonamiento jurídico consiste en reinterpretar algunos de los elementos de manera que se reduzca el grado de incoherencia del conjunto. [...]

4. *Coherencia, responsabilidad y virtud*

[...] La propuesta es la siguiente: una hipótesis acerca de los hechos o del Derecho está justificada si pudiera ser el resultado de un proceso epistémicamente responsable de maximización de la coherencia. [...]

Ahora bien, ¿qué se requiere para ser un decisor jurídico epistémicamente responsable? Hay dos maneras [...] Una posibilidad es defender una concepción deóntica de la responsabilidad epistémica de los decisores jurídicos, según la cual, los estándares de responsabilidad epistémica requieren el cumplimiento de una serie de deberes de carácter epistémico, tales como el deber de creer de acuerdo con las pruebas o el deber de buscar pruebas acerca de proposiciones cuyo valor de verdad es incierto a la luz de las pruebas disponibles. La otra posibilidad consiste en definir los estándares de responsabilidad epistémica en términos aretaicos: la conducta epistémicamente responsable es aquella que resulta del ejercicio de una serie de virtudes epistémicas o intelectuales, tales como la diligencia, la valentía para enfrentar la crítica, la perseverancia, o la apertura de mente. Quizás no sea preciso decantarse por una de estas teorías. Una posibilidad podría ser la de desarrollar una concepción híbrida. [...]

5. *Coherencia y contexto*

[...] El proceso mediante el cual se construye la coherencia es, de manera principal, un proceso de contextualización. [...]

No hay, desde luego, ninguna teoría generalmente aceptada que dé cuenta de una vez por todas de cuáles son los rasgos del contexto relevantes para determinar si una acción, enunciado, o cualquier otro objeto está o no justificado. Sin embargo, en la literatura contextualista, es posible identificar algunos rasgos que, me parece, juegan un papel importante en la justificación de los enunciados fácticos y normativos en el Derecho. Algunos de estos rasgos son los siguientes:

(*i*) La importancia de las consecuencias. [...]

(*ii*) El rol. [...]

(*iii*) Los objetivos. [...]

(*iv*) Las restricciones metodológicas [...] Por ejemplo, para razonar acerca de los hechos en el Derecho es preciso descartar ciertas hipótesis escépticas que

son, sin duda, relevantes en el contexto de la epistemología. O para razonar acerca de las cuestiones normativas en el Derecho es preciso asumir la relevancia de las razones de autoridad, a diferencia de lo que sucede en el contexto de la argumentación en materia moral.

(*v*) Los recursos. [...]

(*vi*) Rasgos dialécticos. [...]

Hay tres maneras [...] de ajustar los criterios de coherencia a las necesidades de justificación en un contexto determinado. [...] (*i*) aumentando o reduciendo el umbral de la justificación, es decir, el grado de coherencia necesario para atribuir justificación;(*ii*) aumentando o reduciendo la base de la coherencia, es decir, el conjunto de elementos cuya coherencia es relevante para la atribución de justificación y (*iii*) aumentando o reduciendo el conjunto de alternativas que es preciso evaluar antes de poder seleccionar una de ellas como justificada en virtud de su coherencia. [...]

6. *El razonamiento coherentista como razonamiento acerca de fines*

El razonamiento coherentista es un razonamiento de tipo no instrumental. Es decir, por medio de los métodos coherentistas es posible razonar acerca de qué fines son valiosos y cómo proceder cuando éstos entran en conflicto. [...]

Hay diversas propuestas acerca de cómo la coherencia funciona en tanto estándar de justificación de las inferencias prácticas, más allá de las inferencias medio-fin. Mencionaré brevemente dos propuestas [...] En primer lugar, Henry Richardson ha desarrollado una versión coherentista del especificacionismo [...] Según Richardson, una especificación es correcta oracional si aumenta la coherencia del conjunto de normas que son aceptables por un agente, entendiendo la coherencia como una cuestión que depende de la ausencia de diversos tipos de conflicto práctico y de la presencia de relaciones de soporte mutuo [...] Frente a una concepción del conflicto normativo, según la cual, cuando dos normas entran en conflicto, es necesario, o bien establecer un orden léxico entre las mismas, o bien sopesar y ponderar dichas normas para establecer cuál de ellas ha de prevalecer en el caso concreto, Richardson sostiene que es posible resolver satisfactoriamente el conflicto normativo mediante la revisión de las normas involucradas a través de operaciones de especificación. [...]

Otra aproximación no instrumental a la razón práctica que se basa, de manera fundamental, en la noción de coherencia es la propuesta por Susan Hurley. En la tradición de la casuística, esta autora da una importancia central a la reflexión acerca de casos actuales e hipotéticos en el proceso de deliberación [...] un juicio acerca de qué es lo que se debe hacer «all things considered» es correcto si es el juicio que favorece aquella teoría que da cuenta de manera más coherente de las relaciones entre las razones específicas (tales como valores morales, doctrinas jurídicas y precedentes) que son relevantes en el caso concreto. [...]

7. *El valor de la coherencia*

[...] Son tres, me parece, los conjuntos de razones para otorgar a la coherencia fuerza justificativa en el Derecho: razones de carácter epistémico, razones de carácter práctico y razones constitutivas.

Las primeras —las razones epistémicas— son, sin duda, bastante controvertidas. Los estándares coherentistas de justificación están justificados en cuanto que hay razones para pensar que aceptar creencias acerca de los hechos o del

Derecho en virtud de su coherencia nos lleva a aceptar creencias que son, al menos, probablemente verdaderas (o correctas) [...]

Por lo tanto, a la luz de los argumentos anteriores, se puede concluir que no hay razones concluyentes para rechazar el valor de los estándares coherentistas de la justificación como herramientas para la búsqueda de la verdad. En el contexto jurídico, por lo tanto, es posible aceptar creencias acerca de los hechos como probablemente verdaderas en virtud de su coherencia. [...]

En relación con la teoría de la justificación de las conclusiones acerca de cuestiones de Derecho, la relación entre la coherencia y la verdad plantea muchas menos dificultades, ya que las aproximaciones anti-realistas o constructivistas a la verdad encajan fácilmente con las teorías de la justificación como coherencia (de hecho, una estrategia común para resolver el problema de la coherencia y la verdad ha sido la de rechazar la concepción de la verdad como correspondencia y definir la verdad en términos de coherencia) y las teorías constructivistas de la verdad de los enunciados normativos son, en principio, más plausibles que las teorías realistas. [...]

Hay, además de razones epistémicas, un conjunto de razones de naturaleza práctica que hacen de la coherencia un estándar de justificación deseable. La coherencia tiene un valor instrumental en relación a ciertos objetivos considerados como centrales en el ámbito práctico y que son, sin duda, también valiosos en el contexto específico del Derecho. En concreto, la coherencia facilita la coordinación de la acciones de diversos agentes, algo [...] de la mayor importancia en una empresa colectiva como el Derecho [...] promueve la efectividad de las acciones conjuntas [...] cierto grado de coherencia parece fundamental para realizar con éxito la función del Derecho de regular y transformar la vida social [...] La coherencia es también, como es bien sabido, una herramienta fundamental para realizar valores específicamente jurídicos, tales como seguridad jurídica [...] facilitando el conocimiento del Derecho. [...]

Por último, hay también razones constitutivas para valorar la coherencia en el Derecho. La coherencia tiene un valor constitutivo de la identidad individual y colectiva [...] al deliberar, los agentes determinan qué tipo de persona —o qué tipo de comunidad, en el caso de las decisiones que tienen un carácter público— uno quiere ser. Por ello, los decisores jurídicos no pueden, sin más, tomar la decisión que parece mejor en el caso concreto y abandonar los ideales de coherencia, ya que si hicieran esto, estarían, de alguna manera, negándose a determinar su propia identidad como miembros de la comunidad política a la que pertenecen. [...]

8. *El coherentismo como anti-formalismo*

El coherentismo proporciona, a mi parecer, una vía intermedia entre las concepciones formalistas y las concepciones escépticas de la justificación. [...]

En el contexto del Derecho, el coherentismo proporciona también una alternativa a los modelos formales de la racionalidad jurídica [...] Las teorías coherentistas del Derecho surgen para remediar algunos de los problemas que aquejaban a las concepciones positivistas formales: las consecuencias indeseables de las tesis positivistas en relación a la discreción judicial en casos difíciles, la dificultad del positivismo formal para dar cuenta del papel que juegan las razones morales en el Derecho, el descontento con una concepción convencional de las fuentes del Derecho y la insatisfacción con una teoría deductivista del razonamiento jurídico. Frente a la concepción piramidal del conocimiento jurídico [...] el coherentismo propone una concepción reticular del conocimiento jurídico, una teoría coherentista de

la justificación jurídica y una visión holista de las inferencias en el Derecho, con el objetivo [...] de ofrecer una concepción más amplia de las fuentes del Derecho y de las formas legítimas de argumentación jurídica en base a las cuales se pueda articular una solución al problema de la discreción judicial. [...]

En el contexto del razonamiento acerca de los hechos en el Derecho, las aproximaciones coherentistas proporcionan una alternativa no escéptica a los modelos bayesianos [...] el bayesianismo tiene dificultades para dar cuenta tanto de la presunción de inocencia como de los estándares de la prueba. Frente a estos problemas, el coherentismo trata de proporcionar criterios de racionalidad más amplios que los que se derivan de la concepción formal de la racionalidad como coherencia probabilística característica de la teoría bayesiana. [...]

9. *Coherentismo y naturalismo*

Una razón principal a favor del coherentismo es que éste goza de un alto grado de plausibilidad desde un punto de vista psicológico. El uso de criterios de coherencia es un rasgo natural de nuestro aparato cognitivo [...] Por lo tanto, la adecuación descriptiva de las aproximaciones coherentistas al razonamiento en general y, en concreto, al razonamiento en el contexto del Derecho, tanto acerca de cuestiones normativas como fácticas, ha sido ampliamente demostrada.

[...] La objeción de entrada es que estoy cometiendo la tan traída y llevada «falacia naturalista». No obstante, la objeción no resulta pertinente si uno acepta una concepción naturalista del quehacer filosófico, según la cual hay una continuidad entre la filosofía y la ciencia y, en concreto, en el contexto que nos interesa, entre la filosofía y la psicología. La separación entre la filosofía y la psicología, el ámbito normativo y el descriptivo, es relativamente reciente. [...]

En otras palabras, parece necesario «naturalizar» la filosofía del Derecho, y repensar las relaciones entre lo normativo y lo descriptivo y, por qué no, la tan temida falacia naturalista. En el contexto de la teoría del razonamiento jurídico, hay, además una razón de peso para adoptar una perspectiva naturalista. Un objetivo fundamental de las teorías de la argumentación jurídica es la mejora de las prácticas argumentativas en el contexto del Derecho [...] es esencial que éstas [las teorías] no estén tan idealizadas, tan alejadas de lo que es posible obtener, teniendo en cuenta nuestras capacidades cognitivas, que no puedan cumplir la función de guiar y regular la práctica [...]. Una teoría coherentista de la justificación, en cuanto que usa como punto de partida formas de razonamiento ordinario, está bien situada para lograr realizar el proyecto de mejora de la práctica jurídica que es, a mi parecer, fundamental en teoría del Derecho.

[...] Las teorías de la coherencia son problemáticas, ya que parecen sancionar como justificadas las creencias, los actos, las decisiones, etc., cuya coherencia resulta de procesos epistémicamente sospechosos. El reto es, por lo tanto, desarrollar una teoría de la coherencia que no sólo sea psicológicamente plausible, sino también normativamente adecuada. Mi propia respuesta a este reto es, como he explicado antes, complementar la teoría de la coherencia con una teoría de la responsabilidad epistémica. [...]

10. *Coherencia y agencia*

[...] Hay una distinción muy interesante en teoría del discurso entre la llamada coherencia *a parte obiecti* y coherencia *a parte subiecti*, esto es, entre la coherencia de un texto como tal y la coherencia que un intérprete construye de un texto. Es el segundo tipo de coherencia el que nos permite dar cuenta de los juicios acerca de

la coherencia —o incoherencia— de un discurso. La coherencia es el resultado del esfuerzo del intérprete: no es una propiedad que viene ya dada, sino que tiene que ser construida en el proceso de interpretación. Una teoría coherentista de la justificación está, pues, intrínsecamente vinculada con la perspectiva del agente [...] (Amaya 2011: 21-64).

1) La cuestión general que discutir a propósito del anterior texto es la de si resulta o no conveniente partir de una noción tan amplia de coherencia que, como se ha dicho, convierte ese concepto prácticamente en sinónimo de «racionalidad» o «justificación». ¿Qué ventajas y qué inconvenientes tiene esa actitud?

2) Como cuestiones más concretas cabría plantear las siguientes: ¿No es la concepción de la coherencia de Thagard demasiado abstracta para que pueda resultar operativa en el Derecho? ¿Serviría lo mismo esa noción de coherencia para la argumentación judicial que para la legislativa o la de los abogados? ¿En qué sentido la inferencia coherentista supone una «alternativa» a la deducción y a la inducción? ¿Necesitamos acudir a la abducción para dar cuenta de la motivación producida por un órgano judicial? ¿Es la analogía un procedimiento para lograr coherencia mediante una operación de adición (de añadido de nuevas premisas —de nueva información— en relación con las inicialmente existentes)? ¿Se necesita ser coherentista para adherirse a un código de ética judicial que, como el del Código Modelo Iberoamericano, incorpora tanto deberes deónticos como virtudes judiciales? ¿Hay alguna teoría de la justificación jurídica —salvo quizás alguna muy crudamente formalista— que se oponga a tomar en consideración el contexto? ¿Son distintos los métodos del especificacionismo y de las razones *pro tanto*, por un lado, y el de la ponderación, por el otro? Las razones existentes a favor de la coherencia, ¿son suficientes como para convertir la coherencia en el único criterio para evaluar las argumentaciones jurídicas sobre cuestiones fácticas o normativas? Si lo que justifica la coherencia es que ciertas creencias sean *probablemente* verdaderas o correctas, ¿no necesitaremos de alguna otra teoría —no coherentista— acerca de la verdad o de la corrección? ¿No hay un riesgo en el coherentismo de asumir posturas excesivamente conservadoras y de «fabricar» coherencia donde realmente no la hay? ¿Hay que ser coherentista para poder hablar de «virtudes judiciales» o del ideal del «buen juez»? ¿Es lo mismo una *buena argumentación judicial* y una argumentación llevada a cabo por *un buen juez*?[5].

4.2,B) COHERENCIA NARRATIVA Y VIOLENCIA DE GÉNERO

La coherencia narrativa es un criterio útil para evaluar (y guiar) la argumentación sobre cuestiones fácticas, cuando se cuenta con una serie

5. El número de la revista *Discusiones* correspondiente a 2011 está dedicado a debatir sobre el trabajo de Amalia Amaya del que se han tomado los anteriores extractos.

de hechos bien acreditados y se trata, entonces, de determinar cuál de las (normalmente) dos versiones existentes sobre los hechos se aproxima más a la verdad; podría decirse que se trata de completar un puzle en el que la mayor parte, o muchas, de sus piezas están ya fijadas. Pero ese procedimiento es mucho más discutible cuando los puntos fijos apenas existen (por ejemplo, porque los elementos probatorios con los que se cuenta son casi únicamente las declaraciones de la víctima y del presunto agresor) y hay un claro riesgo de sesgo ideológico. Esto es precisamente lo que suele ocurrir en muchos casos de violencia contra las mujeres, como el resuelto por la sentencia del juzgado penal n.º 22 de Barcelona, de 27 de noviembre de 2003.

Alí Y. y Latifa D. habían contraído matrimonio en Marruecos en febrero de 2000. Poco después, Alí se va a Barcelona a trabajar y Latifa se reúne con él al cabo de un año, en marzo de 2001. El 20 de julio de 2001, Latifa presenta denuncia contra Alí: aduce haber sufrido continuas agresiones de éste desde su llegada a Barcelona y que la noche del 12 al 13 de julio, Alí la había golpeado y producido diversas contusiones. Por su parte, el mismo día 13, Alí había denunciado en comisaría que, al volver a su casa, había visto que su mujer no estaba, manifestando que estaba asustado porque ella no hablaba español, no tenía familiares ni amigos en Barcelona y estaba embarazada.

En la sentencia, el juez absuelve a Alí de los delitos que se le imputaban, por entender que no existía prueba ni de las agresiones, ni de que el acusado hubiera sido el causante de las lesiones. Lo esencial de la argumentación se encuentra en el siguiente fragmento del fundamento jurídico primero:

> [...] Salvo el informe forense, no hay ninguna otra prueba de lo que se acusa que la declaración de Latifa [...] Pues bien, en este caso no se ha hallado elemento alguno que permita comprender la extraña narración de los hechos que realiza Latifa [...]. Su interrogatorio, tanto por la defensa como por las acusaciones, se ha realizado en normal tranquilidad, observando a la misma tranquila, serena, respondiendo sin gestos ni aspavientos a las preguntas que se le hacían. Así, cuando narra el peculiar encierro a que estaba sometida, nos dice que no la dejaban salir de casa, teniéndola vigilada todo el día. Pero posteriormente señala que se iba sola, en pijama, de casa a visitar a las hermanas de él. Nos dice que quien la vigilaba todo el día era la madre de él, pero luego nos señala que la madre de él no caminaba bien, y justamente el día 13 de julio la llevaba la hermana de él a comprarse unas plantillas especiales. Podría pensarse que Latifa [...] temía salir a la calle por desconocer nuestra civilización, pero no es así. Justamente señala que el día 13 de julio se marcha sin dinero ni pasaporte, y que se va a la estación de Sans. Preguntada cómo llega desde Hospitalet a la estación de Sans nos dice que va en taxi, y preguntada cómo lo pagó nos dice que no lo pagó. Que ella lloraba y el taxista la lleva a la estación de Sans. No es ello lógico, pues si tanto temor [*sic*] causó en el taxista, éste sí conoce nuestra sociedad y la hubiera dejado, no en la estación sino en la comisaría. Luego es interrogada sobre los días que se pasa en la estación y nos dice que tres, sin hacer nada, justamente en una estación en que son numerosísimas las personas de origen árabe que transitan por ella o por la anexa estación de autobuses. Y tampoco acude

a la propia comisaría que se halla en la estación o a los agentes de seguridad. Después desaparece unos días, al parecer, en casa de un tío, y posteriormente, pese al miedo que parece tiene a los hombres, se encuentra con tres chicos árabes que le invitan a subir a su casa y ciertamente sube. No concuerda ello con el temor, la desconfianza, la escasa capacidad de iniciativa que lamentablemente presenta el síndrome de la mujer maltratada, que lamentablemente este titular ha conocido a lo largo de su fase como juez instructor. Incluso el aspecto físico que presenta Latifa [...] durante los tres actos de juicio celebrados, no sólo arreglada sino vestida cada día diferente, a la moda, con anillos, pulseras y curiosos pendientes, gafas de tamaño grande, demuestra una capacidad de Latifa [...] para visionar el exterior, comprenderlo y adaptarse al mismo, una capacidad de desenvolverse que ciertamente no coincide con la de una mujer que ha pasado seis meses sometida a agresiones. Ello no significa rechazar que una persona pueda progresar, saliendo de situaciones negativas y desenvolviéndose en el futuro con mayor capacidad, pero desde la perspectiva de la condena o no condena de Alí [...], tales capacidades no suelen darse en supuestos de agresiones continuadas. Latifa [...] pasa más de siete días sin estar con Alí [...] cuando se elabora el informe médico que da lugar al informe médico forense, y ello unido al periodo que pasa desde que desaparece de su casa hasta que formula la denuncia no permite dar luces claras de lo que realmente sucedió. Por las acusaciones no se ha reclamado la presencia de las hermanas de Alí [...] ni del referido tío de Alí [...], ni tampoco de las otras personas que le ayudaron. Las acusaciones se sostienen sólo en la denuncia de Latifa [...] de la que ya se ha señalado las numerosas lagunas. Por tanto, de todo lo anterior resulta que no puede determinarse la fecha de los hematomas producidos, ni tampoco puede saberse dónde estuvo Latifa [...] desde el 13 de julio al 20 de julio de dos mil uno. Por otro lado, en la conducta de Alí [...] se observa que el mismo día en que ella marcha de la casa, presenta la denuncia señalando a la policía que la misma no tiene dinero, ni pasaporte, desconoce la ciudad y está embarazada. Da Alí [...] toda una serie de datos que demuestran un conocimiento de la realidad de Latifa y hace presuponer que se preocupa por la misma. En ese momento Alí [...] no sabía que iban a interponer denuncia contra él siete días más tarde, por lo que no puede entenderse que dicha denuncia fuera para preparar su defensa. Ciertamente, la no localización de Alí [...] ha dado problemas para señalar el juicio, resultando ello de la defectuosa redacción de su dirección, e incluso, una vez advertido el mismo ha precisado su propia defensa de convencerlo para llegar al acto de juicio. Tampoco el comportamiento del acusado en el acto de juicio da indicios de animadversión hacia las mujeres, pues si bien el interrogatorio por la letrado de la acusación particular fue tenso —sin ser maleducado ni desatento— y se advertía cierta animadversión, no lo fue, por el contrario, con la representación del Ministerio fiscal, ni tampoco lo fue con la letrado de la defensa respondiendo atentamente y con educación, de la misma manera que igualmente lo fue Latifa [...]. Pero ello no es más prueba que de lo que es, y no puede serlo de los hechos de que se le acusan.

1) En la argumentación del juez para concluir que la narración de los hechos de Latifa no es coherente y la de Alí sí lo es (o lo es en mayor medida), hay muchas premisas, más o menos implícitas, que seguramente son discutibles. Por ejemplo, que Latifa viviera «vigilada» en la casa de su esposo es perfectamente compatible con que pudiera salir sola, pero a visitar a las hermanas del esposo (que podrían vivir muy cerca). No parece tampoco particularmente extraño que el taxista la llevara a la estación de Sans (la dirección que Latifa —que no hablaba español— le habría dado),

en lugar de a la comisaría. El cambio en la «actitud» de Latifa podría tener una explicación simple: una persona puede estar más o menos asustada cuando llega a un lugar desconocido del que no sabe el idioma, etc., y luego, al cabo de un tiempo, desenvolverse con soltura. Las apreciaciones sobre «el síndrome de la mujer maltratada» que hace el juez podrían estar sesgadas por un prejuicio etnocéntrico (la sentencia da a entender en varias ocasiones que los marroquíes son árabes, cuando realmente son bereberes). La denuncia de Alí podría haber sido una forma de buscarse una defensa, puesto que él no sabía que iba a ser denunciado por su esposa, pero quizás sí pudiera haberlo previsto. No hay por qué pensar que los maltratadores sientan «animadversión» —o la exterioricen— hacia todas las mujeres. Etcétera. ¿Es, entonces, sólida la argumentación de la sentencia? ¿Podría serlo si a lo anterior se añade la presunción de inocencia y la necesidad de un estándar de prueba exigente para considerar probados unos hechos? ¿Estaría justificado que en un caso como el anterior el juez (o la jueza) utilizase en lugar de un «repertorio interpretativo» «empiricista» o «profesionalizador», un «repertorio feminista» (ver Cubells *et al.* 2011)?

4.3,A) DOS TIPOS DE CONSECUENCIAS

En su artículo «Una defensa del consecuencialismo en el Derecho» (Bengoetxea 1993), Joxerramon Bengoetxea desarrolla la idea (inspirándose fundamentalmente en MacCormick) de que para analizar los argumentos jurídicos consecuencialistas, es importante distinguir entre dos tipos de consecuencias (consecuencias como efectos sociales y como implicaciones jurídicas), y entre la constatación y la evaluación de las consecuencias. A efectos de entender los fragmentos que siguen, es importante aclarar que el trabajo de Bengoetxea se enmarca dentro de una investigación más amplia dedicada al razonamiento jurídico en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Bengoetxea 1993), y que los dos casos a los que se refiere para ilustrar los tipos de consecuencias mencionados son casos decididos por ese tribunal y en los que, en esencia, se planteaba lo siguiente. En el asunto Defrenne (43/75, [1976] ECR 455) el Tribunal resolvió que el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres incorporado en el artículo 119 del Tratado de Roma era de aplicación directa para los Estados, pero no podía invocarse (por las repercusiones económicas que tendría su retroactividad) para apoyar reclamaciones referentes a periodos de retribución anteriores a los de la fecha de la sentencia. Y en el asunto Mary Murphy y otras contra An Bord Telecom Eireann (sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de febrero 1988, en el asunto 157/86), Mary Murphy y otras 28 trabajadoras reivindicaban el derecho a obtener una remuneración semejante a la de otros trabajadores varones de la misma fábrica que desarrollaban tareas que eran incluso de menor cualificación que las de las trabajadoras. La compañía entendía que el principio de igual retribución no podía aplicarse cuando se trataba de trabajos desiguales,

pero el Tribunal Europeo no aceptó esa tesis, pues la misma supondría vaciar de contenido el principio de igualdad de retribución: bastaría para ello con asignar «tareas adicionales o más pesadas a los trabajadores de un sexo determinado, asignándoles así una menor retribución»:

[...] Aun siendo consciente de la dificultad inherente al problema, propongo distinguir: *a*) por un lado, entre dos tipos de consecuencias —1) consecuencias como resultados o repercusiones externas de una decisión judicial en el entorno o periferia del derecho y 2) consecuencias como implicaciones jurídicas en el derecho—; y *b*) por otro lado, entre 1) la constatación de las consecuencias y 2) su evaluación con base en ciertos criterios axiológicos jurídicos o extrajurídicos.

a) La distinción entre consecuencias como repercusiones socioeconómicas de la decisión y consecuencias como implicaciones en el derecho afecta al problema de la constatación o identificación de las consecuencias. [...]

Las consecuencias como resultados o repercusiones de la decisión judicial en la realidad social extrajurídica serían los efectos externos de la decisión, lo que MacCormick llamaría *behavioural outcomes*, o comportamientos que resultan de la decisión. Cabe señalar desde este momento que se trataría de resultados de tipo socio-económico. Según Rudenn [...] este tipo de argumentos consecuencialistas se utilizan para refinar o afinar interpretativamente una regla que se desea aplicar: se escogería la interpretación de la regla que condujera a los mejores resultados valorados desde una axiología concreta. Es decir, funcionarían como una directiva positiva de interpretación: «Ante varias interpretaciones posibles de la norma debe elegirse aquella que lleve a las mejores consecuencias».

En opinión de MacCormick [...] habría dos tipos de resultados: unos a corto plazo e inmediatos y otros a más largo plazo, pero en mi opinión no existe una línea divisoria entre las consecuencias inmediatas o a corto plazo y las consecuencias a largo plazo, que se extenderían potencialmente *ad infinitum*. Se trataría más bien de un *continuum* y el intérprete se detiene donde le interesa. [...]

Existen varios problemas teóricos con este tipo de consecuencias. Se trata de problemas de constatación y prueba. [...]

En el caso Defrenne, por ejemplo, si se da efecto retroactivo a la sentencia por parte del Tribunal, resultaría que el artículo 119 sobre igual retribución habría tenido efecto directo desde el final del periodo transitorio, con lo cual las trabajadoras de empresas públicas que hubiesen percibido sueldo inferior por el mismo trabajo que los trabajadores masculinos durante el tiempo anterior a la sentencia y posterior al periodo transitorio podrían reclamar indemnización por la diferencia (efecto inmediato como implicación). Ello supondría un coste económico impresionante para algunos Estados miembros (efecto inmediato como repercusión económica), con la consiguiente consecuencia de desplazar dinero público para dichas indemnizaciones retirándolo de otras partidas presupuestarias o a través de otros mecanismos monetaristas (implicación jurídica a medio plazo). Al compensar con otras partidas presupuestarias, éstas se verían reducidas consecuentemente; con lo que los ciudadanos tendrían aspiraciones (implicación a largo plazo) y con lo cual se frustrarían indirectamente las expectativas de muchos ciudadanos, con lo cual además se empobrecería el Estado por dejar de prestar servicios económicamente importantes (repercusiones económicas a largo plazo), con lo cual... Así hasta el infinito. [...]

Ni siquiera los científicos sociales son capaces de afirmar la plausibilidad de ciertas consecuencias. Menos aún los juristas prácticos, jueces y abogados, que no son científicos sociales, y normalmente carecen de formación en este sentido,

a pesar de ciertos intentos laudables por parte de la escuela del análisis económico del derecho o de la jurisprudencia sociológica. [...]

Precisamente por existir estos problemas de control de las hipótesis [...] los razonamientos a partir de las repercusiones socio-económicas no figuran frecuentemente de forma explícita en la motivación. Sería como introducir elementos extrajurídicos, lo cual no casa bien con el modelo dominante de función jurisdiccional. [...]

Las consecuencias como implicaciones en el Derecho. En este caso, el derecho podría tomarse en un sentido dogmático, como ordenamiento jurídico, o en un sentido social, como conjunto de operadores jurídicos y prácticas jurídicas operativas. [...]

1) En el primer caso [sentido dogmático], se trata de observar lo que les ocurre a las normas interpretadas o a las normas relacionadas sistemáticamente con las interpretadas al tomar una u otra decisión jurídica de interpretación o de validez, es decir, se trata de analizar el impacto de una decisión determinada dentro del ordenamiento en su conjunto, entendido como sistema jurídico. Normalmente, este tipo de argumento se utiliza a nivel de la elección de la norma aplicable y no a nivel de la elección de interpretación de la norma a aplicar; se limita a listar las consecuencias perniciosas de la regla alternativa, para lo cual se utiliza el razonamiento apagógico, y no a afinar o refinar la propia regla como en el caso de las consecuencias externas [...]. La directiva de elección de la norma aplicable sería: «debe rechazarse la interpretación de la norma que implique consecuencias inconsistentes o incoherentes con el resto de las normas válidas del sistema».

Esta concepción de las consecuencias como implicaciones jurídicas está estrechamente relacionada con la idea de la consistencia y la coherencia del derecho: una norma lista para la aplicación se evalúa, no sólo en función de los efectos que produce sobre el entorno del derecho, sino también por el impacto que esta norma (tal y como se interpreta) tendría sobre otras normas relacionadas. [...]

En el asunto arriba citado de Mary Murphy tenemos un buen ejemplo de implicaciones jurídicas. La An Bord Eireann piensa que el principio *la misma retribución por el mismo trabajo* no puede aplicarse a los casos de trabajos desiguales como pretende Mary Murphy, pues ello implicaría otorgar la misma retribución por distinto trabajo, lo cual parece contraintuitivo. A pesar de estar de acuerdo a nivel de razonamiento, el Tribunal contra-argumenta con otro razonamiento a partir de implicaciones normativas absurdas: si se permitiera pagar menos a una trabajadora por un trabajo superior, ¡se privaría al principio del artículo 119 de toda efectividad y se lo vaciaría de contenido! [...]

2) En el segundo caso [sentido social de ordenamiento jurídico] se trata de analizar las implicaciones de la decisión dentro del derecho como fenómeno social: como orden normativo con ciertas funciones sociales, con ciertos operadores y ciertos roles específicos y con una subcultura particular. Nos encontramos ahora con un tema difícil de controlar, por cuanto se trata de consecuencias que normalmente no figuran en la motivación, salvo que conecten con valores de rango jurídico-normativo, como, por ejemplo, la certeza jurídica, la efectividad del derecho, la posibilidad de invocar el derecho ante los órganos jurisdiccionales, etc. Además son difíciles de controlar, pues podrían conceptualizarse igualmente como repercusiones sociológicas de la decisión. Sin embargo, aquí las consideramos como implicaciones sociológicas sobre el funcionamiento del derecho mismo más que como repercusiones sociológicas en la realidad social regulada por el derecho.

El ejemplo de Mary Murphy nuevamente viene al caso, así como todas las sentencias donde el Tribunal de Justicia ha desarrollado su doctrina de efecto directo. Un núcleo de cuestiones donde se puede suponer (sólo suponer, pero no probar)

que se toman en cuenta las implicaciones en el funcionamiento del derecho son las cuestiones relacionadas con la necesidad de evitar una pléyade de asuntos que ahoguen la función jurisdiccional: si una decisión conllevara el riesgo de originar un sinfín de recursos planteados ante los tribunales, en principio sería descartable. [...]

Existen conexiones entre las consecuencias como resultados externos al derecho y las consecuencias como implicaciones internas. La cadena de consecuencias mencionadas más arriba respecto al caso Defrenne son una buena muestra. Normalmente, las consecuencias se entremezclan de forma que la subdivisión en grupos no se da en la práctica, pero desde un punto de vista analítico se puede observar cómo las consecuencias externas y las consecuencias internas funcionan de modo diverso, se detectan por procedimientos distintos y plantean cuestiones diversas también, e incluso se valoran desde criterios distintos.

b) Llegamos ahora a la segunda distinción importante al hablar de consecuencias. Se trata de la distinción entre la identificación de las consecuencias y su valoración. Hasta ahora nos hemos ocupado con cierto detenimiento de la identificación de las consecuencias a partir de las cuales se razona. Ahora nos ocuparemos [...] de su valoración. [...]

[P]rocederemos a un análisis de los criterios axiológicos dominantes en la valoración de consecuencias a partir de la clasificación que hemos realizado en el apartado A) y refiriéndonos al Tribunal de Justicia.

Las consecuencias como repercusiones en la realidad social en que se aplica el derecho se valoran desde criterios axiológicos, en principio extrajurídicos como, por ejemplo, la estabilidad económica, el crecimiento económico, la ayuda al desarrollo de países no industrializados, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la reducción de desequilibrios regionales, la paz y la libertad, la unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa son todos valores mencionados en el preámbulo del Tratado constitutivo de la CEE y que, de hecho, tienen cierta fuerza normativa, pues inspiran la actividad interpretadora del Tribunal. [...]

Respecto de los valores desde los que se examinan las *consecuencias como implicaciones en el derecho*, se trata de valores típicamente jurídicos. Destacan en un primer bloque 1) los principios *substantivos* [...] no discriminación por razón de sexo [...] realización del mercado común, aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, la libre competencia. [...]

A estos principios sustantivos [...] el Tribunal ha añadido otros por vía jurisprudencial [...], se trata 2) de los principios generales del derecho extraídos de la tradición común de los Estados miembros: derechos fundamentales, seguridad o certeza jurídica, proporcionalidad, legalidad y *rule of law*, principios de justicia formal y procesal, y de 3) los principios estructurales inherentes a la dinámica propia del derecho comunitario: primacía del derecho comunitario [...] invocabilidad directa. [...]

En un segundo bloque son de destacar 4) los principios *formales* del ordenamiento entendido como sistema jurídico: principio de unidad, consistencia, completud y coherencia. [...]

Por último, respecto a *las consecuencias como implicaciones sobre el funcionamiento del derecho*, encontraríamos un amplio y borroso conjunto de valores institucionales del derecho, que, en principio, funcionan para desechar aquellas tesis que provocarían un mal funcionamiento del derecho o alguna disfunción en el mismo, y para apoyar todas aquellas consecuencias que aseguran, directa o indirectamente, el funcionamiento armonioso, eficaz y célere del derecho comunitario, es decir, la utilización óptima de los recursos escasos de que dispone. Éste es el criterio valorativo que MacCormick [...] llama de conveniencia o *expediency* (Bengoetxea 1993: 43-53).

1) Bengoetxea, después de los fragmentos aquí reproducidos, señala en su artículo que en el Derecho o en la ética, los argumentos contrarios al consecuencialismo siguen siendo consecuencialistas. Cita al respecto un texto de Kupperman de 1981: «El argumento consecuencialista es que en cualquier caso en que no sea cierto que uno deba hacer lo que conduzca a las mejores consecuencias, la razón para ello debe estar basada en algún juicio de consecuencias [...] De acuerdo con esta postura, alguna forma de consecuencialismo debe ser correcta; la única razón válida para no hacer aquello que lleve a las mejores consecuencias [...] sería que el acto óptimo en cuestión viene excluido por alguna norma moral, algún motivo o algún sistema de actitudes que, a su vez, resultan deseables en virtud de sus consecuencias...». ¿Le parece acertado el anterior juicio, o cree que se basa simplemente en la ambigüedad de la expresión «consecuencia»? ¿Supone la distinción introducida por Summers entre razones finalistas y razones de corrección una réplica válida al juicio de Kupperman?

2) ¿Deberían los jueces explicitar siempre las razones consecuencialistas que les han llevado a tomar una determinada decisión? ¿O significa ello salirse del Derecho? ¿Quizás debieran explicitarlas únicamente si se trata de consecuencias en cuanto implicaciones, pero no si lo que se tomó en consideración fueron las consecuencias en cuanto efectos sociales de las decisiones? ¿Debió, por ejemplo, el Tribunal Supremo español tomar en consideración las consecuencias que iba a tener su decisión (en relación con la opinión pública, el prestigio del tribunal, etc.) al condenar por prevaricación al juez Garzón (*vid.* I,3.1,D)? ¿Estaría justificado que el mismo tribunal, y en el mismo caso, hubiese tomado la decisión basándose (entre otras razones) en que con ello se prevenía que en el futuro otros jueces tuviesen la tentación de tomar decisiones semejantes a la que llevó a la condena por prevaricación? ¿Y —como lo hizo— apoyándose en que con eso se estaba evitando que resultasen «laminados» los principios fundamentales del proceso penal liberal?

3) ¿Se puede distinguir realmente entre las consecuencias entendidas como implicaciones en el Derecho y la noción de coherencia?

4.3,B) «NORMAS PERVERSAS» Y ARGUMENTOS CONSECUENCIALISTAS

La utilización de argumentos consecuencialistas presupone en general alguna teoría de la eficacia de las normas. Y un aspecto de esa teoría que tiene un particular relieve en países proclives a la anomia (como, en mayor o en menor medida, lo son los del mundo latino) es el que se refiere a lo que se ha dado en llamar «normas perversas», esto es, normas generalmente incumplidas (por la gente) e inaplicadas (por los jueces y por los órganos administrativos), pero que ocasionalmente se aplican, dando lugar a efectos negativos. En los fragmentos que siguen (tomados del libro *La eficacia de las normas jurídicas*), Liborio Hierro (Hierro 2010) propone una definición de *norma perversa* y señala los efectos negativos

que las mismas tienen en relación con los destinatarios, las autoridades que las emiten, el sistema normativo en que se insertan y el grupo social de referencia:

3. *Incumplimiento, inaplicación y fracaso: la teoría de las normas perversas*

[...] [C]onviene prestar alguna atención a ciertas evidencias que la investigación de la ineficacia de las normas ha ofrecido y que ponen de manifiesto los efectos peculiares que se producen cuando una norma jurídica generalmente incumplida y generalmente inaplicada se aplica. Esto es lo que podemos entender, en un sentido estricto, por una «norma perversa».

(3.1) *El concepto de norma perversa*. [...] Sobre la base de los resultados experimentales [referidos a supuestos en que normas formalmente vigentes pero generalmente incumplidas e inaplicadas eran objeto de aplicación] Fernández Dols define la «norma perversa» como «una norma explícita e incumplible que un grupo asume o sufre por iniciativa de otro grupo o por propia iniciativa» [...]. Creo que, a la vista de sus propios estudios, la definición que ofrece debería matizarse en tres aspectos. De un lado, la calificación de «incumplible» parece excesiva, ya que él mismo maneja numerosos ejemplos de normas que *sí* son susceptibles de cumplimiento (como la de respetar el límite de velocidad), por lo que parece coherente con su definición sustituir «incumplible» por «generalmente incumplida». De otro lado, todos los experimentos realizados se refieren a casos en que la norma en cuestión era generalmente inaplicada, pero resultaba eventualmente aplicada; como enseguida veremos, los efectos de la norma perversa se despliegan precisamente en el momento en que se pretende aplicarla. Algunos de los experimentos de referencia tienen por objeto, precisamente, la norma jurídica que establece un límite máximo de velocidad, norma que —podemos asumir por experiencia— no es totalmente incumplida, aunque lo sea muy frecuentemente, y no es totalmente inaplicada, aunque su aplicación sea un tanto aleatoria y cuantitativamente mínima en relación con las infracciones. La calificación de que la norma es asumida por el grupo por iniciativa de otro o por iniciativa propia me parece innecesaria por exhaustiva. Por lo tanto, me parece que, tratando de ser fiel a sus propias conclusiones, la norma perversa quedaría mejor definida así: *Una norma perversa es una norma generalmente incumplida y generalmente inaplicada que eventualmente se aplica.*

Así entendida, la perversidad de la norma es un carácter relativo y las normas pueden ser más o menos perversas en la medida en que el suceso de su aplicación se produce más o menos y en la medida en que se desplieguen más o menos intensamente sus efectos típicos.

Lo que, de acuerdo con Fernández Dols, la norma perversa pone de manifiesto es un divorcio entre la deseabilidad de la norma y su aplicabilidad [...], divorcio que puede tener su origen en (1) el desuso o la práctica en contrario, (2) la incompetencia legislativa o (3) la afirmación social de un valor (legitimidad) a pesar de las consecuencias de la imposición de la norma. Claramente, los tres factores pueden interpretarse extensivamente: cualquiera que sea la causa que ha provocado el que una norma jurídica sea generalmente incumplida (como la falta de respeto por el Derecho, la falta de respeto por la autoridad, el conflicto de la norma con la moralidad positiva, la insuficiente capacidad disuasoria del castigo, etc.) y generalmente inaplicada (la ausencia de demanda de aplicación, la pérdida de reconocimiento por los jueces, la falta de medios de aplicación suficientes, etc.),

si la norma en esta situación puede ser eventualmente aplicada, despliega los efectos de una norma perversa.

(3.2) *Efectos de las normas perversas*. Las investigaciones a las que me estoy refiriendo han puesto de relieve algunos efectos típicos de las normas perversas. No se trata ahora de efectos colaterales (previsibles o no previsibles, positivos o negativos) que puedan derivarse —como ya vimos— del cumplimiento o aplicación de una norma jurídica, sino de *efectos negativos típicos* que se producen cuando una norma de este tipo eventualmente se aplica. Creo que los efectos constatados pueden clasificarse en cuatro grupos: (1) efectos sobre el destinatario de la aplicación, (2) efectos sobre la autoridad que aplica la norma, (3) efectos sobre el sistema normativo y (4) efectos sobre el grupo social.

Se ha demostrado que el destinatario de la aplicación de la norma, en estos casos, experimenta la decisión que recae sobre él como un agravio comparativo; habitualmente no percibirá la aplicación como un riesgo calculado ni mucho menos como un acto de justicia, sino como una consecuencia de la arbitrariedad o, en el mejor de los casos, de la mala suerte. Su actitud es, consecuentemente, una crítica a la decisión del juez (juez, en el mismo sentido amplio que ya he utilizado). En la medida en que la norma perversa provoca esta actitud en el destinatario de su eventual aplicación, su efecto disuasorio es escaso o nulo y, por el contrario, le convierte en lo que Gusfield denominaba un «desviado enemigo», es decir: el destinatario tiende a considerar que su conducta se ha ajustado a otra norma vigente que él puede oponer frente a la norma perversa que le aplican (es típicamente la actitud del que aparca en doble fila en un lugar donde hay multitud de coches aparcados en doble fila cuando la policía municipal retira su vehículo con una grúa).

Respecto a la autoridad que aplica la norma, la situación de una norma perversa implica necesariamente una gran discrecionalidad de facto y una notable desmoralización. En el ejemplo que antes utilicé de la antigua Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia podríamos reproducir así la situación: el Tribunal de Defensa de la Competencia, durante un largo periodo de tiempo, no propuso las multas que, conforme a la ley, debía proponer; existe prueba documental de que el propio Tribunal (al menos en cierto momento) estaba desmoralizado y era consciente de su ineficacia; la decisión de proponer multas cuantiosas que, finalmente, se adoptó se tomó en un contexto de gran discrecionalidad de facto, pues, aunque la ley preveía su imposición, nadie se hubiese extrañado si el Tribunal hubiese mantenido la indolente actitud anterior. La discrecionalidad de facto, como toda discrecionalidad, es susceptible de generar una aplicación selectiva movida por el favoritismo o incluso por la corrupción.

La norma perversa no limita sus efectos al hecho mismo de su aplicación eventual y a los sujetos en ella implicados, sino que, y esto tiene una particular importancia, se proyecta tanto sobre el sistema normativo como sobre el grupo social. Se ha demostrado que la norma perversa tiene un efecto contagio respecto a otras normas del sistema, más acentuado en relación con las normas más cercanas a la norma perversa. Es notorio que el cumplimiento de las normas de aparcamiento en el centro de las grandes ciudades resulta prácticamente imposible y que el incumplimiento es tan general que hace asimismo inviable una aplicación generalizada de las medidas y sanciones previstas. Es fácil observar, en mi propio campus universitario, que los estudiantes y no pocos profesores aparcan los coches en los pasos de cebra o en las aceras aun cuando existan a quince metros múltiples sitios para aparcar debidamente y es fácil observar que la obligación de ponerse el cinturón de seguridad es generalmente incumplida en las grandes ciudades españolas. Se trata, simplemente, de la deslegitimación

por contagio que sufren las normas de aparcamiento y, por extensión, las relativas al tráfico en las grandes ciudades.

El grupo social, por su parte, tiende a reaccionar ante la aplicación eventual de la norma perversa solidarizándose con el incumplidor y criticando a la autoridad. El incumplidor es percibido por el grupo como víctima, si es sancionado, y como héroe, si es capaz de eludir la sanción, mientras que la autoridad es percibida como arbitraria, autoritaria o simplemente corrupta (la espontánea «solidaridad» que despierta el «pobre» conductor cuyo vehículo aparcado en doble fila va a ser aupado a una grúa por orden de un «arbitrario» agente municipal es buen ejemplo del «prestigio» del incumplidor y el descrédito de la autoridad). La norma perversa tiende a establecer, además, una polarización entre la autoridad y los subordinados llegando a generar, con frecuencia, la aparición entre estos últimos de grupos estables que generan pautas o normas alternativas a la norma perversa. Son buenos ejemplos de estas estrategias alternativas la aparición, con gran aparato publicitario, de organizaciones comerciales dedicadas a recurrir las multas de tráfico, o los guardacoches de los restaurantes de lujo que, en connivencia con los agentes municipales, controlan zonas de aparcamiento ilegal, así como instituciones tales como el «enchufe», la «recomendación» o el «amiguismo», fenómenos todos ellos que —como señala Fernández Dols— no son tanto las causas como los síntomas de la presencia de normas perversas (Hierro 2010: 183-189).

1) ¿Es aceptable la definición de Hierro de «norma perversa»? ¿No habría que incluir en esa definición la nota de «indeseabilidad» en sí de los efectos de esas normas, esto es, indeseabilidad no únicamente como consecuencia de la aplicación esporádica de la norma? Si no fuera así, ¿no resulta equívoco calificar de «perversa» una norma que, por ejemplo, establece un límite de velocidad (si rebasar ese límite pone realmente en peligro bienes valiosos) o que autoriza a imponer una sanción (si la sanción, pongamos por caso, está razonadamente vinculada con la defensa de la competencia)?

2) ¿Podría decirse que la distinción que Hierro efectúa entre las consecuencias en relación con el sistema normativo y con el grupo social coincide con la que Bengoetxea, siguiendo a MacCormick (*vid.* VII,4.3,A), traza entre consecuencias como implicaciones en el Derecho y como resultados o repercusiones en la realidad social extrajurídica?

3) ¿Cómo podría un juez o un órgano administrativo argumentar para justificar que aplica (o que no aplica) una «norma perversa»? ¿Sería relevante para ello considerar si la indeseabilidad de los efectos de la norma se produce únicamente (o no) por el carácter esporádico de su aplicación? ¿Cabría decir que la argumentación del aplicador, en uno u otro sentido, es necesariamente una argumentación que esgrime razones *consecuencialistas*? ¿O habría que considerar que esas razones consecuencialistas están respaldadas por razones de corrección (por ejemplo, evitar un trato arbitrario)? ¿Se puede realmente separar con nitidez las razones consecuencialistas (de fin) y las razones de corrección (*vid.* IV,5,A)? ¿Jugarían algún papel en todo ello razones de tipo institucional?

4) Más adelante (IX,4) se hablará de argumentación legislativa y se mostrará por qué la argumentación en este último contexto (jurídico) es distinta a la de carácter judicial. ¿En qué sentido podría decirse que el

uso argumentativo que cabe hacer de la teoría de las normas perversas es distinto, según se trate de uno u otro contexto? ¿Quizás en el de que los argumentos consecuencialistas juegan un papel mucho más importante en la instancia legislativa que en la judicial? ¿Es así? ¿Debe ser así?

4.4,A) PREJUICIOS Y RAZONES MORALES

En *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*, Carlos Pérez Ruiz presenta un amplio estudio acerca del papel jugado por las razones morales en las argumentaciones llevadas a cabo por el Tribunal Supremo español durante el franquismo. El trabajo no se centra en los aspectos inferenciales del razonamiento, sino en las ideas morales que aparecen en las motivaciones de las sentencias y que, por lo tanto, es de suponer, jugaron un papel más o menos determinante en la resolución de los casos. Dicho de otra manera, lo que le interesa al autor no es la estructura, el tipo de razonamiento utilizado, sino el contenido, las razones morales que funcionan como premisas de los razonamientos de los jueces. Para ello examina más de 120.000 sentencias de las diversas salas del Supremo (sobre cuestiones civiles, penales, contenciosas o laborales), y llega a la conclusión de que el Tribunal Supremo habría utilizado directa o indirectamente razones morales aproximadamente en un uno por ciento de todas sus sentencias; el uso de argumentos morales vendría *marcado* por la aparición en las motivaciones de las sentencias de *descriptores morales*, como «ética», «moral», «fidelidad», «lealtad», «honestidad», «moral media comunitaria», «moral social», «personas honestas», etc. Las conclusiones a las que el autor llega (resumidas en la parte final del libro) constituyen una buena advertencia del peligro (por supuesto, mucho mayor en sistemas dictatoriales y cerrados al exterior como fue el español durante la etapa franquista) de confusión entre razones morales (de cierta moral social) y prejuicios:

> Un breve resumen estadístico de los asuntos en que se ha usado argumentación moral durante el periodo examinado permite afirmar que ésta ha sido usada con preferencia en relación con la conducta privada de las personas, y en especial en relación con la vida sexual y familiar, en contraste con el escaso número de referencias morales en relación con la actividad pública, sea política, económica, tributaria o administrativa. [...]
>
> A veces, las alusiones son directas a dichas fuentes [las de la ortodoxia católica] y así, por ejemplo, se nombra la Sagrada Escritura para justificar la distinción entre hijos naturales y legítimos; otras veces se recogen palabras empleadas por los políticos del régimen, viniendo a ser, v. gr., la guerra civil una «guerra de Cruzada».
>
> En el mayor número de casos, es la «moral cristiana» o la «interpretación cristiana de la vida» la que sirve para juzgar moralmente ciertas conductas. Las religiones no católicas atentan a la «unidad espiritual de la patria». Los miembros de la Jerarquía son considerados Autoridad del Estado. [...]
>
> En el mundo del trabajo, hay una clara diferencia entre el tratamiento dado a los trabajadores por cuenta ajena y el que se otorga a las profesiones liberales,

en especial, la Abogacía, Medicina, Enseñanza e Información. Mientras que el primer deber moral del trabajador es la lealtad al patrono y a la empresa, las otras profesiones se configuran como revestidas de una especial dignidad que no se aprecia en el trabajador asalariado, pero sí en el patrono, cuya figura aparece frecuentemente comparada al «buen padre de familia». [...]

La huelga es condenada como ilícita, y contraria a principios universales de justicia social. [...]

La enseñanza, junto con la justicia y el ejército, «eleva el nivel moral de los pueblos». El Profesor está dotado de un ascendiente moral sobre los jóvenes, de donde su obligación de ser probada y públicamente honesto. Es su deber atenerse a los principios de la moral y el dogma católico, frente a enseñanzas «naturalistas». [...]

La conducta sexual da lugar a la mayor cantidad de argumentos morales; directa o indirectamente, muy cerca de la mitad de todo el material estudiado.

No obstante, tan gran cantidad de razonamientos se refieren, en general, a unas pocas situaciones muy determinadas.

[...] [P]ueden sintetizarse [las palabras utilizadas] en no más de ocho descriptores de moral sexual que a su vez sirven para juzgar muy pocas situaciones típicas, por otra parte, suficientemente conocidas y nada originales. Los descriptores son: honestidad; moral —o moralidad— sexual colectiva —o pública— media española; orden establecido culturalmente mediante normas, estándares o costumbres contingentes y predominantes; sentimiento moral colectivo; pudor social; valores éticos comunitarios; personas honestas; libertad sexual individual.

La moral sexual del varón consiste fundamentalmente en no ser homosexual, conducta esta calificada con los epítetos más denigrantes: «aberración sexual», «repugnante porquería», «nefando vicio», «acto contra natura» y un largo etcétera.

La mujer es concebida con los siguientes rasgos: debilidad natural y física, ocupando un especial papel en la familia y la sociedad, pero sin decirse cuál; honestidad como equivalente a virginidad, y ésta a doncellez; pudorosa, como defensora de su virginidad frente al varón; sexualmente pasiva; sujeto de una cierta libertad sexual, que puede llevarla a «fornicar», aunque no a delinquir, si dispone de ella fuera de los casos de prostitución y aborto, claramente condenados.

La juventud, que incluye a los menores de veintitrés años, tiene instintos naturalmente morales que han de ser defendidos. Las mujeres menores son frágiles, ingenuas y cándidas y su protección ha de ser mayor frente a los ataques de los mayores, aunque los menores varones tienen derecho a la misma protección que las hembras. La peor depravación moral es la corrupción de los menores.

La moral colectiva obliga a una lucha atenta y constante contra la obscenidad que implican las representaciones pornográficas. [...]

El marido es fundamentalmente padre de familia. Sus faltas principales son el abandono de la misma y el amancebamiento, que no ofende tanto a la esposa cuanto a la moral colectiva, representada por las «personas honestas». El «buen padre de familia» trasciende el ámbito familiar para transformarse en figura típica en otros campos de la vida pública y contractual. Su potestad de dirección se basa en la naturaleza, la religión y la historia, lo que le confiere una específica dignidad, el «honor de padre».

La esposa es, en primer lugar, una esposa fiel, fidelidad que resulta tanto del orden sacramental como del civil. Su adulterio ofende al marido y a los hijos más que a la moral colectiva. La diferencia de trato entre la infidelidad femenina y la del varón es suficientemente conocida, y confirmada en numerosos textos, que permiten hablar de una figura híbrida, el «cuasi-adulterio», en casos que no ofrecen pruebas fehacientes. La mujer como madre queda incluida en la patria potes-

tad del cabeza de familia, por lo que prácticamente desaparece como tal, siendo su rol más relevante el de esposa, y «esposa fiel» (Pérez Ruiz 1987: 271-276).

4.4,B) ELECCIÓN DE SEXO

En noviembre de 1990, la Audiencia de Barcelona revocó una decisión de un juez de Mataró que había autorizado la inseminación artificial de una mujer (con semen del marido) para que alumbrara «un ser humano del sexo femenino». La mujer en cuestión tenía ya cinco hijos varones y, de acuerdo con varios dictámenes médicos, padecía una «depresión reactiva» originada en su deseo de tener una niña que podía curarse con el embarazo que pretendía; la técnica que emplear para ello era sencilla y sin riesgos. La Audiencia consideró, sin embargo, que la decisión del juez no sólo iba en contra de un determinado artículo de la Ley de Reproducción Humana Asistida de 1988[6] que prohíbe la selección de sexo salvo por razones terapéuticas a favor de la descendencia (por ejemplo, para evitar la transmisión de enfermedades como la hemofilia que sólo pueden padecerla varones), sino que además vulneraba principios éticos fundamentales, como el respeto a la dignidad humana:

PRIMERO. [...] [Los informes de diversos comités en la materia] expresan y hacen constante referencia a unos «principios» que en armonía con la evolución y desarrollo de la civilización cristiano-occidental, tienen como punto de máxima definición el concepto de la «dignidad humana en armonía con la proyección solidaria y, por ende, social del ser» [...]

SEGUNDO. [...] [E]l principio absoluto de la *dignidad humana* es una conquista del mundo democrático y civilizado en el que el progreso individual y social debe estar basado en su respeto y desarrollo [...] prácticamente la totalidad de los estudios sobre la problemática de la denominada «ingeniería genética» coinciden en afirmar *la necesidad de imponer al investigador el respeto a la ética imperante*, de lo contrario, el futuro puede ser impensable o sencillamente monstruoso, al disponer los especialistas de material genético o instrumental, que les permita o sencillamente tiente a ceder a curiosidades o ensayos aberrantes. [...]

TERCERO. [...] En conclusión, «*los derechos del niño deben prevalecer sobre los derechos al niño, los derechos sobre los resultados de la fecundación deben anteponerse a los de los progenitores; la madre es para el hijo, no el hijo para la madre*», una intromisión científica capaz de «desintegrar o modificar» la entidad o patrimonio genético de la concepción, salvo aquella exclusiva y trascendente finalidad terapéutica, conlleva una problemática ético-moral muy grave, por incidir «ab initio» en una estructura de «personalidad». Jacques Testad afirma y se refiere a la *ética del no descubrimiento*, resaltando a pesar de su propia confesión de «agnosticismo» el carácter «sagrado» del huevo humano, rechazando tajantemente su manipulación para establecer el sexo del niño, que solamente puede justificarse, y así se reitera, por una exclusiva finalidad terapéutica en su beneficio; fuera de tales precisos parámetros de «ratio legis» no puede alterarse un patrimonio que es absolutamente intangible a la manipulación genética (Blázquez Fernández). [...] [L]a

6. La ley ha sido reformada en dos ocasiones, pero subsiste esa prohibición. Sin embargo, la elección de sexo está permitida en algunas legislaciones, como la inglesa.

manipulación o alteración mediante las adecuadas técnicas, de la natural proporción que cada espermatozoide contiene en sí de los cromosomas X e Y, potenciando cualquiera de sus respectivas «presencias» a los efectos de incentivar al máximo la posibilidad de engendrar un nuevo «ente» del «género especialmente deseado», supone y comporta una «manipulación» siquiera sea desde el factor «origen» de aquel concreto «código» o «estructura de definición», lo que indudablemente, excluida aquella finalidad terapéutica, incorpora e integra una maniobra, un «hacer» que lesiona, desconoce y conculca todo el sentido de pautas y principios que inspiraron y se definieron en la Ley de 22-XI-1988, que en su expresa prohibición tipificada en el apartado n) del artículo 20, conjuga, contiene y realiza las esencias y valores de aquellas premisas integradas dentro de la «dignidad humana» proclamada en nuestra Constitución como Derecho Fundamental. [...]

QUINTO. [...] [E]s igualmente de resaltar que la misma [la autorización del juez a elegir el sexo del bebé], tal y como precedentemente se ha expuesto y razonado, implica lesión o agravio al valor supremo de la dignidad humana y a los principios éticos conforme a los conceptos que por precisados no se reiteran, lo que determina la revocación del auto apelado (auto de la Audiencia Provincial de Barcelona es de 12 de noviembre de 1990, en Romeo Casabona 1997).

1) ¿Son buenas razones morales las que esgrime la sentencia, o simples prejuicios que probablemente tengan (y, sobre todo, tenían entonces) un notable arraigo en la moralidad social? Véase el siguiente comentario a aquella sentencia:

Los argumentos que me ha parecido encontrar tanto en la decisión señalada [la de la Audiencia] como en la discusión a que hacía referencia [la que suscitó el caso en la opinión pública] son los siguientes.

El primero viene a decir (reproduzco fragmentos de la decisión de la Audiencia) que «la filosofía de todas las declaraciones y conclusiones adoptadas respecto del tema» coincide en afirmar «la necesidad de imponer al investigador el respeto a la ética imperante», pues en otro caso «el futuro puede ser monstruoso»; dicho de otra manera: «no se puede autorizar todo aquello que es técnicamente posible». Ahora bien, al argumentar así se incurre en una manifiesta *petición de principio*, esto es, se presupone aquello que se debe probar: los magistrados —y quienes piensan como ellos— pueden tener razón en lo que dicen, pero sólo después de mostrar que, en efecto, la elección de sexo es inmoral, que la «ética imperante» (si es que, efectivamente, es ésa) no refleja, en este caso, un simple prejuicio, y que autorizar esa conducta nos llevaría a ese «futuro monstruoso».

Otro de los argumentos utilizados en el auto de la Audiencia hace referencia a que, al elegir el sexo, los padres estarían tratando a un ser humano —el futuro niño— como un instrumento cuando, al parecer, las cosas deberían ser más bien al contrario: «los derechos del niño deben prevalecer sobre los derechos al niño, los derechos sobre los resultados de la fecundación deben anteponerse a los de los progenitores; la madre es para el hijo, no el hijo para la madre». Sin embargo, aun aceptando —como parece razonable hacerlo— esto último, no me parece que de ahí se siga que la elección del sexo implica atentar contra la dignidad del futuro ser humano. En primer lugar, porque la pertenencia a uno u otro sexo no es —como resulta obvio— una propiedad que tenga que ver con la dignidad: nadie es más o menos digno por haber nacido mujer o varón. En segundo lugar, porque no se comprende por qué, en este caso, dejar que actúen simplemente las leyes del azar sea más conforme con la dignidad que permitir la intervención humana. Y fi-

nalmente, porque aceptamos que los padres controlen circunstancias como el momento del nacimiento del niño (de acuerdo con sus conveniencias laborales, planes de vida, etc.) sin pretender que, por ello, estén «instrumentalizando» al niño.

El último argumento —surgido en el contexto de la discusión a que aludía— puede expresarse así: una característica esencial de la ética es que sus principios deben ser universalizables; sin embargo, el de la elección de sexo no lo sería, pues no parece que podamos extenderlo a todas las sociedades, dado que en no pocos lugares del planeta los padres tienen una manifiesta preferencia en favor del nacimiento de niños; autorizar la elección de sexo sí que podría conducir, entonces, a un «futuro monstruoso». Pues bien, no me parece que este argumento esté bien planteado, puesto que la universalización de los principios de la ética es compatible con que los mismos se formulen en forma condicional. Así, de la misma manera que consideramos que la prohibición de matar es un principio moral, pero exceptuamos los supuestos de legítima defensa o de estado de necesidad, podríamos considerar también moralmente permitida la elección del sexo, pero no en cualquier circunstancia (por ejemplo, no cuando —o donde— las preferencias en favor de uno u otro sexo no tiendan a anularse entre sí). La universalización, en ambos casos, tiene que referirse al principio formulado de manera completa.

Naturalmente, del hecho de que las tres razones que hemos examinado no resulten convincentes no puede pasarse sin más —sin cometer una falacia— a afirmar que no existe ninguna razón. ¿Pero alguien conoce algún argumento que verdaderamente muestre que la elección de sexo es inmoral? (Atienza 2010: 86-89).

4.4,C) ¿POR QUÉ NO ES SUFICIENTE CON APELAR A LA MORALIDAD SOCIAL?

Muchos juristas consideran que el razonamiento jurídico contiene (o puede contener) referencias a valores morales, pero que el juez que justifica una decisión no puede ir más allá de los valores incorporados en la moralidad social. Alchourrón y Bulygin dan incluso un paso más en esa dirección y entienden que si no en todos, al menos en muchos de los casos en los que los jueces utilizan premisas con términos valorativos no podría decirse propiamente que formulan «juicios de valor», sino simples «proposiciones axiológicas» que son puramente descriptivas; «no valoran, sino que se limitan a registrar las valoraciones del grupo social al que pertenecen» (Alchourrón y Bulygin 1991: 316)[7].

El punto de vista que defiende Kent Greenawalt en su libro *Law and Objetivity* (Greenawalt 1992) difiere de manera considerable de la opinión anterior. Greenawalt considera que las decisiones judiciales (en los sistemas de *common law*) envuelven a menudo referencias a «fuentes más

7. «El uso primario de tales términos [‘bueno’, ‘correcto’, ‘equitativo’, etc.] es para valorar, esto es, para formular juicios de valor. Los juicios de valor, cualquiera que sea su naturaleza, implican alguna clase de aprobación o desaprobación. Pero los términos valorativos también pueden ser usados descriptivamente, en enunciados que no expresan valoraciones (aprobación o desaprobación), sino proposiciones fácticas, es decir, proposiciones a los efectos de que la cosa en cuestión satisface las pautas o criterios valorativos de una cierta comunidad o grupo social» (*ibid.*: 315).

amplias» y externas al Derecho, entendiendo por tal la apelación a la moral social («moralidad cultural» en su terminología), a la moral política justificada («sound principles of political morality») y a objetivos de eficiencia económica (que sería una subcategoría de las dos anteriores: de la moral social y de la moral justificada). Pone como ejemplo de decisión en que habría jugado un papel decisivo la referencia a la moral social, el caso *Repouille*, resuelto por el Tribunal del segundo circuito de los Estados Unidos en 1947 (Repouille *vs.* United States, 165 F. 2d 152 [2d Circ. 1947]). Pero Greenawalt entiende que para defender la objetividad del Derecho, la tesis de que en todos o en la mayoría de los casos existe una respuesta correcta, no basta con apelar a la moralidad social; se necesita también que las cuestiones acerca de la moral política justificada tengan una respuesta correcta:

A efectos prácticos, puede que no haya una gran diferencia en relación a si quienes interpretan y aplican el Derecho consideran que se basan exclusivamente en materiales jurídicos, o bien que se apoyan directamente en fuentes más amplias, pero [...] la cuestión tiene una considerable significación teórica. Después de ofrecer un caso ilustrativo y de hacer alguna clarificación o cualificación inicial, defenderé la tesis de que las decisiones [judiciales] envuelven a menudo referencias directas a fuentes más amplias.

En el conmovedor caso de Repouille *vs.* United States, la motivación de Learned Hand describía de esta manera la cuestión jurídica:

«El fiscal del distrito, en nombre del Servicio de Inmigración y Naturalización, ha apelado una orden de naturalización de Repouille. La objeción es que no mostró ser una persona de 'buen carácter moral' durante los cinco años que precedieron a la presentación de su petición. Los hechos fueron los siguientes. La petición se presentó el 22 de septiembre de 1944, y el 12 de octubre de 1939 había dado muerte de manera deliberada a su hijo, un chico de trece años, por medio de cloroformo. Su razón para esa trágica acción fue que el chico había 'padecido desde su nacimiento un daño cerebral que le había condenado a ser un idiota y una monstruosidad física con malformaciones en todos sus miembros. El chico era ciego, mudo y deforme. Tenía que ser alimentado; los movimientos de su vejiga y de su intestino eran involuntarios, y toda su vida la había pasado en una pequeña cuna'. Repouille tenía otros cuatro hijos en ese momento, en relación con los cuales había sido siempre un padre responsable y cumplidor de sus deberes; podía asumirse que su acto consistió en ayudar a su crianza, que había quedado comprometida por la carga impuesta sobre él con el cuidado del quinto. La familia dependía completamente de su trabajo para subsistir. Fue acusado de homicidio en primer grado; pero el jurado lo transformó en un veredicto de homicidio en segundo grado con una recomendación de 'extrema clemencia'; y el juez lo dejó en libertad condicional».

La motivación asumió que el que Repouille tuviera un «buen carácter moral» dependía de si su acto de homicidio era moralmente condenable. ¿Cómo debía contestar un tribunal a esa cuestión? Podemos pensar en extraer una conclusión a partir de materiales jurídicos, o en calificar la conducta en relación con la moralidad cultural dominante, o en tratar de decidir si en sí la conducta era seriamente inmoral, o quizás en emplear algún estrafalario test de eficiencia económica.

El tribunal dijo que las convenciones morales aceptadas determinaban «un buen carácter moral». El juez Jerome Frank disintió sobre la base de que el test legal correcto era el de la «actitud de nuestros líderes éticos». Ninguna de las

motivaciones consideró que las normas jurídicas existentes tuvieran un valor determinante en relación a si el haber dado muerte a su hijo por parte de Repouille era o no compatible con tener un buen carácter moral.

El hecho de que puedan ser relevantes fuentes más amplias no significa que sea irrelevante una discernible ordenación de valores dentro del Derecho. El Derecho suministra indicios [*evidence*] sustantivos acerca de la moralidad cultural y puede guiar el pensamiento de un juez acerca de la moralidad política justificada [*sound*]. Pero incluso dejando a un lado ese significado indiciario, cualquier ordenación que indique el Derecho es apropiado que importe a los efectos de cómo sería interpretada o aplicada una referencia abierta dentro del Derecho. Mi tesis es sólo que la moralidad cultural, la eficiencia económica y los principios justificados de moralidad política cuentan también directamente, que cómo los jueces y los jurados llenan las normas abiertas del tipo que he mencionado no es sin más una cuestión de tratar de discernir cómo trata el Derecho los valores relevantes.

Este punto resulta más obvio cuando uno considera cuestiones que se plantean a los jurados como la de si una conducta es razonable. En algunos casos penales y de responsabilidad civil puede que no haya una disputa importante acerca de lo que realmente ocurrió, o incluso acerca del estado mental o el conocimiento previo de un acusado o un demandado. Sin embargo, el jurado debe determinar si el acusado o demandado actuó razonablemente (o, en Derecho penal, actuó apartándose totalmente de lo que habría hecho una persona razonable). [...]

El jurado tiene que hacer una evaluación similar [a la de aplicar un estándar de conducta razonable] cuando examina pretensiones de valor que compiten entre sí por una defensa general de carácter justificativo, al decidir si el daño evitado por el demandado es mayor que el que el Derecho trata de impedir. En algunas jurisdicciones, este «sopesamiento de valores» para esa defensa lo hacen los jurados; en otras jurisdicciones, los jueces. Nadie ha sugerido que la naturaleza de esa indagación cambie radicalmente según quién la haga. Si la evaluación del jurado no está determinada por valores tomados de alguna manera del Derecho, tampoco lo estará la de los jueces. Muchos otros estándares aplicados por jueces, tales como «castigo cruel e inusual», no puede razonablemente entenderse que sean totalmente dependientes de lo que uno pueda extraer del mismo cuerpo del Derecho, incluso si se considera que el cuerpo incluye los diversos principios y teorías que ayudan a explicarlo. Así, concluyo que no sólo después de una mirada superficial, sino también después de un examen más en profundidad, nuestro Derecho contiene estándares que requieren que los jueces y los jurados hagan referencia a fuentes más amplias para interpretar y aplicar el Derecho. [...]

La tesis extrema de que toda cuestión jurídica tiene una respuesta correcta puede mantenerse si hay siempre una respuesta correcta en cada una de las fuentes más amplias que sean relevantes. Una posibilidad concebible es que todos los argumentos apropiados tomados de fuentes más amplias sean juicios basados en la moral cultural, que la determinación de la moralidad cultural sea una investigación —de carácter fáctico— psicológica y sociológica, y que tales investigaciones fácticas acerca de las actitudes dominantes tengan respuestas determinadas. Puesto de esta manera simple, esta aproximación no puede constituir la base para una respuesta correcta para cada caso. Comoquiera que se interprete, la moral cultural dominante no tendrá una opinión para todos los temas. Las opiniones estarán divididas en partes demasiado iguales o demasiada poca gente tendrá opiniones. Una dificultad incluso más importante es que la moralidad cultural no puede ser interpretada de manera neutral por los jueces. En el caso *Repouille* [...] el juez Frank en su voto en disidencia argumentó que el estándar debería estar constituido por las opiniones de los líderes éticos. ¿Qué moralidad cultural debe contar

para la pena de muerte? En las encuestas de opinión pública, la mayor parte de la gente apoya la pena, pero supongamos que resultara que la mayor parte de la gente que conoce de cerca su funcionamiento, la mayor parte de la gente que ha pensado sobre el tema a fondo, y la mayor parte de los «expertos» en los campos relevantes piensan que la pena de muerte es moralmente inaceptable. ¿Apoya la moralidad cultural dominante la pena de muerte, la rechaza o carece de criterio al respecto? Puesto de manera más abstracta, ¿cómo de grande tiene que ser el tamaño de un grupo disidente para que uno concluya que no hay un criterio de moralidad cultural sobre una cuestión? ¿Cuentan todas las opiniones lo mismo o hay que dar más peso a las de los que están en contacto estrecho con una práctica, tienen un sentimiento más intenso, o han pensado más sobre la cuestión? ¿Hasta qué punto importa la conducta real en comparación con las creencias profesadas? ¿Los puntos de vista del pasado histórico próximo cuentan sólo como prueba de las opiniones presentes, o tienen un peso por sí mismos? Determinar la moralidad cultural *no es sólo* descubrir los hechos: dos observadores con perfecto conocimiento acerca de la conducta y de las creencias reales y profesadas de la gente pueden estar en desacuerdo acerca de si, *en conjunto*, la comunidad acepta o rechaza una práctica. Para los casos en los que la moralidad cultural es central y es dudosa, tiene que tomarse una previa decisión normativa acerca de cómo debe entenderse esa moralidad. Dado que parece improbable que el Derecho por sí mismo conteste de manera completa a esta cuestión, se necesita algún juicio de moralidad política justificada. Así, una respuesta correcta a estos casos dependerá de si hay una respuesta correcta de moralidad política justificada (pp. 188-189 y 216-217).

1) ¿Tienen razón Alchourrón y Bulygin al sostener la tesis antes recogida y según la cual «la figuración de predicados valorativos en normas jurídicas y su uso por el juez cuando afirma que ciertos bienes tienen la calidad de mercadería o que un alquiler es justo o que una persona no adoptó precauciones razonables o no ejerció los cuidados de un buen padre de familia no implican, por sí, que el juez debe efectuar valoraciones para determinar si tales predicados son o no aplicables a un caso particular» (p. 316)? ¿No cabría decir que la justificación (externa) de la premisa fáctica (o la argumentación para resolver un problema de calificación) exige, además de la premisa que ellos indican, otra que supone, precisamente, la «aceptación» o aprobación del uso de ese criterio (o sea, el juicio de valor descriptivo, por sí mismo, no puede cumplir una función justificativa)?

2) ¿Sería posible sostener que el recurso a esas «fuentes más amplias» a las que se refiere Greenawalt es frecuente (y aceptable) en los sistemas de *common law* pero no en los de Derecho continental?

3) ¿Le parece acertada la posición de Greenawalt? ¿Supone la misma un concepto amplio del Derecho incompatible con el del positivismo jurídico?

4.5,A) UNA CONCEPCIÓN OBJETIVISTA Y SOCIETARISTA —O DISCURSIVA— DE LA MORAL

Carlos Nino defendió en varias de sus obras una forma moderada de objetivismo ético a la que denominó «constructivismo epistémico» y que, como se ha señalado en VII,4.5, es bastante semejante a la de Rawls y, todavía

más, a la de Habermas. En su libro póstumo *Derecho, moral y política*, Nino subrayó la importancia de la distinción en el plano metaético (o sea, de teoría de la ética) entre las posiciones individualistas y las societaristas: mientras que las primeras sostienen que «la moral es cosa de cada uno», «las posiciones societaristas, en metaética, hacen intervenir a un grupo social en la constitución o en el conocimiento de la moral» (Nino 1994: 163). Esa distinción se aplica tanto a las concepciones escépticas o relativistas de la moral como a las objetivistas, y su importancia radica en que el societarismo moral parece indispensable para poder conectar la moral con la política (y permitir con ello la conexión del Derecho tanto con la moral como con la política). En relación con las posiciones objetivistas o realistas, la distinción entre individualismo y societarismo marcaría la diferencia existente entre, por un lado, una concepción de la moral como la de Kant y, por otro lado, la de autores como Apel o Habermas. En su opinión, «el proyecto kantiano intenta mostrar que la capacidad individual del conocimiento práctico tiene ciertos presupuestos y condiciones —como los que están implícitos en las tres formulaciones del imperativo categórico— que determinan la validez de ciertos principios sustantivos de justicia y moralidad social» (p. 166). Pero ese planteamiento estaba expuesto a la crítica de Hegel, consistente en «proponer como básicas para la constitución de principios morales sustantivos las *Sittenlichkeiten*, o sea, las costumbres de una sociedad» (p. 167). Sin embargo, un convencionalismo de este tipo le parece a Nino cuestionable, puesto que «consagra *a priori* un conservadurismo moral absoluto» (*ibid.*). Y ve la solución a ese problema en la asunción de una teoría de la moral que se apoye en la práctica de la deliberación colectiva. A su vez, dentro de este segundo grupo, establece una alternativa entre quienes sostienen que la validez de los principios morales depende del consenso efectivo que se logre en una discusión real (posición en la que sitúa a Habermas), o bien (aquí es donde él se sitúa) de los presupuestos de esa discusión, cualquiera que sea el consenso efectivo:

> Este tipo de consideraciones [se refiere a la crítica a los planteamientos de Hegel] ha llevado a algunos pensadores, como Karl Apel o Jürgen Habermas, a intentar explicar la crítica hegeliana a Kant apoyándose no en concepciones morales sustantivas, sino en una práctica social más básica y general: la práctica de la deliberación colectiva en materia práctica. Ello tiene la ventaja de partir del punto donde se atascan, como se dijo, la mayoría de las teorías metaéticas: dado que éstas no dan cuenta de diversos aspectos de la praxis de la discusión moral, se debe, entonces, comenzar por observar la configuración de esa práctica. A diferencia del proyecto kantiano, este de la deliberación colectiva puede agregar a las condiciones de la capacidad individual y universal del razonamiento práctico nuevas condiciones que surgen de la práctica social de la discusión moral y que, junto con las anteriores, pueden constituir una plataforma lo suficientemente sólida como para permitir la derivación de principios definidos sustantivos.
>
> Pero, a diferencia del convencionalismo de pensadores como el mismo Hegel, aquí el intento no está sujeto a la variabilidad de las costumbres morales sustantivas, ni se compromete, en consecuencia, con actitudes acríticas frente a

tales costumbres. Esta posición descansa, en cambio, en una práctica social que es mucho más básica que tales costumbres sustantivas y que es mucho más general que ellas. Ello permite criticar las costumbres de una determinada sociedad, ya que [...] esta práctica discursiva permite criticar cualquier institución o práctica social. [...] [E]sta práctica ha sido vinculada por la modernidad a la moral positiva como un método de revisión de esa moral.

Nos referimos a este discurso moral, discurso justificatorio amplio, en los capítulos anteriores, cuando indicamos que otros discursos prácticos, como el jurídico, están sometidos a él y sólo proporcionan razones en las áreas de permisibilidad o de indiferencia fijadas por ese discurso amplio.

Esta posición tiene la limitación de referirse a una práctica social que, como tal, es históricamente contingente. Es posible advertir la posibilidad de una práctica discursiva con presupuestos diferentes, por ejemplo, presupuestos que vinculen las razones justificatorias con las prescripciones de una autoridad humana, divina o tradicional. Frente a ello, el partidario del discurso moral, como punto arquimedeano de la justificación moral, señalará, en primer lugar, que nuestra práctica discursiva es muy general, ya que ha ido expandiéndose desde el Renacimiento y la Ilustración hasta abarcar a una buena parte del planeta, aunque no cubra toda la sociedad actual, ni siquiera a todos los grupos de sociedades en los que prevalece. Pero, por otra parte, se agregará que algunos de los presupuestos del discurso moral moderno indican la generalidad de sus principios —sin que estén limitados por circunstancias identificables por descripciones definidas, como las de tiempo y lugar— y su universalización, en el sentido de que una vez aplicado el principio a una situación, es extensible a cualquier otra situación que no difiera de la anterior en propiedades relevantes para el mismo principio.

Así pues, los presupuestos de nuestra práctica discursiva nos llevan a aplicar los principios que derivan de ellos aun a aquellos que no los pueden reconocer por partir de presupuestos discursivos diferentes (a quienes tal vez podamos excusar de las consecuencias de no reconocer tales principios, precisamente por no poder reconocerlos). En realidad, la posición de quienes no aceptan los presupuestos de nuestro discurso moral nos resultará ininteligible porque emplean un esquema conceptual básico radicalmente distinto y porque no hay conceptos más fundamentales que nos permitan traducir sus concepciones a las nuestras.

Sin embargo, esta concepción, basada en la práctica de la discusión justificatoria, no resulta compacta. [...] Las alternativas principales [...] son: por un lado, la que sostiene que la validez de los principios morales intersubjetivos está dada por el consenso efectivo que se logre en una discusión real que satisfaga ciertos presupuestos —lo que constituye lo que Habermas llama «situación ideal de comunicación»— y, por otro, la que sostiene que la validez de los principios morales sustantivos está dada por la satisfacción de los presupuestos, cualquiera que sea el consenso efectivo que se conforme en una discusión real. [...]

En otros puntos he intentado demostrar que la posición más plausible es la segunda y no la primera. [...]

De modo que [...] los principios morales se constituyen a partir de presupuestos de la práctica deliberativa de justificar acciones y decisiones, presupuestos como las condiciones formales de generalidad, universalidad, superveniencia[8], pu-

8. La noción de superveniencia la toma Nino de Hare, el cual la explicaba así: «Si un pasajero de un tren le dice a su vecino de asiento 'No debe fumar en este vagón, pero sí puede hacerlo en el siguiente', está comprometido a indicar alguna diferencia fáctica relevante entre uno y otro vagón (como, por ejemplo, la existencia de un cartel de prohibición en

blicidad y finalidad que todo principio debe satisfacer, presupuestos como el del valor de la autonomía en la adopción de principios [...] y como el de imparcialidad que define la validez de los principios intersubjetivos.

En otras obras he tratado de mostrar cómo de estos presupuestos de la práctica del discurso moral se derivan principios sustantivos [el de autonomía, el de inviolabilidad de la persona y el de dignidad] que establecen un conjunto de derechos fundamentales (Nino 1994: 167-170).

La existencia de principios morales sustantivos racionalmente justificados permite entender que los criterios (por ejemplo, de evaluación de decisiones judiciales) basados en razones de moral positiva estén subordinados a los de la moral crítica, si bien Nino se esfuerza también en mostrar que los juicios de moral social y de moral crítica no están desconectados entre sí. Victoria Roca expone y explica así la postura de Nino al respecto:

Nino considera que es importante dar cuenta de estas diferencias [entre la moral crítica, ideal o válida —que corresponde al punto de vista interno— y la moral positiva, social o convencional —que corresponde al punto de vista externo—] para no recaer en el error en el que incurren, por un lado, las posiciones relativistas que, «sobre la base de la supuesta variación de los sistemas sociales vigentes en diferentes sociedades, pretenden inferir que la validez de los juicios morales críticos que formulamos está supeditada a circunstancias personales, espaciales y temporales que no están recogidas en los mismos juicios» y, por otro, las posiciones como el positivismo moral, según el cual «es la mayoría de la sociedad la que determina los estándares de bondad y corrección moral»[9]. Ahora bien, la distinción conceptual entre moral positiva y moral crítica en el ámbito de los juicios morales sustantivos, y entre punto de vista interno y externo en relación con el discurso moral, no ha de hacernos olvidar relaciones importantes entre ellos. Según Nino, tales relaciones serían las siguientes:

1. La moral social o positiva es el producto de la formulación de juicios con los que se pretende dar cuenta de principios de una moral ideal: «Sin la aspiración de actuar y juzgar de acuerdo con una moral ideal no habría moral positiva. [...] Una moral social se mantiene sólo en la medida en que hay cierta convergencia en los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular»[10].

2. Pero también se da la relación inversa. Así, en el caso del discurso moral que contribuye a generar las pautas de conducta morales, nos damos cuenta de que existe una dependencia del punto de vista interno del discurso moral respecto del externo, puesto que la práctica del discurso moral con sus criterios subyacentes (que no es moralmente justificable sin circularidad, aunque su expansión sea causalmente explicable) es un producto histórico. Podemos distinguir entre la actual práctica del discurso moral —cuyo surgimiento histórico puede situarse en la Ilustración— y otras que estarían basadas en la autoridad divina o en la tradición. Pero esta dependencia no implica que pueda considerarse como un argu-

uno pero no en el otro). En cambio, esto no ocurre en el caso de una orden o de una norma jurídica. Si el reglamento del ferrocarril dispone que no se debe fumar en los vagones pares, pero sí se puede en los impares, no se presume que esto tiene que estar fundado en alguna diferencia fáctica relevante entre las dos clases de vagones» (*vid.* Roca 2005: 345, nota 138).

9. Las dos citas se refieren a la obra de Nino *Ética y derechos humanos* (1984).

10. La referencia es de nuevo a *Ética y derechos humanos*.

mento válido desde el punto de vista interno el que cierto juicio no se conforma con una práctica, ya que los criterios de validación de ese discurso establecen que ningún hecho, salvo la aceptabilidad de un principio opuesto en condiciones ideales, sirve para descalificar un juicio normativo (Roca 2005: 322-323).

1) ¿Tiene razón Nino al atribuir a Habermas la tesis de que para este último, la validez de los juicios morales dependería del consenso efectivo de una discusión racional? En todo caso, ¿es acertada la posición de la ética que defiende Nino? ¿Existen realmente principios éticos de carácter objetivo? ¿Tiene sentido calificarlos de «objetivos», dado que no son absolutos, sino que se circunscriben —como se ha visto— a una determinada práctica: la del discurso racional?

2) ¿Cómo se podría hacer operativa esta concepción de Nino a la hora de evaluar una decisión judicial?

4.5,B) RAZÓN PÚBLICA Y RAZONAMIENTO JUDICIAL

La noción rawlsiana de «razón pública» (*vid.* I,2,C) puede servir para marcar tanto la necesidad como el límite del uso de argumentos morales (de moralidad política) por parte de los tribunales. En los extractos que siguen, tomados de su trabajo «Doce años más. Últimos desarrollos del pensamiento de John Rawls», Miguel Ángel Rodilla introduce esa noción de «razón pública» tomando como punto de partida el razonamiento judicial en un Estado constitucional, razonamiento al que Rawls asigna un papel ejemplar. Luego se refiere a las razones «no públicas» que forman parte de la «cultura de fondo» de una sociedad y a su eventual papel en el discurso político público. Para terminar reprochándole a Rawls el haber incurrido en un tratamiento «insuficientemente diferenciado» de la idea de razón pública:

La concepción rawlsiana de la razón pública responde a una reflexión sobre los tipos de argumentos que son admisibles en un régimen constitucional democrático para justificar decisiones públicas. Determinante en ella es una consideración sobre las condiciones históricas en las que ha de desenvolverse una sociedad moderna, en la que se ha instalado de forma permanente e irreversible el «hecho del pluralismo». [...]

La tesis de Rawls es que cuando los ciudadanos se embarcan en procesos de discusión pública sobre cuestiones básicas de justicia que afectan a los elementos fundamentales de la constitución (*constitutional essentials*), no pueden invocar lo que cada uno de ellos considera que es toda la verdad, con arreglo a las doctrinas comprehensivas que cada uno de ellos sustenta [...] «Razón pública» es el término bajo el que Rawls acoge las limitaciones que deberían aceptar personas razonables que, como ciudadanos de una sociedad democrática, se embarcan en discusiones públicas relativas a la justificación de las normas y las instituciones comunes. Respetar la razón pública exige disciplinar el discurso político aceptando restricciones a las razones que podemos alegarnos públicamente unos a otros. [...]

Si no interpreto erróneamente, su idea de la razón pública puede entenderse, hasta cierto punto, como resultado de una aplicación extensiva de las restricciones argumentativas a que están sujetos los tribunales en un Estado de Derecho,

y, en particular, los modos de razonamiento de los tribunales cuando aplican la constitución. [...]

En último término, un tribunal constitucional ha de apoyar sus decisiones en principios de moralidad política. Pero no es libre de invocar cualesquiera principios, sino sólo precisamente aquellos que informan la constitución. Por su propia naturaleza, esos principios están abiertos a interpretaciones diversas y pueden articularse en combinaciones diferentes; de modo que su aplicación al enjuiciamiento de leyes y decisiones políticas concretas presupone teorías de moralidad política que están sujetas a controversia. Ahora bien, los miembros de un tribunal constitucional no pueden invocar sus convicciones morales personales, ni apoyarse en doctrinas filosóficas o religiosas; antes al contrario, han de intentar desarrollar la mejor interpretación posible de la constitución a la luz de la concepción política de la justicia que consideran que se encuentra en su base. [...]

Que los argumentos de los tribunales están sujetos a las restricciones de la razón pública, de modo que sus miembros no pueden invocar sus convicciones religiosas, filosóficas o morales particulares, no es una idea novedosa ni particularmente controvertida. Más interesante y decisivo es que Rawls no limita a los tribunales el alcance de las restricciones de la razón pública, antes bien quiere someter a ellas todo el amplio espectro de las discusiones que se producen en la esfera política pública. El ideal de la razón pública es el ideal de un gobierno (en todas sus ramas) y una ciudadanía que en los diversos espacios del foro público renuncian a invocar sus doctrinas comprehensivas particulares, aceptando discutir en términos que puedan razonablemente esperar que los demás puedan aceptar. [...]

Es en este sentido en el que digo que el ideal rawlsiano de la razón pública puede verse como el resultado de extender el caso paradigmático de la argumentación jurisdiccional al foro político público en general. [...]

Rawls insiste en que el contenido de la razón pública no está determinado por una sola concepción política de la justicia [...] Esto significa, para no ir más lejos, que la misma concepción rawlsiana de la *justicia como equidad* ha de entenderse como una más entre otras varias que con medios argumentativos se disputan el dominio de la razón pública. A pesar de todo, podemos hablar de *la* razón pública en la medida en que todas esas concepciones sean concepciones políticas razonables: lo que unifica, laxamente, esas diversas concepciones como formas y variantes de una única razón pública es su naturaleza política y la aceptación de la discusión pública como método para sustanciar su pretensión de validez y para dirimir las diferencias que pueda haber entre ellas, de acuerdo con una idea de legitimidad basada en un criterio de reciprocidad. La idea de razón pública remite, pues, a un marco de deliberación bajo ciertas condiciones, no a una concepción precisa. [...]

En todo caso, respetar la razón pública implica asumir el compromiso de argumentar como si la razón pública debiera de tener un único contenido, y al mismo tiempo aceptar el resultado de la deliberación. En este punto, el papel paradigmático de los tribunales es, una vez más, pertinente: así como los jueces han de decidir bajo el supuesto de que hay una única respuesta correcta, aunque la experiencia demuestra que con frecuencia diferentes jueces ofrecen diferentes soluciones a la misma cuestión, de modo análogo cuando nos embarcamos en una deliberación política en el foro público sobre cuestiones políticas fundamentales, hemos de actuar bajo el supuesto de que existe una sola respuesta correcta, aunque la experiencia demuestra que en muchas ocasiones la deliberación no consigue eliminar las diferencias de opinión entre personas razonables. Y del mismo modo que también los jueces discrepantes han de asumir las decisiones mayoritarias del tribunal del que forman parte, análogamente los ciudadanos, habiendo argumentado con convicción sincera, han de estar dispuestos a aceptar como legítimas

las decisiones que se adopten en el marco de la razón pública, incluso si están en desacuerdo con ellas. [...]

Para algunos, la prohibición de movilizar argumentos no políticos, vinculados a las diversas doctrinas comprehensivas (razonables) que forman parte de la «cultura de fondo» de una sociedad democrática puede parecer que impone restricciones indebidas a las discusiones públicas en una sociedad políticamente vigorosa. Es verdad que las restricciones de la razón pública no rigen siempre y en todos los debates. [...] Con todo, lo cierto es que la razón pública impone en su propio ámbito de aplicación una disciplina que a algunos puede parecerles inaceptable. Ahora bien, es interesante señalar que incluso en los casos en los que rige plenamente la razón pública, Rawls admite una cierta flexibilización de la separación entre argumentos políticos y no políticos, con el fin de facilitar la ósmosis entre la «cultura de fondo» y la «cultura política pública». [...]

En la sección 8 del capítulo 6 de *Political Liberalism* (1993), Rawls distingue dos formas de entender la razón pública. De acuerdo con una «visión exclusiva», la razón pública no debe nunca contaminarse con razones no públicas, expresadas en términos de doctrinas comprehensivas. En cambio, una «visión inclusiva» permite a los ciudadanos, en *determinadas circunstancias*, manifestarse públicamente unos a otros de qué modo los valores políticos que se ponen en juego en el proceso de justificación pública están enraizados en doctrinas comprehensivas. En este segundo caso, la justificación pública sigue descansando enteramente en argumentos políticos, pero no se excluye que uno pueda presentar argumentos no políticos —«con tal que lo haga de una forma que refuerce el ideal mismo de la razón pública». [...]

La idea de Rawls es que en el caso ideal de una sociedad bien ordenada podemos zanjar nuestras discusiones sobre lo que exige la justicia sin necesidad alguna de invocar nuestras convicciones no-políticas. En esas condiciones ideales, el debate político público ha de desarrollarse según la visión *exclusiva* [...] Sólo en el caso no ideal, en una sociedad insuficientemente bien-ordenada, en la que concepciones políticas diferentes se disputan el espacio político público, adoptar la visión inclusiva puede ser no sólo permisible, sino incluso aconsejable. En este caso, la invocación de las doctrinas comprehensivas a las que los ciudadanos se adhieren puede tener efectos beneficiosos para la ciudadanía, bien porque sirve para disipar dudas sobre la sinceridad con que uno afirma los valores políticos sobre los que reclama consenso, bien porque puede ayudar a persuadir a aquellos que comparten nuestras doctrinas comprehensivas de que no son en modo alguno incompatibles con los valores políticos que defendemos. [...]

Al exponer la forma como pueden introducirse argumentos no públicos en el discurso político-público, Rawls procede demasiado deprisa y descuida, creo yo, las debidas distinciones. En ningún momento [...] señala —como creo que debería hacer, y muy probablemente pensaba— que el recurso a argumentos no políticos, incluso con la cautela que ya conocemos, no es admisible en todos los usos de la razón pública. Es admisible en el debate más o menos informal entre los ciudadanos; y probablemente también en sede parlamentaria —aunque en este último caso me inclino a pensar que sólo extremando las cautelas—. No creo, en cambio, que deba serlo en el marco de los procesos oficiales de aplicación del derecho. En el foro judicial siempre ha de seguirse, creo yo, la «visión exclusiva» de la razón pública, y opino que *mutatis mutandi* lo mismo debe decirse en relación con la conducta de la rama ejecutiva del Gobierno[11] (Rodilla 2006: 300-320).

11. Aquí, en nota a pie de página, escribe Rodilla: «Y en esos órganos la 'visión exclusiva' no sólo debe operar en el momento de formular la justificación de sus decisiones

1) ¿Es aceptable la articulación que aparece en el texto entre la tesis de la única respuesta correcta y la existencia de diversas concepciones razonables de la justicia? ¿Cómo ha de entenderse la obligación de «aceptar como legítima» la decisión que se adopta en el marco de la razón pública cuando se está en desacuerdo con la misma? En todo caso, ¿se trata del mismo tipo de «obligación» cuando se refiere a los ciudadanos que cuando su destinatario son órganos públicos como los jueces?

2) Para justificar los límites que impone la razón pública (y, por tanto, los límites argumentativos de los jueces) Rodilla (siguiendo a Rawls) apela a «la naturaleza misma de la relación política»: «los vínculos políticos difieren de los meramente asociativos, que son voluntarios, y de los vínculos familiares y personales, que están cargados afectivamente» (p. 308). ¿Podría considerarse como una fundamentación suficiente de la independencia judicial (la obligación de no apartarse del Derecho establecido) y de la prohibición de llevar a cabo un activismo judicial? ¿Ofrece el planteamiento de Rawls (cuyas semejanzas con el de Dworkin son manifiestas) una alternativa adecuada al modelo de «juez estratégico» que presentan autores «críticos» como Duncan Kennedy (*vid.* I,3.5,A)? En una y otra concepción, el comportamiento (los argumentos) de los jueces son «políticos», pero ¿qué significado tiene esa expresión en cada caso?

3) Miguel Ángel Rodilla explica que guiarse por la razón pública no significa «que uno tenga que abdicar de sus convicciones religiosas, filosóficas o morales personales, articuladas en alguna doctrina comprehensiva». Y no sería así porque «si son razonables, esas convicciones han de prestar apoyo a los juicios públicos de uno» (p. 313, nota). Ahora bien, el problema es: ¿qué ocurre cuando esas concepciones no son razonables? La noción de razonabilidad de Rawls parece basarse en la idea de reciprocidad, pero ello lleva a una circularidad que parece difícil romper. Rodilla cita al respecto el siguiente texto de Rawls: «Nuestro ejercicio del poder político es correcto sólo cuando creemos sinceramente que las razones que ofreceríamos para nuestras acciones políticas [...] son suficientes, y también creemos razonablemente que los demás ciudadanos podrían aceptar también razonablemente esas razones» (p. 310, nota). En definitiva, ¿cómo podría un juez de convicciones católicas aceptar como legítima una decisión que, por ejemplo, declara constitucionales ciertos tipos de aborto, la eutanasia o el matrimonio entre personas del mismo sexo?

4) ¿Podría considerarse que el concepto rawlsiano de «razón pública» ofrece una síntesis —o una combinación— adecuada de los criterios de moralidad social, moralidad crítica y razonabilidad a los que se ha hecho referencia en este capítulo?

—como afirma Rawls— sino también en las deliberaciones que se producen en el proceso de llegar a una decisión [...]».

4.5,C) UNA DEFENSA DEL OBJETIVISMO MORAL

Una de las características del positivismo jurídico que, en el mundo latino, defienden muchos iusfilósofos analíticos es el escepticismo moral. Ernesto Garzón Valdés defiende aquí una versión que quizás cabría considerar «mínima» de objetivismo moral, frente a las objeciones planteadas por Pierluigi Chiassoni, uno de los representantes de la escuela realista genovesa[12]. Chiassoni (2011) considera como tesis explicativa fundamental del no-cognitivismo ético la siguiente: «la acción moral depende, en última instancia, de emociones (sentimientos, actitudes) y no del conocimiento de (pretendidos) valores y normas objetivos» (p. 148). Para él, el objetivismo moral sería «cualquier posición (metaética) caracterizada por la tesis según la cual *hay un espacio para la objetividad en la moral*» (p. 154). Pero como esto último puede entenderse en diversos sentidos, objetivista moral sería todo aquel que sostenga al menos una de las siguientes tesis: que hay una *realidad moral* objetiva; que hay *valores morales* objetivos; que hay *propiedades morales* objetivas de acciones y/o estados de cosas; que hay *normas morales* objetivas; que hay *hechos morales* objetivos; que los *juicios morales* son o pueden ser objetivos; que las *proposiciones morales* son o pueden ser objetivas; que se da un *conocimiento moral* objetivo (*ibid.*). A partir de aquí distingue dos tipos de objetivismo moral: el «radical» y el «temperado». Mientras que el primero sería «genuinamente» objetivista, el segundo (y aquí se incluirían las concepciones de constructivismo moral, como las de Rawls, Habermas o Nino) es un «cuasi-objetivismo» o «seudo-objetivismo». De hecho, la objeción que Chiassoni dirige a los constructivistas parece reducirse a que éstos no acepten que «la *preferencia* (ya que de preferencia se trata) acordada por ellos por la («nuestra») moral real y por sus tácitos presupuestos formales es una *preferencia última*, irracional, *por el valor de la racionalidad* (imparcialidad, universalización, honestidad, respeto, dignidad de todo ser humano, etc.) en el campo de la ética» (p. 183).

En todo caso, Garzón Valdés acude para su defensa del objetivismo moral a una «vía negativa» que transcurriría a lo largo de diez pasos:

1. Un primer paso en busca de una posible superación de las objeciones que formulan los relativistas podría consistir en admitir que, por lo pronto, la tarea de justificación de las normas morales no es muy diferente a la que realizan los científicos de la naturaleza cuando intentan fundamentar sus leyes explicativas [...] los físicos presuponen la existencia de una cierta realidad objetiva, externa al observador [...] Dado que la ciencia de la moral se centra en el estudio y formulación de

12. Ernesto Garzón Valdés, «Breves consideraciones críticas a las críticas del objetivismo moral de Pierluigi Chiassoni». El trabajo de este último se titula «Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral. Con una premisa sobre *Grunfphilosophie*». Ambos forman parte del libro *El realismo jurídico genovés*, ed. de Jordi Ferrer y Giovanni Ratti, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011.

normas del comportamiento humano, es obvio que sus supuestos básicos deberán contener también alguna concepción del ser humano como agente racional y el rechazo de versiones fuertes del determinismo. [...]

2. Ni los científicos de la naturaleza ni los teóricos de la moral podrían construir sistema alguno si no establecieran reglas de inferencia y criterios de selección para los enunciados que pueden ingresar en sus respectivos sistemas. Así, los físicos suelen postular el criterio de falsabilidad. [...]

Y, de manera similar [...] también en el campo de la moral existe un criterio básico de admisibilidad: el de imparcialidad. Quien se niegue a aceptarlo, al igual que el astrólogo, podrá formular leyes o normas de conducta, pero ellas no podrían ser calificadas de morales. [...]

3. Tanto para las ciencias de la naturaleza como para las de la moral rigen exigencias de racionalidad no sólo en el sentido de que en la formulación de las leyes o normas ha de respetarse la consistencia lógica, sino también en el sentido de que los argumentos que se aduzcan deben ser racionalmente accesibles, tienen que ofrecer «razones puente», que permitan ser recorridas y comprendidas por todos aquellos que deseen participar en la correspondiente empresa científica. Esto excluye la apelación a las propias creencias religiosas, metafísicas o ideológicas como base argumentativa. [...]

4. [...] los juicios acerca de lo que es bueno o malo para el hombre son, en parte, juicios sobre cuestiones fácticas, vinculadas con el conocimiento de relaciones causales. Si esto es así, parecería que una parte de la discusión entre diversas concepciones morales no se refiere tanto a los valores que están en juego cuanto a los medios que deben utilizarse para obtenerlos. [...]

5. Pero aun cuando se aceptaran estos cuatro puntos, queda por solucionar el núcleo de la cuestión [...] A diferencia de las ciencias naturales o de la matemática, que pueden recurrir a la experimentación o a la pura coherencia lógica [...] la ciencia de la moral sólo podría invocar opiniones subjetivas incontrolables. [...]

[E]ste enfoque conduce a una discusión estéril que resulta precisamente del intento de aplicar indiscriminadamente criterios específicos de corrección, es decir, válidos sólo para un determinado campo del saber. [...] [L]o mismo sucedería con el intento de aplicar los criterios de corrección de la matemática (que no dicen nada acerca de la realidad) a las ciencias naturales. [...]

De lo que se trata, pues, es de aceptar el postulado normativo de «prohibición del imperialismo de los criterios de corrección» [...]

6. Pero hay algo más: del hecho de que contemos con criterios de corrección generalmente aceptados en las ciencias naturales y en las matemáticas no se infiere que no pueda haber algún criterio de corrección para la ciencia de la moral. [...]

La vía que deseo proponer es la de considerar no lo que es bueno, sino lo que es malo. [...]

La vía negativa podría consistir en buscar, por lo pronto, alguna concepción de lo malo cuya aceptación fuera irrazonable. Partiría, pues, de lo absolutamente irrazonable [...] El propio von Wright ha indicado expresamente cuáles estados de cosas podrían ser incluidos en esta categoría: aquellos que afectan básicamente a la supervivencia de la especie humana. [...]

7. No deja de ser interesante señalar que los intentos de justificación del establecimiento de un orden estatal suelen partir de la presentación de alternativas caracterizadas por notas negativas extremas cuya vigencia, se supone, nadie estaría dispuesto a aceptar, cualesquiera que puedan ser las concepciones de lo bueno que cada cual sustente. Baste aquí, como ejemplo, recordar a dos autores, que manifiestamente tenían concepciones diversas acerca de lo bueno (al menos

por lo que respecta a lo bueno político), Thomas Hobbes y John Locke. Como es bien sabido, en el estado de naturaleza hobbesiano la vida es «solitaria, pobre, desagradable, brutal y breve». No muy diferente es la versión de John Locke: en la vida social pre-estatal imperan la «enemistad, la malicia, la violencia y la destrucción mutua». [...]

8. Pero no sólo hay acuerdo acerca de la irrazonabilidad del llamado «mal radical». También con respecto al concepto de daño existe un acuerdo básico, cualquiera que pueda ser la concepción de lo bueno que se sustente. [...]

Es decir [a la vista de que todas las sociedades recurren a una gama muy limitada de castigos: privación de dinero, encierro físico, etc.], que las diferentes concepciones morales no se diferencian tanto por lo que respecta a qué ha de constituir un daño, sino más bien por las razones que justifican la imposición del mismo. [...]

9. Desde lo irrazonable por excelencia y su negación, se puede iniciar la marcha moral que consiste en irse alejando de la *irrational perversion* o del *ill-being*. [...]

En todo caso, si utilizando la vía negativa, quiere recurrirse al concepto de razonabilidad y lograr así una posible fundamentación de normas y principios morales que sean inmunes a las objeciones relativistas, estos pasos deberían satisfacer, por lo menos, dos conclusiones mínimas:

a) No lesionar aquello que, utilizando la terminología de Thomas Nagel, podría llamarse la «razonable parcialidad» de todo agente. Las normas morales no prescriben comportamientos super-erogatorios que impongan a sus destinatarios actitudes de autosacrificio propias del héroe o del santo. [...]

b) No dar lugar a situaciones de privilegio que van más allá de la «razonable parcialidad» o promueven comportamientos parasitarios al violar el «principio de simetría» [...]

10. Los casos concretos de aplicación de una regla pueden poner de manifiesto la irrazonabilidad de aquélla. La irrazonabilidad funcionaría de manera similar a la falsabilidad en las ciencias naturales, sirviendo de límite a lo «meramente racional». [...]

Podría entonces decirse:

i) No existen diversas concepciones del mal (o del *ill-being*).

ii) Aquellas máximas o reglas de conducta que propician el mal radical son absolutamente irrazonables. Son expresión de una *irrational perversion*.

iii) Aquellas máximas o reglas de conducta que propician la imposición de un mal son *prima facie* irrazonables.

iv) Si la aplicación concreta de una regla tiene consecuencias absolutamente irrazonables, esa regla debe ser abandonada: es absolutamente injustificable.

v) Si la aplicación concreta de una regla tiene consecuencias *prima facie* irrazonables, esa regla debe ser sometida a examen y modificada o especificada de forma tal que aquéllas desaparezcan. En todo caso requiere ser justificada. La interrelación parcial de hechos y valores puede ser aquí de utilidad.

vi) Una regla o máxima de comportamiento será considerada como razonable mientras no se demuestre su irrazonabilidad (absoluta o *prima facie*) en un caso concreto de aplicación.

vii) El ámbito de lo irrazonable es moralmente inaccesible; el de lo razonable tiene un carácter residual: en él pueden realizarse aquellas acciones cuya imposibilidad deóntica no está determinada por lo irrazonable.

viii) Por tanto, acuerdos razonables no son aquellos que realizan personas razonables, sino que personas razonables son aquellas que no se saltan el cerco de la irrazonabilidad (Garzón Valdés 2011: 189-199).

1) ¿Le parece adecuada la «vía negativa» propuesta por Garzón Valdés? ¿Tiene razón Chiassoni al decir que la opción en favor de la racionalidad (o de la moralidad) es simplemente una cuestión de «preferencias» y, por tanto, en sentido estricto, irracional? ¿Qué consecuencias tiene la vía del escepticismo y la del objetivismo moral (en la versión de Garzón Valdés o en la de alguna teoría «constructivista» como la de Nino) para la argumentación jurídica?

2) ¿Es realmente útil la fundamentación de la moral que propone Garzón Valdés o podría considerarse que es tan «de mínimos» que no podría utilizarse para resolver cualquier problema de ética jurídica (por ejemplo, en relación con alguno de los casos difíciles que han de resolver los jueces)? En otros trabajos, Garzón Valdés ha defendido una serie de principios y reglas éticos a los que, es de suponer, podría llegarse a través de esa vía negativa. Por ejemplo, a propósito de la dignidad humana, sostiene los siguientes principios, reglas y tesis teóricas que sirven de fundamentación a las normas: «Todos y sólo los seres humanos vivos deben ser tratados por los demás y también por ellos mismos como fines en sí mismos». «Cada cual tiene la obligación de defender su dignidad y la de los otros seres humanos vivos». «Lesiona su propia dignidad de manera voluntaria (incumple una obligación moral) quien: *a*) actúa de manera heterónoma; *b*) pierde (voluntariamente) la capacidad de autocontrol; *c*) incurre en comportamiento delictivo». «Lesiona la dignidad de otro ser humano vivo de manera voluntaria (incumple una obligación moral) quien: *a*) lo humilla; *b*) lo trata como un mero medio; *c*) lo degrada a la categoría de objeto o de animal». «El principio de dignidad humana exige que se respete el principio del individualismo ético o de autonomía: nadie puede imponer a otro obligaciones que éste no desee asumir, a no ser que ésa sea la única forma de asegurar un derecho básico de otro individuo o de sí mismo». «El principio de dignidad humana exige el respeto del principio de 'coto vedado': las cuestiones concernientes a la vigencia plena de los bienes primarios o básicos no pueden dejarse libradas a procedimientos de discusión en los que juegue algún papel la voluntad o los deseos de los integrantes de la comunidad». «Los seres humanos vivos tienen dignidad con independencia de su edad o de su estado mental o psicológico». «Los cadáveres no tienen dignidad». Etcétera. ¿Servirían estos criterios para fundamentar una resolución judicial? ¿Bajo qué condiciones?[13].

4.5,D) UN CASO DE PATERNALISMO MORAL

Los tribunales españoles (y, en particular, el Tribunal Constitucional) no suelen hacer referencias explícitas a razones morales; parten, podríamos decir, de una separación estricta entre el razonamiento jurídico y el mo-

13. Para un análisis más detallado puede verse: Garzón Valdés 2007, Atienza 2009 y Garzón Valdés 1993.

ral. Sin embargo, otros tribunales del mundo latino (singularmente, la Corte Constitucional de Colombia) tienen muy en cuenta planteamientos de filosofía ética; las razones últimas del razonamiento jurídico, para ellos, son las provenientes de una moral justificada, o sea, de la teoría moral que mejor permite interpretar el sentido de la Constitución. Como ejemplo de esta última manera de razonar puede servir muy bien una sentencia de la Corte Constitucional colombiana (309/97), que declaró constitucional una norma que establecía una sanción pecuniaria relativamente leve para el conductor de un vehículo automotor que no usara el cinturón de seguridad.

El caso había sido planteado por un ciudadano que cuestionaba la constitucionalidad de esa norma por considerar que contradecía el artículo 16 de la Constitución colombiana en el que se consagra el principio del libre desarrollo de la personalidad. (En Colombia, cualquier ciudadano puede intervenir para cuestionar o defender la constitucionalidad de una norma). Basaba su argumentación en que la medida se dirigía no a salvaguardar derechos de terceros (en cuyo caso sería legítima), sino a proteger exclusivamente a la persona a la que imponía la obligación.

Para resolver el caso, el tribunal distingue entre una cuestión fáctica («técnica» es la expresión que usa) y una cuestión normativa (que podríamos llamar «ética»). En relación con la primera, el tribunal entiende que el uso del cinturón de seguridad disminuye efectivamente los riesgos para quien lo utiliza, y que tiene también algunos efectos para terceros, esto es, que afecta en alguna medida al bienestar social, puesto que los accidentes suponen costes de tipo sanitario, etc. A partir de aquí, el núcleo de la argumentación del tribunal se basa en dos tesis de carácter normativo (y ético): la prevalencia de los derechos frente a los objetivos de bienestar social, lo que supone el rechazo del utilitarismo moral (al menos, en su versión clásica); y la distinción entre el perfeccionismo y el paternalismo (medidas protectoras de los intereses de la propia persona) de carácter moral, con la consecuencia de que las medidas de tipo perfeccionista son siempre ilegítimas (inconstitucionales), mientras que las del segundo tipo pueden estar justificadas. Su justificación depende, precisamente, de un juicio de ponderación entre los principios constitucionales en conflicto (la protección de la vida, de la integridad personal e incluso de la autonomía, por un lado, frente al pluralismo, la autonomía y la dignidad, por el otro); ese juicio, a su vez, contiene varias fases o requisitos: la finalidad perseguida tiene que ser legítima; los medios (el límite a un principio o a un derecho) adecuados para lograr el fin y necesarios, en el sentido de que no debe existir otra medida menos lesiva para lograrlo; y la medida tiene que ser proporcional en sentido estricto, esto es, no debe suponer un sacrificio de valores o principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer. Pues bien, la Corte Constitucional colombiana concluyó, a partir de lo anterior, que la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad no sólo cumplía con esos requisitos, sino que constituía un

prototipo de una medida coactiva de protección (de una medida de paternalismo jurídico) justificada y compatible con la autonomía individual.

Transcribo a continuación parte de los fundamentos 6 a 9 de la sentencia, en los que se contiene lo que he llamado «el núcleo» de la argumentación:

6. La Corte reconoce que las anteriores consideraciones [referidas a la afectación de la medida a intereses de terceros: disminución del bienestar general, atenciones médicas más costosas, menor contribución de las personas que sufren accidentes al interés general] son relevantes para el estudio de la constitucionalidad de la norma impugnada [...] Sin embargo, esta Corporación considera que esos efectos sobre terceros son muy indirectos y eventuales, por lo cual no son en sí mismos suficientes para autorizar la imposición de deberes por medio de amenazas de sanciones penales o pecuniarias. Igualmente, para la Corte, en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales fundamentales, como la libertad y la autonomía personales, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como el aumento de la producción nacional o la protección de la financiación de la seguridad social, debe el juez constitucional dar una prevalencia *prima facie* a los derechos de las personas, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos. Este criterio hermenéutico es necesario, tal y como esta Corporación ya lo ha reconocido en anteriores decisiones. [...]

Los derechos constitucionales no pueden entonces ser disueltos en un cálculo utilitario sobre el bienestar colectivo, ni pueden estar sometidos al criterio de las mayorías, ya que esos derechos son precisamente limitaciones al principio de mayoría y a las políticas destinadas a satisfacer el bienestar colectivo. Esto significa que, como lo reconoce la doctrina y lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, los derechos fundamentales son verdaderas cartas de triunfo contra el bienestar colectivo, pues «condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica, puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías —y a esas minorías radicales que son las personas— de que su dignidad e igualdad serán siempre respetadas»[14]. [...]

En este orden de ideas, la Corte considera que el hecho de que el no uso del cinturón de seguridad pueda disminuir la riqueza nacional, o afectar las finanzas de la seguridad social, no es un argumento constitucional suficiente para justificar la imposición coactiva de un deber a un particular, ya que se podría estar vulnerando la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, lo anterior no significa que la Corte deba desestimar el interés general en juego que entra en conflicto con un derecho fundamental, o que esta Corporación esté ignorando que la propia Carta señala que es deber de las personas cuidar de su propia salud (art. 49 CP), pues no sólo la interpretación constitucional debe en lo posible armonizar los principios constitucionales en conflicto, sino que, en situaciones específicas, pueden existir poderosas razones de interés general que justifiquen incluso la restricción de un derecho fundamental, siempre y cuando se respete su contenido esencial. Sin embargo, todo muestra que en el presente caso estamos enfrente de una obligación que se impone a un individuo esencialmente en su propio provecho, pues la afectación de derechos de terceros y del interés general es muy indirecta, por lo cual debe la Corte analizar

14. La cita se refiere a una anterior sentencia del tribunal.

si una medida de esa naturaleza es compatible con un Estado basado en la autonomía y la dignidad de las personas (CP arts. 1.º y 16) y de los criterios que ha desarrollado esta Corporación en relación con estos valores.

7. [...] En efecto, este derecho del artículo 16 constitucional no significa que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa norma implica que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida [...] En ese orden de ideas, en un Estado que reconoce la autonomía en esos términos ¿es posible jurídicamente sancionar a una persona por no utilizar el cinturón de seguridad, cuando la medida se hace prácticamente en su exclusivo beneficio?

8. Para responder a ese interrogante, la Corte considera necesario retomar una distinción propia de la filosofía ética, y que ya ha sido utilizada por esta Corporación en anteriores sentencias, a fin de diferenciar dos fenómenos que son profundamente diversos pero que a veces se confunden, por cuanto ambos implican la existencia de sanciones a las personas por realizar comportamientos que no afectan derechos de terceros. De un lado, tenemos el llamado «perfeccionismo» o «moralismo jurídico», el cual considera que es deber del ordenamiento jurídico utilizar instrumentos coactivos para imponer a las personas determinados modelos de virtud o de excelencia humana. Y, del otro lado, encontramos otras medidas que buscan coactivamente la protección de los intereses de la propia persona. En estos casos, el Estado interfiere en la libertad de acción de una persona que no está afectando derechos ajenos, pero con el objetivo de exclusivamente proteger el bienestar, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la propia persona afectada.

Ahora bien, en Colombia, las políticas perfeccionistas se encuentran excluidas, ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos (CP arts. 1.º, 7.º, 16.º, 17.º, 18.º, 19.º y 20.º), las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana. En efecto, esas políticas implican que el Estado sólo admite una determinada concepción de realización personal, lo cual es incompatible con el pluralismo. Además, en virtud de tales medidas, las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la autonomía, que etimológicamente significa, precisamente, la capacidad de la persona de darse sus propias normas. Por el contrario, las medidas de protección coactiva a los intereses de la propia persona no son en sí mismas incompatibles con la Constitución, ni con el reconocimiento del pluralismo y de la autonomía y la dignidad de las personas, puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud, sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado. Estas políticas se justifican porque, en casos determinados, es legítimo que terceras personas o el propio Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de individuos, como los menores, o los transitoriamente incapaces, incluso contra su voluntad aparente, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio, o se encuentran en situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les impiden diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos.

1) ¿Es adecuada esta forma de argumentar o sería mejor que el tribunal eludiera ese uso explícito de argumentos morales? ¿Sería preferible, por ejemplo, la manera de proceder del Tribunal Constitucional

español a propósito de la esterilización de incapaces (*vid.* IV,5,I)? ¿Se puede realmente prescindir de utilizar razones morales para resolver un caso *jurídico*, o la diferencia consiste en hacer un uso más o menos explícito de las razones morales?

2) Lo que en terminología de Toulmin podría denominarse el *backing* o el respaldo de la anterior argumentación viene a ser una filosofía ético-política de corte «liberal» (en el sentido estadounidense de la expresión). De hecho, la sentencia hace un amplio uso de ideas de autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gerald Dworkin, Carlos Nino o Ernesto Garzón Valdés. ¿Pero es ése el tipo de filosofía que realmente está detrás de la Constitución colombiana (y, en términos más amplios, del constitucionalismo contemporáneo)? Uno de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana (Vladimiro Naranjo) no lo entendió así y suscribió un voto en el que apoyaba la decisión de la mayoría, pero discrepaba de sus fundamentos filosóficos:

> [D]e algunas aseveraciones incluidas en la sentencia podría deducirse que, según el modelo político impuesto por la Constitución de 1991, no es posible sancionar comportamientos individuales que no afecten a terceros, con fundamento en un «moralismo jurídico» llamado «perfeccionismo» en el fallo [...] conforme a ese criterio, la nueva Constitución propone un modelo en virtud del cual no resulta legítimo imponer una concepción específica de la moral y así, cada persona tiene derecho, en el terreno ético, a conducir su vida según sus propias decisiones. [...]
>
> Al respecto, como ya he sostenido en ocasiones anteriores, como fue el caso de la sentencia que despenalizó el consumo de droga en dosis personal, debo manifestar que en mi sentir la Constitución Política no es neutra en el terreno moral, y no defiende un modelo absoluto de libertad individual. Por el contrario, es un estatuto constitucional que reconoce a la moralidad como principio rector de la juridicidad. [...]
>
> De otro lado [...] no comparte el suscrito magistrado el concepto de desarrollo de la personalidad que igualmente busca abrirse paso en la jurisprudencia de esta Corte, según el cual, mientras no se afecten derechos de terceros, el hombre es libre absolutamente para determinar su proyecto de vida, sin atender al sistema de valores imperante en el cual se halla inserto. Este concepto extremo, desconoce que la libertad es la facultad de determinación que posee el hombre para conseguir sus propios fines naturales. En otras palabras, el dominio que el hombre tiene sobre sí, es un dominio en orden a una finalidad: perfeccionarse a sí mismo. Todo hombre tiene sus propias finalidades naturales, y dentro de ellas no se contempla la de dañarse a sí mismo. Con prescindencia de los derechos a terceros, el hombre tiene deberes para consigo mismo, que se derivan de la propia naturaleza humana, y que se presentan ante la razón con caracteres evidentes. Uno de ellos es el deber de conservar la vida, deber inscrito en la sicología con el carácter de instinto primario.
>
> La consideración de la existencia de este deber, y no la legitimación jurídica de «medidas paternalistas», ha debido ser el fundamento de la decisión.

¿No significa, entonces, la apertura a razones de tipo moral, el riesgo de incrementar con ello la indeterminación del Derecho?

3) La referencia a una sentencia de la Corte Constitucional colombiana declarando inconstitucional una norma que penalizaba el consumo de droga (221/94) aparece también en el texto de la sentencia (fundamento 20) para aclarar que ese caso era muy distinto al de la obligatoriedad de usar los cinturones de seguridad, de manera que no se habría producido un cambio jurisprudencial. ¿Estaría con ello la sentencia apelando al criterio de universalidad? ¿Y no son razones de coherencia lo que lleva a los jueces (al final del fundamento 6) a defender un criterio de interpretación basado en la armonización de los diversos principios constitucionales? ¿Sería aceptable decir que (todos) los criterios de evaluación sugeridos en el texto del capítulo están siempre presentes, porque quizás no se trate de criterios distintos, sino de un mismo y único criterio complejo que, simplemente, se aplica con diversas modulaciones según el caso de que se trate? Si fuera así, ¿significaría eso una pérdida de valor de los criterios?

4) La sentencia declara inconstitucional la norma objeto de discusión en un aspecto secundario de la misma: establecía que la obligación sólo regía para los automóviles posteriores a 1985 (que llevaban incorporados, de fábrica, el cinturón de seguridad) y el tribunal considera que esto viola el principio de igualdad: «existía una medida menos lesiva de la igualdad, pues la ley hubiera podido establecer un plazo prudencial para que los propietarios de esos vehículos colocaran el respectivo aparato» (fundamento 22). Pero el tribunal no se limita a decir esto, sino que establece cuál es ese plazo (seis meses), en base a que «corresponde a la Corte fijar los efectos de sus propios fallos». ¿Supone eso incurrir en activismo judicial? ¿Por qué?

5,A) ACUERDOS INCOMPLETAMENTE TEORIZADOS

Cass Sunstein entiende por «acuerdos incompletamente teorizados» aquellos que no están completamente especificados, de manera que se puede, por ejemplo, estar de acuerdo en algún principio general, pero discrepar en cuanto a lo que ese principio implica en los casos concretos, o bien (esto es lo que a él le interesa particularmente) estar de acuerdo en cómo resolver un caso y en un principio de un bajo nivel de abstracción que justifica esa solución, pero discrepar en niveles más altos de abstracción: un determinado resultado (una decisión judicial, por ejemplo) es compatible con más de una teoría general. Sunstein considera que ése es un fenómeno de gran importancia para entender la aplicación judicial del Derecho (la *adjudication*) y, por ello, discrepa de planteamientos como el de Dworkin, cuya concepción del Derecho como integridad y su modelo del juez Hércules parece requerir de los jueces el desarrollo de teorías de alto nivel de abstracción; para Sunstein, al menos el juez ordinario no es un «Hércules con menos tiempo en sus manos, sino una figura de un tipo completamente distinto» (p. 50). Sunstein pone gran énfasis en mostrar las virtudes que tienen los acuerdos incompletamente teorizados: su funcionalidad en relación con el Estado de Derecho —con

el *rule of law*—, con el ejercicio de la jurisdicción en sociedades pluralistas, etc. Pero es consciente también de sus limitaciones (esos acuerdos pueden ser injustos), y por ello, entiende que «los jueces deben adoptar contra la teorización de alto nivel una presunción más que un tabú» (p. 57); y una presunción que (como enseguida se verá) no deja de tener una curiosa y paradójica excepción. Los fragmentos que siguen están tomados del capítulo 2, titulado «Acuerdos incompletamente teorizados», de su libro *Legal Reasoning and Political Conflict*:

[...] Lo que estoy subrayando aquí es que cuando la gente diverge sobre alguna proposición de (relativo) alto nivel, puede ser capaz de llegar a un acuerdo cuando se sitúa en un nivel más bajo de abstracción. Los juicios incompletamente teorizados sobre casos particulares constituyen el material ordinario del Derecho. Y en el Derecho, el punto de acuerdo es con frecuencia altamente particularizado —tanto absoluta como relativamente particularizado— en el sentido de que envuelve un resultado específico y una serie de razones que no osan ir lejos del caso en presencia. Las teorías de alto nivel se encuentran raramente reflejadas de manera explícita en el Derecho.

Quizás los participantes en el Derecho no suscriben tal teoría, o quizás creen que no tienen ninguna o que no pueden, en un tribunal colegiado, alcanzar un acuerdo sobre una teoría. Quizás encuentran confusas y aburridas las disputas teóricas. Lo que es crucial es que estén de acuerdo en qué debe resultar del caso. Este razonamiento se aplica en una gran medida a las reglas que están, la mayor parte de las veces, incompletamente teorizadas; de hecho, ésta es una de las mayores ventajas de las reglas. La gente puede estar de acuerdo en que un límite de velocidad de 60 millas por hora tiene sentido y que se aplica al acusado Jones, sin tener algo parecido a una teoría sobre el castigo penal. Pueden estar de acuerdo en que para recibir prestaciones de la seguridad social, la gente tiene que mostrar que gana menos que una cierta suma de dinero, sin tener algo parecido a una teoría acerca de quién merece qué. Así, una función social clave de las reglas es la de permitir a la gente estar de acuerdo en el significado, en la autoridad e incluso en la corrección de una medida gubernamental cuando existe un desacuerdo acerca de muchas otras cosas.

Casi lo mismo puede decirse acerca de decisiones no basadas en reglas, hechas a partir de estándares, factores y razonamiento analógico. De hecho, todas las herramientas convencionales de los juristas permiten acuerdos incompletamente teorizados sobre resultados particulares. Considérese el pensamiento analógico. La gente puede pensar que A es como B y que está cubierto por el mismo principio de bajo nivel, sin estar de acuerdo en una teoría general para explicar por qué el principio de bajo nivel es correcto. Están de acuerdo en la cuestión de la semejanza, sin estar de acuerdo en una consideración de gran escala sobre qué hace a las dos cosas similares. [...]

Empecemos con el problema especial de la justificación pública en un órgano [judicial] colegiado. El punto primero y más obvio es que los acuerdos incompletamente teorizados se adaptan bien a un mundo —y especialmente un mundo jurídico— que contiene disenso social sobre cuestiones de gran escala. [...]

En segundo lugar, los acuerdos incompletamente teorizados pueden promover dos fines de una democracia liberal y de un sistema jurídico liberal: permitir a la gente vivir junta y permitir que cada uno muestre al otro una medida de reciprocidad y respeto mutuo. [...]

Volvamos a las razones que piden acuerdos incompletamente teorizados con independencia de que tratemos o no con órganos [judiciales] colegiados. La pri-

mera consideración a hacer aquí es que los acuerdos incompletamente teorizados cumplen la función crucial de reducir el coste político de los desacuerdos duraderos. Si los jueces rechazan utilizar teorías de gran escala, entonces los perdedores en casos particulares pierden mucho menos. Pierden una decisión, pero no el mundo. Pueden ganar en otra ocasión. [...]

El segundo punto en que los acuerdos incompletamente teorizados son valiosos es cuando buscamos la evolución moral a través del tiempo. Considérese el área de la igualdad constitucional, donde ha ocurrido un cambio considerable en el pasado e inevitablemente ocurrirá en el futuro. Un juicio completamente teorizado sería incapaz de acomodar cambios en los hechos y en los valores. Si la cultura jurídica realmente alcanzara un estadio-final desde el punto de vista teórico, se volvería demasiado rígida y calcificada; sabríamos lo que pensamos sobre todo. Ello perjudicaría a la posteridad. [...]

El tercer punto es práctico. Los acuerdos incompletamente teorizados pueden ser la mejor aproximación disponible para gente con tiempo y capacidades limitadas. Una teorización completa puede ser pedir demasiado. [...] Los acuerdos incompletamente teorizados tienen la ventaja conexa, para los juristas y jueces ordinarios, de la humildad y la modestia. Para involucrarse en el razonamiento analógico, por ejemplo, uno no necesita ordinariamente adoptar una postura sobre amplios y disputados problemas de la vida social, algunos de los cuales pueden ser resueltos mejor sólo sobre lo que a muchos les parecerá una base sectaria.

En cuarto lugar, los acuerdos incompletamente teorizados se adaptan bien a un sistema que debe o tiene que tomar a los precedentes como puntos fijos. Ésta es una gran ventaja en relación con métodos más ambiciosos, dado que los pensadores ambiciosos, en orden a alcanzar coherencia horizontal y vertical, se verán probablemente forzados a ignorar muchos casos previamente decididos. A la luz del número total de casos decididos y de jueces, el Derecho no puede hablar con una sola voz; la completa coherencia, en principio, es improbable en el extremo [de la aplicación]. [...]

Ninguno de estos puntos sugiere que los acuerdos incompletamente teorizados merezcan siempre ser celebrados. Las virtudes de tales acuerdos son parciales. Algunos acuerdos incompletamente teorizados son injustos. Si un acuerdo está teorizado de manera más completa, el mismo será de mayor interés para las partes afectadas. Además, una más completa teorización —en forma de una más amplia y profunda investigación sobre los fundamentos del juicio— puede ser valiosa o incluso necesaria para prevenir inconsistencia, sesgos o auto-interés. Si los jueces de un órgano colegiado están realmente de acuerdo en una teoría general, y si están realmente comprometidos con ella, deben decirlo así. Los jueces y la comunidad general aprenderán mucho más si son capaces de discutir los fundamentos que realmente motivan los resultados. Todas estas son consideraciones válidas, y nada de lo que estoy aquí diciendo niega su importancia. [...]

Los que subrayan los acuerdos incompletamente teorizados insisten en que la aplicación judicial del Derecho es parte de una compleja serie de acuerdos institucionales, entre los cuales se incluyen, de manera destacada, la mayoría de los espacios democráticos. Ellos intentan diseñar su teoría de la jurisdicción como un aspecto de una serie mucho más amplia de entendimientos sobre los arreglos institucionales adecuados y acerca de fórums en los que el público (adecuadamente constreñido) pueda deliberar acerca de sus juicios. Por razones tanto de objetivos políticos (*policy*) como de principio, el desarrollo de teorías de gran escala sobre lo correcto y lo bueno es una tarea democrática, no una tarea judicial. [...]

Si todo esto es correcto, no debemos pensar en los acuerdos incompletamente teorizados sobre cuestiones particulares como un tipo de [teoría] segunda-mejor,

adaptada a un mundo en que la gente está en desacuerdo, está confusa o sesgada y tiene un tiempo limitado. La presunta primera-mejor —Hércules o el (¿exhausto?) juez que ha alcanzado un equilibrio reflexivo— demanda una extrahumana concepción del Derecho. Es extrahumana, puesto que resulta tan obviamente inadecuada al mundo real. Para decir lo menos, es difícil conocer si una aproximación de arriba abajo o altamente teorizada es adecuada para la moralidad. Pero frecuentemente, al menos, es fácil saber que tal aproximación es inadecuada para el Derecho. Los aspectos institucionales del sistema jurídico —una entidad humana con límites distintivos— requiere una consideración del Derecho que sea altamente sensible a las características del sistema en que se sitúa. Entre esas características está la confusión o la incerteza acerca de teorías generales; disputas profundas sobre lo correcto y lo bueno; y una apremiante necesidad de efectuar una amplia gama de decisiones particulares. [...]

La reticencia usual de los jueces para ofrecer principios de alto nivel proviene de la falta de pedigrí democrático de los jueces que les empuja en la dirección de acuerdos incompletamente teorizados, y de su limitado poder de proveer recursos que propiamente hace a los jueces reticentes a intentar por sí mismos reformas sociales de gran escala. Como he sugerido, el argumento en nombre de los acuerdos incompletamente teorizados es por ello parte de una teoría de instituciones justas en general y de democracia deliberativa en particular, con una pretensión de que los principios fundamentales están mejor desarrollados políticamente que judicialmente.

Hay, sin embargo, una excepción a la pretensión general que he hecho a lo largo de todo este capítulo. Para que los participantes en el Derecho (o en la democracia) acepten esta pretensión general, tienen que aceptar al menos una teoría general: La teoría que he intentado defender. Es la teoría que les dice que deben favorecer los acuerdos incompletamente teorizados. Esa teoría no debe aceptarse sin referencia a consideraciones teoréticas de carácter general, y su aceptación o rechazo no debe ser teorizada de manera incompleta. Mucha gente pretende que el Derecho debe reflejar una teoría de alto nivel acerca de lo correcto o lo bueno, y no estará satisfecha con acuerdos incompletamente teorizados. La elección entre las dos aproximaciones activará problemas que son tanto de alto nivel como controvertidos (Sunstein 1996: 37-38, 41-42, 44, 53, 57-58, 60-61).

1) ¿Implica esta teoría de Sunstein de los acuerdos incompletamente teorizados una crítica al activismo judicial? ¿Querría ello decir entonces que el modelo de juez Hércules defendido por Dworkin (y, como hemos visto, criticado por Sunstein) promueve el activismo judicial?

2) ¿Cuáles son las razones de tipo «institucional» que da Sunstein para defender su posición favorable a los acuerdos incompletamente teorizados? ¿Son razones atendibles?

3) ¿Tiene razón Sunstein en su crítica a las teorías «coherentistas» del Derecho como la de Dworkin (el Derecho como integridad)? En cierto momento de su exposición, Sunstein viene a decir que, en el Derecho, a lo más que cabe aspirar es a una «coherencia local»: ¿es así?

4) Sunstein señala que su idea de los acuerdos incompletamente teorizados está próxima a la de «consenso por solapamiento» de Rawls (el Rawls de las últimas obras: de *El liberalismo democrático*), pero él está más interesado en acuerdos sobre cuestiones particulares, mientras que Rawls se centra en el acuerdo a propósito de principios políticos comunes, abs-

tractos (pp. 46-48). ¿Podría decirse que se trata de la manera típica de un jurista (en el caso de Sunstein) y de un filósofo (en el de Rawls) de resolver un mismo problema de nuestras sociedades: el del pluralismo? Por otro lado, ambas ideas se contrapondrían a la de «equilibrio reflexivo» defendida por Rawls en *Una teoría de la justicia* y que supone una concepción del Derecho (y de la razón práctica) de tipo coherentista, como la de Dworkin. Si fuera así, ¿cuál de las dos alternativas es preferible para el Derecho?

5) ¿Sería razonable defender, en relación con la jurisdicción, una teoría intermedia entre la de Sunstein y la de Dworkin, es decir, entre una que promueve los acuerdos incompletamente teorizados y otra que considera que los jueces deben procurar que sus decisiones resulten coherentes en relación con teorías políticas y morales de carácter abstracto (con la que mejor da cuenta de los principios y valores constitucionales)? ¿Son realmente antitéticas las posiciones de Sunstein y de Dworkin?

5,B) LO RACIONAL COMO RAZONABLE Y LA TESIS DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA

Aulis Aarnio ha defendido una concepción relativamente amplia de la racionalidad de la que forma parte tanto la racionalidad lógica (racionalidad L) como la racionalidad discursiva (racionalidad D, que incluye la anterior, esto es, incorpora las reglas lógicas), que Aarnio interpreta esencialmente en el sentido de la racionalidad dialógica de Habermas y Alexy[15]. Pero el discurso racional, en opinión de Aarnio, tiene el límite de que sus criterios sólo pueden proporcionar estándares valorativos objetivos en abstracto o *prima facie*, pero no consideradas todas las circunstancias; y esto último es lo que se necesita, precisamente, en el razonamiento moral o jurídico: lo decisivo en general no es (se trata de un ejemplo del propio Aarnio) si está o no prohibido matar a un inocente, sino si, dadas determinadas circunstancias, le está o no permitido a A dar muerte a B (una persona inocente). Dicho de otra manera, en los discursos de carácter axiológico (o en aquellos en los que los juicios de valor juegan un papel relevante), la racionalidad discursiva es insuficiente; no hay criterios racionales a propósito de los valores últimos, sino que éstos son relativos a cada forma de vida. La noción de lo racional tiene que complementarse con (o, mejor, circunscribirse a) la de lo razonable, que Aarnio entiende (su fuente de inspiración fundamental es Perelman) en términos de aceptabilidad por parte de un auditorio. José Manuel Cabra ha sintetizado así la posición de Aarnio en relación con el papel de los juicios de valor en el discurso jurídico justificativo:

(*i*) Los valores morales forman parte de la justificación jurídica; (*ii*) la aceptabilidad de una interpretación depende del acervo axiológico del auditorio al que va

15. El texto fundamental es Aarnio 1991.

dirigida; y, (*iii*) la justificación última de los valores no es racional, cae fuera del radio de acción del procedimiento discursivo: el discurso práctico puede hacer explícitos acuerdos y desacuerdos aparentes, así como mostrar las causas últimas de un desacuerdo verdadero (material), pero no puede acercar más allá del compromiso equitativo (esto es, no al consenso racional) a dos participantes con códigos valorativos y formas de vida diferentes. No podemos trascender las formas de vida en su totalidad porque no podemos problematizar una imagen del mundo (*Weltbild*) íntegramente en un discurso racional (Cabra 2000: 93-94).

Trasladadas esas ideas a la cuestión de la única respuesta correcta, lo que resulta es una posición escéptica (aunque no se trate de un escepticismo fuerte) que puede sintetizarse así. Los problemas jurídicos tienen una respuesta final (la certeza es un ingrediente necesario de un Estado de Derecho), pero esa respuesta no tiene por qué ser correcta ni, menos aún, única. La idea de la respuesta correcta no puede aceptarse ni siquiera como guía para un juez o un teórico del Derecho. Cuando sobre un mismo problema jurídico se proponen dos soluciones basadas en juicios de valor intrínsecos (últimos) incompatibles entre sí, no cabe hablar de respuesta correcta: cada una es correcta dados ciertos criterios, y no hay un meta-criterio que cubra a ambos. De lo único de lo que cabe hablar es de la mejor respuesta posible, que sería aquella que resulte aceptable para la mayoría de una comunidad ideal (que se guía por las reglas del discurso racional), pero particular, en cuanto sus miembros comparten ciertos valores básicos que pueden no coincidir con los de otras comunidades. De ahí extrae Aarnio lo que llama el «principio regulativo» que deberían seguir los teóricos y los prácticos del Derecho en sus razonamientos y del que enseguida se hablará. Los dos fragmentos que siguen (Aarnio 2010) se refieren a la manera como él caracteriza la comunidad jurídica ideal y el principio regulativo:

Esta clase de justificación [la «mejor justificación posible»] puede elaborarse sólo y únicamente cuando los miembros de la comunidad jurídica (audiencia) que se comprometen con las normas de la racionalidad *puedan aceptar* la solución. Llamaré a este tipo de comunidad que cumple con las exigencias de la discusión racional *comunidad jurídica ideal* (CI). De acuerdo con la terminología que he propuesto en algunos otros contextos, esta comunidad también podría denominarse *audiencia ideal particular*. Esta clase de audiencia mide la aceptabilidad del resultado.

Es importante trazar una distinción entre la aceptación de una interpretación y su aceptabilidad. Una solución puede, por diversos motivos, tener un apoyo social amplio y, de esta forma, ser ampliamente aceptada y eficaz. La eficacia significa, o bien que los tribunales de justicia han aceptado una determinada postura, o que esto ha sido realizado por toda la comunidad jurídica *fáctica* (CF). La eficacia no es, sin embargo, necesariamente la misma que alcanza la solución «correcta», ni es una interpretación «eficaz» necesariamente aceptable para la comunidad jurídica *ideal* compuesta por individuos que comparten los estándares del razonamiento racional.

Esta circunstancia es importante, sobre todo, en el ámbito de la dogmática jurídica. En caso de que la dogmática jurídica quede confinada a presentar únicamente interpretaciones CF, fácilmente pierde su función *crítica*. La tarea de la dogmática jurídica consiste también en criticar las formas del pensamiento imperantes, hayan sido elaboradas por la propia dogmática o, por ejemplo, por los

tribunales de justicia. Además de la aceptación, es preciso también tener en cuenta la aceptabilidad de la CI. Ése es el motivo por el cual se necesita la teoría de la «mejor justificación posible», en lugar de la teoría de la única respuesta posible.

La CI es una comunidad ideal. Se presupone que en la CI la aceptación la prestan personas idealizadas que no sólo comparten las normas de racionalidad, sino que también tienen (en alguna medida) sistemas de valores coherentes. Como tienen distintos intereses, pueden estar en disconformidad *in abstracto*, pero, a la hora de elaborar sistemas de valores coherentes, se dan cuenta de que la gente debe colaborar y, en consecuencia, son capaces de trascender a sus diferentes intereses y ponerse de acuerdo.

Ninguna de las comunidades jurídicas (CJ) *existentes en la actualidad* cumple estas exigencias. Incluso las mejores de nuestras aspiraciones encaminadas a la racionalidad continúan estando parcialmente logradas. Desde el punto de vista de la aceptabilidad, la comunidad jurídica esencial es, de esta forma, un ideal (CI), en donde el criterio de aceptabilidad es el discurso racional. Por otra parte, los principios del relativismo convencionalista moderado[16] significan que incluso aquellas personas que examinan los problemas de manera racional pueden (en principio) tener diferentes concepciones de los valores básicos. [...]

Tomando el análisis anterior como punto de partida, podría sugerirse, como resumen de este trabajo, la siguiente directriz o *principio regulador* (PR):

PR: Cuando se trate de un caso difícil, procura alcanzar una solución y una justificación tal que la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que piensen de forma racional puedan aceptar tu punto de vista y tu justificación.

El PR no es una manifestación de la ideología *Besser-Wisser* (sabelotodo). El principio regulador no confiere una autoridad para proclamar: tengo razón, sino que trata de:

1) invitar al intérprete (jurista o juez) a seguir las normas del discurso racional y

2) advertirle de los graves problemas del objetivismo de valores.

La aceptabilidad por parte de la mayoría de la CI es lo *más* que el juez o el jurista pueden alcanzar en su razonamiento. Esta clase de aceptabilidad ideal proporciona una directriz para el razonamiento, pero también, al mismo tiempo, la medida más objetiva para la crítica. Finalmente, la aceptabilidad como objetivo del razonamiento jurídico es «suficiente» para los seres humanos. ¿Por qué? Sencillamente, porque el principio regulador hace posible maximizar las expectativas de certeza jurídica de las personas. De esta forma, el principio regulador es una de las garantías básicas del Estado de derecho (*Rechtsstaat*). En este ámbito, la fórmula de la «única respuesta correcta» no nos ayuda en absoluto. No satisface nuestras necesidades sociales y no facilita herramientas para que el jurista alcance «el mejor resultado posible», es decir, la máxima aceptabilidad. Lo que realmente necesitamos en la sociedad no es una misteriosa única respuesta correcta, sino una justificación racional de las decisiones en la medida de lo posible, y una aceptación genuina y equitativa del principio regulador en todo el razonamiento jurídico (Aarnio 2010: 34-36 y 43-45).

16. Aarnio denomina su posición filosófica «convencionalismo relativista moderado». *Convencionalismo*, porque los juicios morales presuponen convenciones, la existencia de creencias mutuas compartidas. *Relativista*, porque los juicios morales «objetivos» sólo lo son *prima facie*. Y *moderado*, porque Aarnio no es un nihilista en materia de ética y no considera que los juicios de valor sean simplemente preferencias personales.

1) ¿Le parece acertada la posición de Aarnio? ¿Es el suyo un concepto aceptable de «razonabilidad»?

2) La diferencia de Aarnio con los partidarios de concepciones objetivistas de la moral como la de Nino es que, para este último, no todas las prácticas sociales o formas de vida son igualmente valiosas, sino que él (a diferencia de Aarnio) da preferencia a la práctica del discurso racional. ¿Es eso una ventaja o un inconveniente?

3) ¿Supone una concepción «moderadamente escéptica» como la de Aarnio un límite para la deliberación en contextos jurídicos (por ejemplo, un juez que siguiera la teoría de Aarnio parecería que sólo podría pretender motivar sus decisiones hasta un cierto punto, pero no podría presentar una «completa» justificación de la mismas)? ¿Se aplicaría a la postura de Aarnio las objeciones señaladas en VII,2,A («Las consecuencias del escepticismo»)?

4) Para defender la idea de que la objetividad de los juicios de valor (la aceptación por el auditorio universal) sólo puede establecerse en abstracto, mientras que desaparece en los juicios *consideradas todas las cosas*, Aarnio parece apelar a la experiencia ordinaria de la gente, o de los juristas. ¿Pero le parece que es así? ¿No se basa la idea de los «acuerdos incompletamente teorizados» de Sunstein justamente en la intuición contraria? Toulmin y Jonsen (que formaron parte de una Comisión del Congreso de los Estados Unidos encargada de establecer en los años setenta los principios de la bioética) propusieron una «rehabilitación de la casuística» que se basaba en su experiencia en la Comisión, que describen así: «En el momento en que el debate tenía lugar en el nivel de los juicios particulares, los once comisionados veían las cosas básicamente en la misma forma. En el momento en que se remontaban al nivel de los 'principios' iban por caminos separados» (Toulmin y Jonsen 1988). Y algo parecido es lo que refiere Tomás-Ramón Fernández, a propósito de su experiencia como abogado, en su diálogo epistolar con Alejandro Nieto (*vid.* VII,3,C).

5) ¿Qué le parece la siguiente crítica dirigida a la posición de Aarnio?

En fin, cuando el criterio sugerido por Aarnio se traslada a la práctica, lo que se produce, en mi opinión, es un resultado que no puede considerarse satisfactorio. Hace pocos días un tribunal español condenó a una mujer mauritana, porque esta última había obligado a una hija de 14 años a casarse y tener relaciones sexuales con un hombre de 40 años. La mujer y varios compatriotas suyos reclamaron ante las puertas del juzgado «respeto hacia sus tradiciones», esto es, hacia los valores característicos de su forma de vida. ¿Sería aceptable que los jueces hubiesen justificado su decisión esgrimiendo, como razón última, que la libertad personal (de la chica) era el valor que debía prevalecer aquí simplemente porque es el predominante en la comunidad jurídica española? ¿No supone eso un reconocimiento de que, si el juicio se hubiese celebrado en Mauritania (y, efectivamente, los matrimonios forzados formaran parte de la cultura allí predominante), entonces la decisión justificada habría sido otra? Otro ejemplo. Hace poco, la Corte Suprema mexicana declaró la constitucionalidad de una reforma del Código Penal del Distrito Federal que despenalizaba el aborto du-

rante las primeras 12 semanas del embarazo. Se trató de un caso muy controvertido y en el que se planteaba (como ocurrió anteriormente con otros tribunales que tuvieron que decidir casos parecidos en otros países) la cuestión de cómo interpretar el derecho a la vida y el derecho a la libertad personal. Supongamos que la forma de vida más extendida en México sea la que asume los valores de la religión católica que, como se sabe, considera que el aborto practicado en cualquier momento después de la concepción es un acto ilícito, moralmente prohibido. ¿Deberían haber resuelto los jueces ese problema de interpretación guiándose por ese criterio, si es que efectivamente es el mayoritario, y aunque pensaran que, en realidad, se trataba de un prejuicio contrario a los principios morales? (Atienza 2010: 73-75) (*vid.* sobre esto último VII,4.4,C).

5,C) CONTROVERSIA, RAZONABILIDAD Y PONDERACIÓN

Vuelva a leer la distinción entre discusión, disputa y controversia que aparece en V,3,E:

1) ¿Podría pensarse que ver la argumentación jurídica como un caso especial de controversia (no de discurso racional) supone una defensa de la noción de razonabilidad que se defiende en el texto: la razonabilidad como eficiencia o equilibrio entre exigencias contrapuestas (una aplicación de la metáfora de «la balanza de la razón»)?

2) Si se aceptara la tesis anterior (la argumentación jurídica es un caso especial de controversia), ¿cómo se abordaría la discusión acerca de la única respuesta correcta? ¿Y si, por el contrario, se viera la argumentación en términos de «discusión» o de «disputa»? ¿Ayuda la distinción entre discusión, disputa y controversia a plantear mejor ese problema?

VIII

¿CÓMO ARGUMENTAR?

1. ARGUMENTACIÓN Y RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS

En capítulos anteriores se ha partido de considerar la argumentación (la actividad argumentativa) como un procedimiento de resolución de problemas. Lo que da sentido a hablar de argumentación es el planteamiento de un problema que requiere una solución, en favor de la cual deben aportarse razones. Por eso, como es obvio, no todos los problemas son argumentativos y —cabría añadir— no todos los que son argumentativos lo son en la misma medida, con la misma intensidad. Hemos visto también que una argumentación es toda la actividad que media entre un extremo y el otro (el inicio y el final; el problema y la solución) y en la que se pueden distinguir no sólo argumentos (y líneas argumentativas), sino también otros pasos no argumentativos. El final de una argumentación (en el Derecho) es un enunciado directivo, o sea, un enunciado con una dirección de ajuste mundo-a-lenguaje: un deber, una sugerencia, etc.; pero, en algún paso intermedio, la solución a la que se llega puede ser expresada en un enunciado informativo, con una dirección de ajuste lenguaje-a-mundo: establecer como probado un hecho, explicar causalmente una acción, predecir un estado de cosas.

En todo caso, la resolución argumentativa de un problema no es exactamente lo mismo que la toma de una decisión al respecto, pero las dos operaciones están (o pueden estar) estrechamente vinculadas. El texto de una sentencia incluye una y otra cosa: la justificación —la motivación— de una decisión (que concluye con un enunciado como «debemos condenar a *X* a la pena *P*») y la decisión en cuanto tal («condenamos a *X* a la pena *P*»). Y un informe o un dictamen se concluye con una respuesta razonada a una cuestión jurídica que —si no es vinculante— no va acompañada de ninguna decisión, sino que es más bien una sugerencia (con mayor o menor fuerza) para que alguien tome una decisión. El Derecho en su conjunto podría verse

como una práctica compleja consistente en una buena medida en una serie de decisiones, o de propuestas de decisiones, acompañadas de argumentaciones (a favor o en contra de las mismas), para la resolución de ciertos problemas.

Las dos operaciones que examinábamos en los capítulos anteriores —el análisis y la evaluación de las argumentaciones— pueden verse también como procesos de resolución de problemas, pero subordinados de alguna manera al que ahora nos interesa: cómo argumentar. Y si comenzamos por preguntarnos qué es un problema jurídico, esto es, aquello que desencadena la necesidad de articular una solución al mismo mediante razones, lo primero que habría que decir es que en la categoría de problemas jurídicos pueden incluirse situaciones enormemente heterogéneas entre sí. En el caso de los jueces, podrá tratarse del problema de si se debe aceptar o no tal prueba, dictar o no un auto de procesamiento contra determinada persona, aceptar o no un recurso, considerar o no válido un contrato, un reglamento, una ley... Mientras que para un abogado, los problemas son, en cierto modo, más abiertos: traducir una serie de hechos en el lenguaje del Derecho (convertir un problema social en un problema jurídico), predecir la decisión de un juez, persuadir (a un juez, a un jurado, a un cliente, a otro abogado) para que tome tal decisión. Como también son muy abiertos los problemas que dan lugar a la argumentación legislativa: si se debe o no legislar sobre determinada materia, si hacerlo estableciendo determinadas obligaciones, prohibiciones, incentivos, etc., conducirá o no a los objetivos deseados, si esos objetivos están justificados, etc. Por otro lado, los problemas complejos (como los anteriores) pueden subdividirse en subproblemas. Por ejemplo, el juez que tiene que resolver un recurso lo hace descomponiendo el problema general en una serie de problemas parciales: ¿soy el órgano competente?, ¿cuáles son las cuestiones controvertidas (recuérdese la distinción que se hacía entre *problema* y *cuestión*) que debo resolver?, ¿cómo resolver cada una de ellas? Y lo mismo podría hacerse en relación con los problemas de los abogados, de los legisladores, etcétera.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Ahora bien, a pesar de toda esa diversidad, parece que es posible también señalar algunos rasgos comunes a todos los problemas jurídicos. Podrían ser los siguientes:

1) Se trata de problemas prácticos y que surgen como consecuencia de algún conflicto real o potencial. Hay muchas propuestas (algunas de carácter general, otras efectuadas a partir de disciplinas concretas) para identificar las fases en que puede descomponerse un proceso de resolución de problemas, pero en casi todas ellas parece

haber tres tipos de factores: cognoscitivos, vinculados a procesos intelectuales analíticos y orientados a la búsqueda de información para lograr una adecuada comprensión y representación del problema; afectivos, relacionados con aspectos motivacionales y de compromiso; y prácticos, que implican el uso adecuado de medios, estrategias, procedimientos y acciones necesarias para alcanzar la meta (Puente *et al.* 1989: 243). Pues bien, en los problemas jurídicos, las dos últimas dimensiones tienen una particular importancia lo que, por cierto, hace que sean muy distintos de los tipos de problemas (acertijos, problemas matemáticos y lógicos) en que se ha centrado en buena medida la investigación en la psicología cognitiva.

2) Suele hablarse también de problemas bien estructurados y mal —o pobremente— estructurados. En los primeros está bien definido el estado inicial y la meta que alcanzar del problema y hay un camino claro —pero no necesariamente fácil de encontrar— para pasar de una situación a otra. En los problemas mal estructurados no es así. Resolver una ecuación es un ejemplo de lo primero, y encontrar una vacuna para el sida, escribir un buen libro de argumentación jurídica o lograr un acuerdo para la paz entre Israel y Palestina, de lo segundo. Los problemas jurídicos ocupan un lugar intermedio; como ya hemos visto varias veces, el Derecho cuenta con diversos mecanismos de «simplificación» de los problemas que ingresan en el sistema desde el medio social; esos mecanismos contribuyen a definirlos y precisarlos. Pero, por otro lado, según cuál sea la instancia en la que nos situemos y el tipo de problema específico de que se trate, nos encontraremos en una posición más próxima a un extremo o a otro. En términos generales, los problemas a los que debe hacer frente un juez están mejor estructurados que los que se les presentan a los abogados o a los legisladores.

3) Los problemas están dados en un medio institucional, lo cual condiciona todo el proceso de resolución: cómo plantear el problema, qué vale como una solución del mismo, qué método es aceptable utilizar, qué posición institucional ocupa quien se enfrenta al problema, etc. Eso quiere decir que los modelos y las estrategias generales de resolución de problemas juegan en el Derecho un papel, pero limitado. Para resolver problemas jurídicos se necesita un conocimiento de la materia jurídica y un entrenamiento en técnicas específicas que, además, pueden variar según cuál sea el sistema jurídico de referencia, la materia jurídica afectada o el operador jurídico que tenga que resolver el problema.

4) Los problemas jurídicos afectan siempre —en mayor o en menor medida— a valores morales, en el sentido amplio de la expresión: o sea, lo que está implicado en ellos no es sólo la manera de alcanzar un objetivo, sino el carácter valioso de ese objetivo (lograr una indemnización, evitar un daño, adquirir un bien, obtener la garantía de un derecho...). El Derecho puede verse como una técnica —como una in-

geniería— social, pero los problemas prácticos que tiene que resolver están axiológicamente coloreados. Una buena solución a un problema jurídico no es nunca (o casi nunca) exclusivamente una solución «estrictamente técnica».

5) En la resolución de un problema jurídico, el lenguaje tiene siempre una importancia fundamental, por razones obvias. Digamos que, a diferencia de lo que ocurre con otros tipos de problemas, el lenguaje aquí no sólo es un instrumento para la formulación del problema y de la solución, sino que el problema envuelve siempre, en mayor o menor grado, una cuestión lingüística (cómo interpretar una norma —que se expresa mediante un enunciado lingüístico—, cómo calificar un hecho —en relación con alguna norma—, qué hecho ha tenido lugar —a partir de determinados documentos, testimonios—, etc.), y la solución supone casi siempre la producción de un discurso (oral o —con mayor frecuencia, al menos cuando se trata de problemas difíciles— escrito).

3. ETAPAS ARGUMENTATIVAS

Argumentar en el Derecho (o fuera del Derecho) significa, entonces, embarcarse en una actividad en la que pueden distinguirse diversas etapas. Como antes veíamos, en la tradición retórica se hablaba de una serie de fases u operaciones que se correspondían con otras tantas habilidades técnicas que debían (y podían) enseñarse en los cursos de retórica: *inventio* (a veces se anteponía la *intellectio*, el examen y comprensión del tema de la causa), *dispositio*, *elocutio*, memoria y *actio* o *representatio*; y en la *dispositio* se distinguían las siguientes partes del discurso: *exordium*, *narratio*, *divisio*, *argumentatio* y *peroratio*. Es interesante señalar que —como aparece también en esa tradición— la retórica no sólo se aprende, sino que su dominio depende de que se tengan ciertas aptitudes «naturales»; y el aprendizaje, por su lado, no es sólo cuestión de estudio, sino de práctica constante y de imitación de los buenos oradores.

En todo caso, parece claro que en la tradición retórica, la argumentación se ve en términos de resolución de un problema (cómo persuadir a un auditorio a partir de cierta situación inicial) y un subproblema (cómo componer un discurso que logre esa finalidad). Como también veíamos, esta división de partes del discurso es la que sirvió de inspiración a Van Eemeren y Grootendorst para distinguir cuatro fases en su concepción pragma-dialéctica de la argumentación: confrontación, apertura, argumentación y cierre. Es, cabría decir, enteramente natural que, para contestar a la pregunta de cómo argumentar, lo que nos resulte de más utilidad sea la concepción o perspectiva de la argumentación que se centra precisamente en la actividad de argumentar; y, en

particular, la visión retórica, en la que se trata de producir un discurso que se puede, hasta cierto punto, planificar, lo que no ocurre con el discurso dialéctico.

Pues bien, en mi opinión, para la resolución de un problema argumentativo en el Derecho (para argumentar), es útil distinguir las siguientes fases (lo que supone una cierta reformulación del esquema tradicional de la retórica): 1) identificación y análisis del problema; 2) propuesta de una solución; 3) comprobación y, en su caso, revisión de la solución; 4) redacción de un texto (o, en su caso, elaboración de un esquema para una exposición oral). El modelo propuesto no es lineal, sino que hay cierta interacción entre las diversas fases. Por otro lado, el anterior esquema no puede tampoco —en todas las instancias jurídicas— entenderse de la misma manera, haciendo abstracción de cuál sea la posición en la que se encuentra quien argumenta. En el caso de la tradición retórica, la perspectiva que se tiene en cuenta, si nos situamos en el género judicial (que, como se recordará, se contraponía al género deliberativo y al epidíctico o demostrativo) es la del abogado o el fiscal (el que se defiende y el que acusa); téngase en cuenta que en el Derecho griego y en el romano —en cuyo contexto se desarrolló la obra de los rétores— los jueces no motivaban sus decisiones. Aquí, por el contrario, nos interesa sobre todo (en este capítulo) la perspectiva del juez y, más específicamente, la del juez de apelación, esto es, la de quien tiene que resolver un recurso sobre cualquier materia jurídica.

3.1. *Identificación y análisis del problema*

Viene a corresponderse con la fase retórica de la *intellectio* (y, en parte, con un aspecto de la *inventio*: la determinación del estado de causa). Es, por lo demás, obvio, que esa operación significa cosas muy distintas según se trate, por ejemplo, de la argumentación de un abogado, de un legislador, de un juez de primera instancia o de un juez de apelación. Para este último, el problema general consiste en resolver si ha de aceptar o no el recurso, o algún extremo del mismo, que plantea una de las partes. Cuenta, por tanto, con un material argumentativo previo: el que han producido las partes y el juez de instancia (o los órganos que se hayan pronunciado con anterioridad); lo que también vale para el abogado de parte que ha de contestar una demanda o presentar un recurso. Pues bien, lo que debe hacerse en esta fase es, precisamente, analizar y evaluar esas argumentaciones. Para ello contamos ya con los diversos recursos que hemos visto en los dos anteriores capítulos y que permiten dividir esta fase en varias subfases: representación gráfica (mediante diagramas de flechas) de las argumentaciones previamente existentes; identificación de la cuestión (o de las cuestiones) controvertida(s): de prueba, de calificación, etc.; evaluación de los argumentos aportados al respecto por

el juez (o los jueces) y por las partes, para lo cual se puede utilizar el test entonces sugerido.

3.2. *Propuesta de una solución*

Durante la ejecución de la anterior operación, el juez ha ido conformando ya, de manera más o menos consciente, una idea sobre lo que sería la solución correcta de ese caso. Ahora llega el momento de formularla en términos explícitos y con la mayor precisión posible: podría aceptarse en bloque la solución propuesta por una de las partes, o bien conformar una solución que recoja aspectos de las diversas tesis examinadas. A diferencia de lo que ocurre con un abogado, que se plantea en esta fase la cuestión de cuál es la solución —jurídicamente plausible— que más beneficiaría a su cliente, el juez tiene que preguntarse cuál es la solución *correcta* del caso. Por eso, tiene pleno sentido decir que la idea de la única respuesta correcta opera, al menos para el juez, como un ideal regulativo. La estrategia que debería usar el juez entonces es lo que suele llamarse de «búsqueda hacia atrás». O sea, primero empezaría dando una respuesta (de acuerdo con su experiencia como juez, sus ideas sobre la justicia, etc.) al problema general: por ejemplo, se debería condenar a tal pena —o a una pena aproximada de...—; se debería declarar la validez de la norma; en un caso así no se debería indemnizar —o la indemnización tendría que ser mínima—; etc. Luego tendría que ir resolviendo todas las cuestiones más particulares de las que depende que se pueda llegar a esa solución final: hay argumentos sólidos para sostener que el hecho *H* ha quedado probado; que la norma *N* debe ser interpretada en el sentido *N'*; etc. La fase podría terminarse con un esquema (un diagrama de flechas) en el que aparecieran señalados los diversos pasos argumentativos hasta la solución final.

3.3. *Comprobación y revisión*

El esquema anterior puede usarse ahora para analizar con detalle la solidez de cada uno de los anteriores pasos. La estrategia que utilizar podría ser la siguiente. El juez tendría que ir planteándose todos los contraargumentos plausibles que podrían oponerse a los suyos en cada uno de esos pasos, y que evaluarlos. Si llega a la conclusión de que algunos de ellos tienen fuerza suficiente como para poner en peligro la solución por él propuesta (o sea, que no es posible refutarlos sin más), debería ver si cabe revisar la solución en aspectos no esenciales de la misma (por ejemplo, comprobar si es posible seguir otro curso argumentativo, alternativo al, en principio, sugerido), de manera que aquellas críticas queden desactivadas. Si no fuera así, tendría que considerar frustrada su propuesta de solución, y formular una nueva; o sea, volver a la fase anterior. Es bastante obvio que, par-

ticularmente en esta fase de comprobación y revisión, una discusión a fondo con otros juristas resulta de enorme ayuda: para descubrir nuevas objeciones, para consolidar extremos afirmados sin una gran convicción, etcétera.

3.4. *Redacción de un texto*

La fase fundamental de la argumentación es la de la elaboración de un discurso, que puede ser oral o escrito; todas las otras etapas cumplen, por así decirlo, una función preparatoria en relación con ésta. En el caso de los jueces de los sistemas jurídicos evolucionados, ese discurso, cuando se trata de problemas argumentativos de alguna importancia, se traduce en un texto escrito. Es importante tenerlo en cuenta, pues en la tradición retórica, el discurso oral gozaba de cierta preeminencia, lo cual explica la importancia que se concedió a la memorización y ejecución (representación) del mismo, que —como hemos visto— constituían las dos últimas fases de la actividad retórica. Naturalmente, las técnicas referentes a estos dos últimos aspectos (por ejemplo, la dicción, los gestos, etc., en la pronunciación de un discurso) siguen siendo de gran interés para los abogados (sobre todo, cuando tienen que actuar ante jurados), pero adquieren menor significación en relación con la argumentación judicial. Y lo que, desde luego, parece fundamental es ser consciente de la fuerte interrelación que existe entre la redacción de un texto argumentativo (por ejemplo, de una sentencia) y las otras fases del modelo: al tener que escribir un texto surgen nuevas ideas, nuevos argumentos, se rechazan otros que en principio parecían válidos, etc., y, en definitiva, uno se da cuenta de si es sostenible o no la tesis que se pretendía defender.

En esta fase se pueden distinguir, a su vez, dos aspectos (estrechamente conectados entre sí) que vendrían a corresponderse con lo que en la tradición retórica era la *dispositio* y la *elocutio*; la *inventio* —el hallazgo de los materiales, de los argumentos— está de alguna manera presente en todas las fases de la actividad retórica. Cabría establecer entonces aquí una nueva subdistinción, o sea, tratar primero de las partes del discurso (*dispositio*) y luego de la manera de exponer el discurso, del estilo (*elocutio*).

3.4.1. Partes del discurso

Como hemos visto, la *dispositio* se refería a la organización de un discurso en partes, y éstas eran esencialmente (aunque no todos los autores siguieron el mismo modelo; Aristóteles sólo admitió tres) las cinco siguientes (y por ese orden): *exordium*, *narratio*, *divisio*, *argumentatio* y *peroratio*. Esa doctrina sigue siendo de gran utilidad hoy para el jurista, pero debe tenerse en cuenta —como ya se ha dicho

varias veces— que se refiere más bien a un discurso oral y que las recomendaciones están hechas desde el punto de vista de quien tiene que defenderse o que acusar. La función fundamental del exordio es identificar el problema sobre el que hay que argumentar, con todas sus cuestiones y subcuestiones (etimológicamente, *exordium* significa «la urdimbre de una red» [Frost 2005: 46]); y encontrar un comienzo del discurso que permita captar la atención del auditorio, y volverlo receptivo y bien dispuesto hacia la tesis que se trate de defender. En la narración se exponen los hechos de la causa, los referentes a las cuestiones que tratar; debe ser breve, clara (a lo que contribuye exponer los hechos en el orden en que han sucedido) y verosímil. Luego se procede a la *divisio*, en donde se efectúa una división de los puntos que tratar y se distinguen aquellos en los que hay acuerdo de los controvertidos. A ello le sigue la *argumentatio*, en donde se exponen los propios argumentos y se refutan los contrarios; para ello vuelve a ser de gran importancia la doctrina de los estados de causa, pues cada tipo de problema jurídico tiene sus peculiaridades argumentativas; un consejo repetido aquí es el de comenzar con algún argumento fuerte, agrupar los argumentos débiles para que de esta manera ganen fuerza, y no ignorar los argumentos en contra, sino refutarlos. Finalmente, la *peroratio* es la ocasión para recapitular los argumentos ya avanzados y apelar a la emoción del auditorio.

Pues bien, aunque el esquema esté pensado para ser usado por los defensores y los acusadores en una causa, resulta de utilidad también para el juez, tanto si su sistema le permite seguir un estilo libre en la motivación de sus decisiones, como si debe seguir una estructura predeterminada. Y lo es porque, a fin de cuentas, se trata de un esquema que soluciona de manera efectiva el problema de cómo ordenar un discurso de carácter argumentativo: de alguna manera hay que comenzarlo, que narrar los hechos, etc.; o, mejor dicho, hay varias maneras de hacerlo, pero, según las circunstancias, sólo una (o alguna) de ellas resulta eficaz para lograr el propósito perseguido. Por lo demás, no se trata, naturalmente, de aplicar esos esquemas de manera mecánica. Pero parece que una adecuada motivación judicial debería seguir precisamente ese orden si bien, por ejemplo, el exordio puede ser muy breve y no necesita —o lo necesita en mucha menor medida que el escrito de un abogado— recurrir a elementos que capten la atención del auditorio; en general, el recurso a elementos persuasivos de carácter emocional debe hacerse con gran cautela y sin perder nunca de vista las peculiaridades de la función judicial; etcétera.

3.4.2. Expresión del discurso

Una vez que se sabe lo que se quiere decir y el orden en que debe hacerse queda todavía la cuestión de cómo hacerlo, esto es, de cómo

utilizar hábilmente los recursos del lenguaje para lograr el propósito que persigue quien argumenta. El lenguaje jurídico es un tipo especial de lenguaje y, por ello, todas las técnicas (y el conocimiento teórico en que se apoyan) para «escribir bien», en general, son de utilidad para el jurista. Por ejemplo, es útil conocer cuáles son los rasgos de los que depende la «legibilidad» mayor o menor de un texto escrito; cómo redactar en un estilo llano y eficaz; cómo evitar, en la medida de lo posible, la ambigüedad y la vaguedad; cómo han de organizarse los párrafos en un escrito; qué orden deben seguir los diversos componentes de una frase y cómo escribir frases eficientes; cómo elegir palabras adecuadas; cómo puntuar correctamente; cómo evitar errores gramaticales...

Pero el lenguaje jurídico tiene también sus propias peculiaridades con respecto al lenguaje general, al igual que tampoco se utiliza el mismo tipo de lenguaje en los diversos ámbitos del Derecho o por los distintos operadores jurídicos: no escribe —no debe escribir— igual un abogado que redacta una demanda que un juez que resuelve un recurso, etc. El lenguaje jurídico es un lenguaje funcional, en el sentido de que con él no se persiguen valores «literarios», estéticos, sino un propósito específico: resolver un determinado problema jurídico y hacerlo de manera que la solución resulte clara y persuasiva. No quiere decir que, por ejemplo, las figuras de dicción o de pensamiento no jueguen ningún papel en el Derecho; se usan con frecuencia, y hay muchas metáforas incorporadas al léxico jurídico (lagunas, fuentes del Derecho, ponderación...), pero debe hacerse con cierta cautela entre otras cosas porque, de no ser así, no resultan eficaces. El lenguaje jurídico ha de ser más bien sobrio e impersonal, pues está dirigido a auditorios que no buscan un placer estético en el acto de la lectura, sino entender de la manera más rápida y eficiente posible un texto para adoptar algún curso de acción al respecto. Las reglas fundamentales que seguir para ello vienen a condensarse en los tres clásicos preceptos de la retórica: claridad, precisión y concisión. Y, como suele decirse en relación con la escritura en general, no se puede escribir bien sin reescribir mucho.

En el caso de la redacción de las sentencias judiciales, quizás el mayor defecto que puede —suele— encontrarse hoy (al menos en el mundo latino) es el de su exagerada extensión. Hay diversos factores objetivos que contribuyen a ello: la escasez de tiempo; la participación de diversas personas en la redacción; la complejidad de los asuntos; la utilización de procesadores de textos que facilitan la incorporación de materiales; etc. Pero un jurista —un juez— bien formado debería ser capaz de hacer frente a esos problemas. Una argumentación *indebidamente* extensa es una mala argumentación que contribuye además a dificultar que el Derecho pueda verse como una empresa racional.

4. BUENA Y MALA ARGUMENTACIÓN

Lo dicho hasta aquí tiene un sentido en parte descriptivo y en parte prescriptivo; o, si se quiere, lo que se ha hecho es «reconstruir» cómo argumentaría un buen jurista, un buen juez. Pero argumentar bien no es sólo una cuestión de técnica, sino también de ética. En términos generales, no se puede argumentar bien si no se muestra una actitud adecuada y esto vale incluso en relación con la argumentación erística, esto es, cuando se argumenta con el único propósito de tener razón, de vencer al adversario.

Quintiliano definía al orador, siguiendo a Marco Catón, como un «vir bonus dicendi peritus» (*Institutiones Oratoriae* XII,1,1), esto es, como un hombre bueno experto en hablar bien. Según él, no se puede ser un buen orador, no se puede argumentar bien, si no se poseen determinadas virtudes: modestia, moderación, valentía, sentido de la justicia... Repárese en que con ello no se está diciendo que el buen orador debe además ser un hombre bueno, honrado; lo que se nos está diciendo es que, si un orador no fuese honrado, si careciera de las anteriores virtudes, se vería mermada su capacidad para obtener el éxito, pues no gozaría de credibilidad y, como en su momento vimos, la persuasión no se logra únicamente por medios racionales (mediante pruebas «lógicas»), sino también emocionales: apelando al *ethos* (o sea, al talante, a la credibilidad que pueda merecer el orador) y al *pathos* (a las emociones de los destinatarios). Y eso se aplicaría también a la argumentación erística, en el sentido de que quien pretende vencer en una contienda tiene, al menos, que dar la apariencia de que es alguien de fiar, de que «juega limpio»

Aplicado a la argumentación jurídica, a la argumentación judicial, lo anterior significa que argumenta mal, por ejemplo, el juez que se muestra inmoderado, que se refiere en tono despreciativo a los argumentos presentados por los abogados o por otros jueces y, especialmente, el que da razones para sospechar que no actúa de manera independiente e imparcial y vulnera, por ello, las reglas éticas de su profesión. Las reglas deontológicas, en suma, son también, en algún sentido, reglas argumentativas.

La interrelación entre elementos racionales, emocionales y éticos, necesaria para que tenga lugar la persuasión, está también presente en las tres tareas que se solían adjudicar al orador: enseñar, deleitar y conmover. Cada una de ellas, además, aparecía asociada a un determinado estilo oratorio: enseñar supone probar que es verdadero o correcto lo que se defiende y requiere de un estilo sencillo; deleitar implica ganarse la voluntad de quienes escuchan, para lo que es adecuado el estilo moderado; y para conmover, esto es, para excitar los sentimientos y mover a la acción, lo que se requiere es el estilo vehemente. Naturalmente, en cada tipo de discurso, de argumentación,

puede primar una u otra finalidad. De manera que el estilo ha de adaptarse al tipo de discurso y a cada una de las partes del discurso.

Por lo demás, seguramente todas las reglas que es posible establecer para argumentar bien (en sentido técnico y ético) pueden condensarse en estas dos: tener en cuenta el contexto, las circunstancias en las que se desarrolla cada argumentación; y atender siempre al conjunto de la argumentación, pues lo que persuade no suele ser un único elemento, sino una combinación de factores.

5. LA ARGUMENTACIÓN EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

Hemos dicho que la perspectiva desde la que nos situábamos para contestar a la pregunta de cómo argumentar era esencialmente la de un juez de apelación. Pero las apelaciones se resuelven normalmente en el ámbito de órganos colegiados, de tribunales, y eso plantea una complejidad adicional a la que hasta ahora hemos considerado. La decisión de un recurso de apelación, por lo general, no es una acción individual, sino colectiva; no se trata, por tanto, sólo de considerar las relaciones entre los medios y los fines, o la justificabilidad de los fines, sino que el juez que actúa —que argumenta— en el contexto de una apelación (en el sentido amplio de la expresión) tiene que considerar también los elementos estratégicos de su acción, esto es, tiene que contar con las reacciones de los otros miembros del tribunal: cómo argumentar bien significa, en parte, cómo hacerlo para persuadir a sus colegas —o persuadirse recíprocamente— respecto a cuál ha de ser la decisión que tomar. El contexto de descubrimiento de la decisión (lo que explica que se haya decidido de cierta manera) no es simplemente el fruto del proceso mental desarrollado por un individuo, sino de la interacción que ha tenido lugar entre los diversos miembros del tribunal. Y, por lo demás, como ya se ha indicado en un capítulo anterior, la propia distinción entre el contexto de descubrimiento y el de justificación es difícil —si no imposible— de establecer cuando la argumentación consiste propiamente una interacción social.

Lo anterior no quiere decir que haya que abandonar el esquema que se ha presentado antes para resolver un problema argumentativo en el Derecho. Pero sí que debe enriquecerse o adaptarse para dar cuenta de esta nueva dimensión. Si se quiere, el juez que participa en una deliberación con otros jueces podrá utilizar el anterior esquema, pero siendo consciente de que actúa en el contexto de una acción colectiva que está regulada (de manera más o menos explícita y estricta) por una serie de normas que configuran un procedimiento que seguir, en el que cabe distinguir distintas fases. Luis Vega (refiriéndose a la deliberación en un sentido amplio en el que se incluye la delibe-

ración judicial: «una forma interactiva de argumentación que pondera y gestiona información, opciones y preferencias en orden a tomar de modo responsable y reflexivo una decisión o una resolución práctica») habla de un procedimiento «estándar» que constaría de seis fases: «*i*) planteamiento del asunto que va a gobernar o centrar el debate y apertura de la sesión; *ii*) distribución de la información; *iii*) avance de propuestas y contra-propuestas; *iv*) escrutinios y ponderaciones, ajustes y revisiones; *v*) adopción de una resolución; *vi*) confirmación de la resolución tomada y clausura de la sesión» (Vega Reñón y Olmos [2]2012b, voz «Deliberación»).

Las deliberaciones judiciales siguen, por lo tanto —como no podría ser de otra manera— ese esquema general, pero presentan una serie de singularidades (lo que hace que se trate de una deliberación muy distinta a la que tiene lugar en los órganos legislativos [*vid.* IX,4]) que podrían resumirse en los siguientes puntos:

1) La deliberación judicial tiene lugar en el contexto de grupos de pequeño tamaño (suele oscilar entre 3 y 12 miembros), estables y a los que se pertenece en forma semi-voluntaria. Eso quiere decir que existe un profundo conocimiento mutuo entre sus miembros, de manera que es fácil saber por anticipado cuál sería la reacción de un colega ante una determinada propuesta; y, sobre todo, que cada deliberación no es una acción aislada, sino parte de una actividad que se prolonga en el tiempo: el resultado de la deliberación de hoy puede influir en la que tendrá lugar mañana. Hay, naturalmente, una diversidad de tipos humanos (de personalidades judiciales), pero quienes participan en ese tipo de órganos deliberativos tienen, cabría decir, un fuerte incentivo para esforzarse por mantener buenas relaciones con sus compañeros y, en cierto modo, para evitar, en la medida de lo posible, el disenso.

2) Se trata de una empresa que cabe calificar como cooperativa en cuanto los jueces persiguen, en principio, los mismos objetivos o un mismo objetivo abstracto: la aplicación correcta del Derecho. Pueden tener diversas concepciones del Derecho, diversas ideologías, pero no hay entre ellos conflictos de intereses (sino, en todo caso, conflictos de valores). De nuevo, ése es un factor que facilita el consenso y que explica también que la tendencia al disenso sea mayor donde mayor es el peso de los valores en las cuestiones por debatir (como ocurre con frecuencia en los tribunales constitucionales).

3) Quienes deliberan son profesionales que, en consecuencia, propenden a procedimientos ágiles y que consuman el menor tiempo posible. La deliberación sigue, por ello, pautas claras y precisas (contenidas en reglas que puede haber fijado el propio tribunal): cuál es el orden de intervención, qué rol juega cada uno de los miembros (por ejemplo, el presidente del tribunal, el ponente...), qué tipos de argumentos son admisibles, cuándo considerar que se debe cerrar la deliberación y proceder a votar, etcétera.

4) La deliberación tiene lugar en el contexto de una institución que cumple funciones bien definidas. Por eso, se argumenta —se delibera— de manera distinta según se trate de tribunales cuyas resoluciones sean o no recurribles, adquieran o no valor de precedente, etc. Y la posibilidad de emitir votos (motivados) disidentes o concurrentes no tiene como objetivo fundamental el que los jueces puedan satisfacer sus ansias individuales de creatividad, ni tampoco el permitirles un desahogo emocional o la descarga de su conciencia, sino —sobre todo— contribuir a la mejora de la institución: facilitar la crítica de las decisiones judiciales y, con ello, un futuro cambio de la jurisprudencia.

5) Las anteriores características parecen situar la deliberación judicial más bien del lado del discurso crítico racional: la imparcialidad y la independencia judiciales, junto con la obligación de motivar las decisiones —los tres principios fundamentales de la ética judicial— tienen el sentido objetivo de contribuir a una discusión racional; al igual que la organización de los procesos para permitir que las partes puedan expresar adecuadamente sus distintos puntos de vista. Pero existen también factores que parecen empujar en un sentido contrario: la sobrecarga de trabajo; la burocratización de la profesión; la falta de preparación técnica y de estímulos, que suele ir ligada a un sistema defectuoso en el nombramiento y promoción de los jueces; o el secreto de las deliberaciones, que puede estar justificado, pero que, naturalmente, va en contra de una regla importante de la discusión racional.

MATERIALES

1,A) EL CICLO DE RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS

En un excelente y conocido libro de texto de psicología cognitiva, Robert J. Sternberg distingue siete pasos que constituirían lo que él llama el «ciclo de resolución de problemas»: identificación del problema; definición del problema; construcción de una estrategia para resolver el problema; organización de la información sobre el problema; asignación de recursos; seguimiento del proceso; evaluación de la solución. Sternberg aclara que ese esquema debe entenderse de manera flexible, pues en ocasiones habrá que ir hacia atrás y hacia adelante, cambiar el orden o incluso saltarse alguno de los pasos:

1. *Identificación del problema*: Por raro que suene, identificar una situación como problemática es a veces un paso difícil de dar. Podemos no ser capaces de reconocer que tenemos un objetivo [...], que nuestro camino hacia el objetivo está obstruido [...] o que la solución que teníamos en mente no vale [...]. Si su problema es la necesidad de escribir un trabajo escolar, usted tendrá en primer lugar que identificar una cuestión sobre la que pueda versar el trabajo.

2. *Definición y representación del problema*: Una vez que identificamos la existencia de un problema, todavía tenemos que definir y que representar el problema suficientemente bien como para entender cómo solucionarlo. Por ejemplo, para preparar la redacción de su trabajo, tendrá que definir el tema suficientemente bien como para determinar la investigación que tiene que realizar y su estrategia general para escribir el trabajo. El paso de definición-del-problema es crucial porque si usted define y representa el problema de forma inexacta, será mucho menos capaz de solucionarlo. [...]

3. *Formulación de estrategia*: Una vez que el problema se ha definido de manera efectiva, el próximo paso es planificar una estrategia para resolverlo. La estrategia puede envolver *análisis* —desmenuzar el conjunto de un problema complejo en elementos manejables—. En lugar, o quizás como añadido, puede envolver el proceso complementario de *síntesis* —reunir varios elementos para ordenarlos en una unidad útil—. Al escribir su trabajo escolar, debe analizar los componentes de su tema, investigar acerca de los diversos componentes y luego sintetizar los tópicos en un primer borrador de su trabajo.

Otro par de estrategias complementarias envuelven pensamiento divergente y convergente. En el *pensamiento divergente* tratará de generar una ordenación distinta de posibles soluciones alternativas a un problema. Una vez que haya considerado una variedad de posibilidades, sin embargo, deberá embarcarse en *pensamiento convergente* para reducir las múltiples posibilidades para converger en una única y mejor respuesta —o al menos, la que usted considera que es la solución más prometedora, que intentará en primer lugar—. Cuando se encontró con el tema para su trabajo, primero usó pensamiento divergente para generar muchos temas posibles, y luego usó pensamiento convergente para seleccionar el tema más adecuado de los que le interesaban. En la resolución de problemas de la vida real puede necesitar tanto análisis como síntesis, y tanto pensamiento divergente como convergente. No hay una única estrategia ideal para abordar todos los problemas. Por el contrario, la estrategia óptima depende tanto del

problema como de las preferencias personales que se tengan en cuanto a los métodos de resolución de problemas.

4. *Organización de la información*: Una vez que se ha formulado una estrategia (al menos, una estrategia tentativa), está listo para organizar la información disponible de manera que le permita implementar la estrategia. Desde luego, a través del ciclo de resolución de problemas, está constantemente organizando y reorganizando la información disponible. En este estadio, sin embargo, usted organiza la información estratégicamente tratando de encontrar la representación que mejor le permita implementar su estrategia. Por ejemplo, si su problema es organizar la información para su trabajo escolar, puede usar un esquema para organizar sus ideas. [...]

5. *Asignación de recursos*: Además de nuestros otros problemas, la mayor parte de nosotros tiene que hacer frente al problema de disponer de recursos limitados, lo que incluye tiempo, dinero, equipamiento, espacio, etc. Algunos problemas requieren mucho tiempo y otros recursos, mientras que otros problemas requieren pocos recursos. Además, necesitamos conocer cuándo y qué recursos asignar. Los estudios muestran que los expertos (o los mejores estudiantes) que tienen que resolver un problema tienden a dedicar a los recursos mentales para una planificación *global* (un panorama general) más tiempo del que dedican los novatos. Los novatos (y los peores estudiantes) tienden a dedicar a la planificación *local* (orientada al detalle) más tiempo que los expertos [...]. Por ejemplo, los mejores estudiantes es más probable que empleen más tiempo en la fase inicial, decidiendo cómo resolver un problema y, por tanto, menos tiempo resolviéndolo realmente, que los malos estudiantes [...]. Al emplear más tiempo por adelantado decidiendo qué hacer, los estudiantes eficaces es menos probable que sean presa de salidas en falso, senderos tortuosos y todo tipo de errores. Cuando una persona asigna más recursos mentales a planificar a gran escala, es capaz de ahorrar tiempo y energía y de evitar luego frustraciones. Así, cuando escriba su trabajo escolar, probablemente emplee mucho de su tiempo llevando a cabo su investigación, organizando sus notas y planificando su trabajo.

6. *Seguimiento*: Un empleo prudente del tiempo incluye el seguimiento del proceso de resolución del problema. Quienes son capaces de resolver con eficacia problemas no se ponen en camino hacia una solución y luego esperan hasta haber llegado al final del camino para comprobar dónde están [...]. Más bien efectúan comprobaciones a lo largo de todo el camino para estar seguros de que se están aproximando a su meta. Si no es así, vuelven a valorar lo que están haciendo, quizás para concluir que han hecho una salida en falso, que se salieron de la pista en algún punto del camino o incluso que ven una senda más prometedora si toman una nueva dirección. Si está escribiendo un trabajo escolar, deseará comprobar si está progresando adecuadamente. Si no es así, deseará descubrir por qué.

7. *Evaluación*: Así como necesita hacer un seguimiento del problema mientras está en el proceso de resolverlo, necesita también evaluar su solución después de que haya terminado. Parte de la evaluación puede tener lugar de manera inmediata; el resto puede tener lugar un poco después o incluso mucho después. Por ejemplo, después de redactar su trabajo escolar, probablemente evaluará su texto, revisándolo y corrigiéndolo unas cuantas veces antes de entregarlo. Con frecuencia, durante el proceso de evaluación se producen avances clave. A través de la evaluación, se pueden reconocer nuevos problemas, el problema puede redefinirse, pueden surgir nuevas estrategias, pueden estar disponibles nuevos recursos o los ya existentes pueden ser usados de manera más eficiente. Por lo tanto, el ciclo se completa cuando lleva a nuevas ideas y empieza de nuevo (Sternberg 1999: 352-354).

1) ¿Cómo podría trasladarse el ciclo de resolución de problemas a la resolución de un recurso de casación? ¿Qué indicaciones podrían resultar útiles para llevar a cabo esa tarea?

1,B) ESTRATEGIAS GENERALES DE RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS

Al dar cuenta de las estrategias generales empleadas en la solución de problemas (el paso de un estado inicial a un estado final), la autora del texto que sigue (Postigo 2008) explica la distinción que suele trazarse entre los *algoritmos* y los *heurísticos*. Los algoritmos son «métodos que garantizan la solución de un problema, pero generan un espacio del problema [el conjunto de los estados o de las secuencias posibles de operaciones que pueden realizarse para alcanzar la meta] exhaustivo y seleccionan la alternativa mejor (por ejemplo, si estamos jugando una partida de ajedrez y nos toca mover, aplicar un algoritmo sería generar todos los posibles movimientos de las figuras que están en el tablero del ajedrez y analizar sus consecuencias)» (p. 227); tiene el inconveniente de que puede consumir mucho tiempo, y también de que es posible que, simplemente, no exista ningún algoritmo que pueda aplicarse para resolver el problema. En cambio, los heurísticos son «atajos o búsquedas selectivas que permiten un acceso rápido a la solución, reduciendo el número de estados del espacio del problema (por ejemplo, en el caso de la partida de ajedrez nos podemos guiar por el heurístico de 'salvar la reina amenazada' o 'desarrollar una buena estructura de peones', lo cual reduce sensiblemente el número de movimientos analizable)» (p. 227); los heurísticos son, por tanto, reglas de experiencia que consumen poco tiempo, pero no garantizan la solución del problema. Algunos de estos métodos heurísticos de carácter general serían: la búsqueda aleatoria, el método de ensayo y error, la búsqueda exhaustiva o sistemática (en profundidad y/o en amplitud), el método de subir la montaña o subir la cuesta, el análisis medios-fines, la división del problema en subproblemas o en submetas, la búsqueda hacia atrás, las analogías:

2.1.1 Búsqueda aleatoria

Consiste en buscar de manera desordenada la solución a un problema, dando, incluso, respuestas posibles y soluciones repetidas sin constatarlo siquiera. Es decir, se dan respuestas al azar esperando encontrar por casualidad la solución al problema. [...]

2.1.2 Ensayo y error

Consiste en seleccionar diferentes caminos para encontrar la solución del problema. En este caso, la búsqueda de la solución es ordenada y planificada [...] Esta estrategia puede ser adecuada si el espacio del problema es pequeño o cuando no se nos ocurre ninguna estrategia mejor. [...]

2.1.3 Búsqueda exhaustiva o sistemática (en profundidad y/o en amplitud)

[...] La búsqueda en profundidad es una búsqueda sistemática [a partir de un diagrama del problema] en la que se investiga un camino determinado. Se sigue una secuencia de movimientos hasta que se logra un punto en el que no se puede realizar ningún movimiento más. Si no se alcanza el objetivo, se vuelve atrás un nivel

y se empieza de nuevo la búsqueda hacia abajo [en el árbol del diagrama] a través de un nuevo camino. En la búsqueda en amplitud se analiza la posibilidad de los distintos estados de cada nivel del árbol antes de pasar al siguiente.

[...] [L]a estrategia sólo es válida para los problemas muy sencillos o cuyo espacio del problema no sea muy grande.

2.1.4 Subir la montaña o subir la cuesta

Esta estrategia es una modificación de la búsqueda en profundidad en la que se sigue un solo camino hacia una solución hasta un punto muerto o durante cierto número de movimientos, pero en cada punto o estado actual del problema se elige el movimiento que lleva más cerca de la meta. [...]

Este método no siempre funciona, porque en ocasiones no hay ninguna ruta desde un estado inicial a un estado final en la que cada movimiento lleve más cerca de la solución. [...] Por tanto, esta estrategia no serviría para aquellos problemas que requieren alejarse ocasionalmente del objetivo para finalmente alcanzarlo.

2.1.5 Análisis de medios-fines

[...] Consiste en comparar el estado inicial y el estado final o solución del problema, analizar la diferencia entre ellos y encontrar algún tipo de acción que la reduzca. Para ello, se divide el problema en subproblemas o submetas que nos van aproximando a la meta y reduciendo esa distancia. En cada submeta o estado del problema hay que seleccionar, entre las posibles operaciones permitidas, la más adecuada. [...]

2.1.6 División del problema en subproblemas o submetas

Una estrategia general muy común, que consiste en fraccionar un problema en varias partes —basada, por tanto, en la idea de «divide y vencerás»—, trata de reducir un problema amplio en varios más pequeños. [...]

2.1.7 Búsqueda hacia atrás

En comparación con la estrategia medios-fines, que supone una búsqueda hacia delante dirigida hacia la meta final del problema (o, como en el caso anterior, hacia sucesivas submetas), esta estrategia consiste en trabajar hacia atrás desde la meta del problema, a través del árbol estado-acción, hacia el estado inicial del problema [...]. La búsqueda hacia atrás suele ser útil en algunos problemas de matemáticas (por ejemplo, en demostración de teoremas).

Para aplicar esta estrategia, es necesario que la meta del problema esté especificada y que sea única. [...] Es decir, es una estrategia útil para problemas con menos caminos desde la meta que desde el estado inicial. [...]

2.1.8 Analogías

Esta estrategia consiste en utilizar la solución de un problema diferente como modelo para solucionar el problema presente. Es decir, la persona que resuelve el problema se basa en su experiencia con problemas resueltos previamente y la aplica a problemas nuevos. [...] Sin embargo, hay estudios que ponen de manifiesto que su uso es poco frecuente porque las personas tienen que *a*) detectar ese parecido o analogía entre problemas, *b*) recordar cómo resolvieron el problema anterior y *c*) ser capaces de aplicarlo al problema presente [...] (Postigo 2008: 227-235).

1) La investigación sobre la utilización y el rendimiento de los métodos anteriores se refiere fundamentalmente a problemas de tipo matemático o a acertijos, pero ¿pueden ser esos métodos de alguna utilidad en relación con problemas jurídicos y, en particular, con problemas jurídicos de tipo argumentativo? ¿Hay alguna estrategia (de las descritas antes) que resulte de particular interés para el Derecho, para la argumentación jurídica?

2) ¿Podrían jugar un papel las anteriores estrategias, al menos en el sentido de que suministran una serie de preguntas útiles para el que ha de resolver un problema (en el Derecho o en cualquier otro ámbito)? Las preguntas podrían ser de este tipo: ¿hay algún problema semejante al que estoy tratando de resolver?, ¿es necesario dividir el problema en subproblemas?, etcétera.

2,A) LA NATURALEZA DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

A) En *The Common law Tradition*, Karl Llewellyn trata de hacer frente a la crisis de confianza existente en los Estados Unidos (el libro está publicado en 1960) en relación con los tribunales de apelación, a los que considera «nuestro símbolo central y vital del Derecho» (p. 4). En las primeras páginas del libro, considera como algo «familiar y obvio hasta el aburrimiento», la idea de los psicólogos de cómo la gente en general y los jueces en particular toman realmente decisiones cuando se enfrentan con una situación problemática: no siguen un proceso deductivo a la manera de la lógica formal, sino que a través de intuiciones o experimentos mentales sucesivos van examinando diversas posibilidades, hasta dar con una solución del problema que les parezca satisfactoria. «En cualquier caso ordinario, una justificación razonada a favor del resultado representa una tarea subsiguiente [a la de la toma de decisión], que pone a prueba la decisión frente a la experiencia y frente a la aceptabilidad, apuntalándola y haciéndola persuasiva hacia uno mismo y hacia los otros» (p. 11). Por lo demás, los propios lógicos contribuyen a apoyar esa tesis, pues para deducir se necesita partir de una premisa mayor simple y sólida, y en el sistema jurídico existe un gran número de premisas mayores inconsistentes entre sí y entre las que es posible elegir. Para superar esa crisis de confianza (en la certeza del Derecho), Llewellyn considera que hay que mirar más que hacia la lógica o las ciencias de la conducta, hacia la propia tradición jurídica:

> Mientras tanto, los lógicos no nos han ayudado casi en absoluto a avanzar. Lo que nos dieron en el primer cuarto del siglo ha sido levemente suplementado por la semántica —que, en general, ha sido de pequeña ayuda en esta área—. Por lo demás, nos han dejado solos. Los psicólogos, durante esta última década, han hecho avances en la teoría del aprendizaje y la comunicación y en la investigación sobre motivación, que a mí me parece constituyen una promesa real para nuestro problema, pero la aplicación a nuestro trabajo no me parece, hasta ahora, que lleve más allá de lo que puede alcanzarse con nuestros propios materiales y nuestra experiencia por medio de sentido común entrenado (*skill horse sense*).
>
> Tampoco hay por qué admirarse por ello. Pues la investigación en la frontera está todavía, primariamente, en la cuestión de cómo los hombres encuentran *alguna* respuesta a una situación problemática, seguida entonces por una investigación acerca de cuáles son las líneas de proceder sensato para afrontar una situación problemática (especialmente una que envuelva cuestiones de alcanzar un fin); y más recientemente se está pasando a cuestiones de cómo los *grupos* llegan a alguna decisión (estudios sobre la conducta de pequeños grupos). Mientras que nuestro

problema es enormemente más difícil, tanto más difícil que casi pertenece a un universo de pensamiento diferente. El abogado no pregunta: ¿Cómo llega un tribunal de apelación a *una* decisión, a *alguna* o a *cualquiera* —en general, como modelo aproximativo, quizás en tres, incluso en cuatro o en siete casos de cada diez—? El abogado pregunta, por el contrario: ¿Cómo llega *este* tribunal de apelación a *la respuesta particular y concreta* que busca *en el caso particular y concreto*?

No conozco a nadie en las disciplinas sociales que se atreviera a responder a tal cuestión. Pero el abogado desea conocer en orden a *poder aplicar el conocimiento anticipado a un particular y concreto tribunal en el próximo caso ESPECÍFICO de apelación* en el que se vea envuelto. En el estado presente de las otras disciplinas sociales o de la ciencia de la conducta en general —teniendo en cuenta el trabajo publicado— sería una investigación ilusoria. Sería una fantasía.

La cosa sorprendente es que en nuestra propia disciplina, aunque resulte del todo inadvertido, se ha hecho un verdadero progreso no sólo en la dirección de intuir, sino también de documentar algunas guías verdaderamente muy útiles (Llewellyn 1960: 15-16).

B) En su discusión con Alejandro Nieto (*vid.* VII,3,C), Tomás-Ramón Fernández defendió la tesis de que el Derecho permite obtener casi siempre una solución correcta a cada caso: en treinta años de ejercicio profesional como abogado sólo se había encontrado —según afirmaba— en una ocasión con un caso que no la tenía. El carácter determinado del Derecho provenía, en su opinión, de la posibilidad de recurrir a la lógica formal, a la técnica jurídica y a las reglas suministradas por la teoría de la argumentación jurídica. Comentando esa discusión, Tomás-Ramón Fernández pone el énfasis en la necesidad de contar con el «escenario profesional», como elemento que facilita la búsqueda de la respuesta correcta (o que vuelve más simple la cuestión de si hay o no una respuesta correcta):

Hay un apunte en mis cartas a Nieto, que en la tuya no has comentado, sobre el que me gustaría insistir. Me refiero a lo que llamo el «escenario procesal». Me parece importante llamar la atención sobre esto, porque tiene que ver mucho con el problema de la única solución correcta y también con el de la técnica jurídica y con el de la argumentación, y creo que los teóricos del Derecho no le prestáis la atención que requiere. Cuando os proponéis un caso, tomado incluso de la realidad, sois, me parece, demasiado maximalistas o, si quieres, demasiado ambiciosos. Buscáis, ni más ni menos, *la* solución, en lugar de limitaros a indagar «la solución del caso tal y como se ha planteado».

Lo que quiero decir es que los problemas jurídicos nunca se plantean en abstracto. Surgen en la realidad, entre fulano y mengano, y se desarrollan de determinada manera y no de otra, en unas circunstancias concretas y no en otras distintas. Su discusión se produce en un proceso dado en el que se cruzan entre los abogados de las partes unos ciertos argumentos, más afortunados o menos. Podría ser de otro modo, en otras circunstancias, con otros abogados y manejando otras razones..., pero es como es y sobre esa concreta base es como ha de buscarse y obtenerse la respuesta correcta al conflicto así planteado.

Esto es bastante más fácil que buscar la respuesta correcta, en ese sentido más abstracto en el que vosotros acostumbráis a hablar. Está bastante más a nuestro alcance también, porque no se trata de hallar la solución justa, sino sólo la solución procedente en ese concreto caso (Fernández 2000: 959-960).

1) ¿Están diciendo lo mismo uno y otro autor? ¿Por qué es importante el rasgo que están subrayando de los problemas jurídicos? ¿Se trata de una característica que afecta a *todos* los problemas jurídicos, o sólo a los que se les presentan a los «prácticos» del Derecho (abogados y jueces) pero no a los juristas «teóricos»? ¿Es ésa una distinción importante a la hora de distinguir diversos contextos jurídicos de argumentación? ¿Por qué?

2,B) TÓPICA Y PROBLEMA

La noción de problema es clave en la *Tópica* de Viehweg. Según él, el método o el estilo de pensamiento característico del jurista es la tópica, y la tópica es una técnica del pensamiento problemático. Siguiendo a Nicolai Hartmann, Viehweg distingue entre el modo de pensar problemático o aporético y el modo de pensar sistemático, aunque esa distinción, para él, tenga un carácter simplemente relativo. Todo pensamiento —toda disciplina— surge a partir de problemas y da lugar a algún tipo de sistema, pero el acento puede recaer en uno u otro elemento. Si el acento se pone en el sistema, entonces éste opera una selección de los problemas, de manera que los que no caen bajo el sistema son apartados y quedan, sencillamente, sin resolver. Si, por el contrario, el acento se pone en el problema, entonces de lo que se trata es de buscar un sistema que ayude a encontrar la solución; el problema lleva así a una selección de sistemas y, en general, a una pluralidad de sistemas; aquí se trataría, por tanto, de algo así como de un sistema abierto en el que el punto de vista no está adoptado de antemano:

> El punto más importante en el examen de la tópica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el *problema*. Aristóteles lo subrayó en varias ocasiones [...] Las investigaciones de aporías en el libro tercero de la *Metafísica* son un buen ejemplo de ello. [...] El término *aporía* designa precisamente una cuestión que es acuciante e ineludible, la «falta de un camino», la situación de un problema que no es posible apartar, lo que Boecio tradujo, acaso débilmente, con la palabra latina «dubitatio». La tópica pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remedio. Es, por lo tanto, una *técnica del pensamiento problemático*.
>
> Todo problema objetivo y concreto provoca un juego de suscitaciones, que se denomina tópica o arte de la invención, es decir, utilizando las palabras de Zielinski, «el arte de tener presentes en cada situación vital las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso —bien entendido—, en ambos sentidos, es decir, tanto las razones a favor como las razones en contra. El autor citado dice muy acertadamente que ello constituye 'un medio extraordinariamente eficaz contra el simplismo... que marcha ciegamente hacia su objetivo'». [...]
>
> Para nuestro fin puede llamarse problema —esta definición basta— a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de una cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución. El desarrollo se puede describir abreviadamente del siguiente

modo: al problema, a través de una formulación adecuada, se lo introduce en una serie de deducciones más o menos explícitas y más o menos extensas. Si a esta serie de deducciones la llamamos sistema, entonces podemos decir, con una fórmula más breve, que, para encontrar una solución, el problema se inordena dentro de un sistema. [...]

La tópica no se entiende si no se admite, cualquiera que sea el modo como en particular se la configure desde el punto de vista conceptual, su inclusión dentro de un orden —no concebido como tal— que continuamente se está decidiendo. Se sigue de ello que este modo de pensar sólo puede contar con panoramas fragmentarios. [...]

¿Cómo puede acontecer esto [el modo de pensar tópico] en particular? Cuando se choca, dondequiera que sea, con un problema, se puede proceder de un modo simple tomando por vía de ensayo, en arbitraria selección, una serie de puntos de vista más o menos ocasionales y buscando de este modo unas premisas que sean objetivamente adecuadas y fecundas y que nos puedan llevar a unas consecuencias que nos iluminen. La observación enseña que en la vida diaria casi siempre se procede así. En estos casos, una investigación ulterior más precisa hace que la orientación conduzca a determinados puntos de vista directivos. Sin embargo, esto no se hace de una manera explícita. A un procedimiento semejante nosotros lo llamamos, resumidamente, *tópica de primer grado*.

Su inseguridad salta a la vista y hace explicable que se trate de buscar un auxilio, que se presenta a través de sencillos *repertorios de puntos de vista* ya preparados de antemano. De esta manera se producen catálogos de tópicos. A un procedimiento que se sirve de estos catálogos nosotros lo llamamos *tópica de segundo grado* (Viehweg 1964: 55-61).

1) Lo que entiende Viehweg —de manera no muy clara— por «problema», ¿es algo distinto a la noción retórica tradicional de «estado de causa» o a la actual de «caso difícil»? Y el modo de pensar aporético o problemático (que Viehweg toma de Hartmann) ¿vendría a coincidir con lo que Vaz Ferreira llamó «pensar por ideas para tener en cuenta», que el pensador uruguayo contrapuso también al «pensar por sistemas»?

2,C) CÓMO RAZONAN LOS JURISTAS EXPERTOS

En su libro *Il giudice sperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Patrizia Catellani presenta una síntesis de las características comunes de los expertos en un determinado campo a la hora de resolver un problema:

a) *Los expertos recuerdan mejor tanto a nivel de memoria a corto plazo como de memoria a largo plazo*. Ya se ha dicho que los ajedrecistas expertos recuerdan mejor que los no expertos las posiciones de las fichas en el tablero presentadas durante un breve periodo de tiempo, con tal de que se trate de situaciones de juego significativas [...] Resultados análogos se han observado también en otros campos de conocimiento. [...]

b) *Los expertos utilizan el razonamiento hacia adelante (*forward*) para la solución de los problemas* [...] los expertos tienden a seguir desde el inicio un recorrido que los lleva del estadio dado al estadio meta, como si todo el procedimiento de solución constituyese en su mente una sola unidad funcional en la que todos los pasos a seguir aparecen ligados entre sí en una secuencia. [...]

c) *Los expertos son más rápidos* [...]. El hecho de que los expertos sean en términos generales más rápidos que los inexpertos en la solución de los problemas no significa, sin embargo, que sean más rápidos también en todas las fases singulares del proceso de solución: [...] los resultados de la investigación indican más bien que los expertos pueden ser más lentos que los inexpertos en las fases iniciales del proceso de solución, es decir, en aquellas que se corresponden con la construcción de una representación del problema.

d) *Los expertos tienen mejores representaciones del problema.* Las representaciones de los expertos son mejores que las de los inexpertos porque se basan en la estructura profunda del problema (*deep structure*) y no en la estructura superficial (*surface structure*) [...]. La tendencia a basarse en la estructura profunda y no en la estructura superficial del problema explica las mayores capacidades de transferencia analógica que se pueden observar en los expertos en el interior de su dominio de conocimiento. [...]

e) *Los expertos tienen mejor capacidad de control sobre su propia actividad cognitiva* [...]. Poseer mejor capacidad de control sobre ellos mismos (*self-monitoring*) significa también saber prever con buena aproximación la cantidad de tiempo necesaria para resolver un problema y saber subdividir adecuadamente el tiempo de que se dispone en las diversas partes del proceso de solución. [...]

f) *Los expertos muestran su excelencia principalmente en sus dominios.* [...] Fuera de sus dominios respectivos, los expertos no parecen capaces de dar prestaciones mejores que los inexpertos. [...]

g) *Los expertos llegan a ser tales a través de una práctica de larga duración.* [...] [S]e habla de una media de 10 años de dedicación en un determinado dominio para poder alcanzar un nivel adecuado de *expertise* [...] (Catellani 1992: 45-49).

En ese mismo libro, la autora señala que en la solución de los problemas mal definidos (los característicos de las ciencias sociales), el razonamiento verbal (la exteriorización verbal del razonamiento) tiene una gran importancia (p. 54); y que la estrategia que seguir no es —no puede ser— el razonamiento hacia adelante, sino un razonamiento hacia atrás (basado en una estrategia de descomposición en subproblemas) o en una estrategia mixta (de hipótesis y verificación) (p. 149). En fin, el libro recoge una investigación empírica dirigida a mostrar las diferencias que, en el razonamiento judicial, se producirían entre el que lleva a cabo un experto y un inexperto en la resolución de un problema. Para ello se presentó un caso judicial en materia penal (que contenía los informes de la policía, la instrucción llevada a cabo por el juez y los interrogatorios e informes de los abogados y del fiscal en el juicio oral; pero no la decisión tomada) a 15 magistrados expertos (con al menos 5 años de experiencia como jueces) y a 15 inexpertos (jueces en periodo de pruebas). Se les pidió que leyeran el caso, efectuaran un razonamiento en voz alta, exponiendo el proceso mental seguido para resolver el problema, y propusieran una decisión especificando la cuantificación de la pena. Los resultados obtenidos habrían sido los siguientes:

El experto

La individualización de los diversos subproblemas está precedida con frecuencia por la *interpretación* del problema en su conjunto, caracterizada por algu-

nas afirmaciones de tipo metacognitivo que se refieren a la manera de afrontar el problema por parte del experto o a sus preconcepciones. En esta fase inicial, el experto no se limita a hacer afirmaciones, sino que las especifica puntualmente; además, contrapone su propia posición a otra posible, proponiendo una comparación que volverá a tomar luego en el curso del razonamiento.

Los *subproblemas* individualizados corresponden con frecuencia a hechos citados en el texto, retomados por el experto y sometidos a examen. En la identificación de eventuales *vínculos*, el experto establece relaciones condicionales o efectúa comparaciones de tipo alternativo con contenidos de conocimiento que pueden ser de dos tipos: hechos hipotéticos y, en tal caso, el vínculo es definible como «investigación de informaciones»; reflexiones jurídicas y, en tal caso, el vínculo es definible como «referencia a la ley». Para proporcionar *apoyo* a la existencia del subproblema identificado, el experto trata de especificar y de identificar los límites de todo lo que ha dicho anteriormente, efectuando sobre todo inferencias sobre los hechos.

La *solución* viene dada en forma de consecuencia del razonamiento precedente y/o a través de la identificación de una relación causal, y consiste principalmente en referencias al código y en juicios. En la *valoración* aparece ampliamente la elaboración de cuanto ya se ha dicho, pero también conexiones de tipo causal, hipotético, adversativo, final, etc.; desde el punto de vista de los conocimientos aparecen juicios y referencias al conocimiento del mundo utilizados en función de justificar la solución propuesta, pero también inferencias hipotéticas que pueden abrir el camino a la identificación de subproblemas ulteriores y de soluciones alternativas. El examen de los diversos subproblemas termina con la fase de *síntesis*, en la que el experto extrae las consecuencias de una serie de afirmaciones precedentes e identifica los límites de cuanto ha dicho, sobre todo haciendo referencia a los puntos de vista de los otros operadores jurídicos implicados en el caso examinado.

El inexperto

En el examen de un subproblema, el recorrido del razonamiento típico de los inexpertos presenta alguna semejanza con el recorrido de los expertos, pero también algunas diferencias evidentes, y sobre ellas versa la descripción que sigue.

En la *interpretación* inicial, el inexperto se caracteriza por la fuerte presencia de afirmaciones no especificadas. En calidad de *subproblemas* vienen identificadas las referencias al código. Los *vínculos* individualizados consisten en una acentuada referencia a la ley y en una escasa consideración de hechos hipotizados con lo que se corresponde puntualmente, en el nivel de estrategias locales, la ausencia de relaciones condicionales. Para proporcionar *apoyo* a la existencia del subproblema, el inexperto, a diferencia del experto, se refiere a los hechos más bien que a las inferencias sobre los hechos. Por lo que se refiere a la *solución*, la diferencia con respecto a los expertos se refiere solo a los contenidos, en los que se inserta la reflexión jurídica. En la *valoración*, los inexpertos no utilizan mucho las categorías de relación, que permiten conectar los diversos conocimientos entre sí, y en el nivel de los contenidos acentúan la referencia a la ley más que la referencia al conocimiento del mundo. En fin, en la *síntesis* de los inexpertos aparecen afirmaciones que son comentarios de su propio razonamiento, más bien que la tendencia a extraer las consecuencias de cuanto se ha dicho con anterioridad y a identificar límites en referencia al procedimiento seguido por otros operadores jurídicos (*ibid.*: 234-235).

1) ¿Le parece que son ésas —las señaladas en el texto— las diferencias existentes entre el razonamiento de los jueces (juristas) expertos e

inexpertos? Sean ésas u otras: ¿a qué se deben esas diferencias? ¿Hay alguna forma de «acortar» los tiempos para resolver problemas (para argumentar) como un jurista experto?

3,A) EL VALOR DE LA IMITACIÓN

En VIII,3 se ha señalado la importancia que tiene la imitación (junto al estudio y al ejercicio frecuente) como método de enseñanza de la retórica y, en general, de la argumentación. Quintiliano, en *Institutiones Oratoriae*, le atribuye un gran peso, pero pone también mucho cuidado en precisar que la imitación no es suficiente (entre otras cosas, porque la cualidad más importante del orador, el talento, no es imitable), que no está reñida con la invención, con la originalidad, y que se necesita discernimiento a la hora de decidir a quién se debe imitar y en qué. Al fragmento de Quintiliano le sigue una curiosa anécdota que refiere el historiador Paul Preston a propósito de dos políticos (ambos grandes oradores) del tiempo de la II República española:

A) Así pues, yo no aconsejaría que alguien se entregase tan exclusivamente a un solo modelo, al que deba seguir en todo. El más perfecto orador entre los griegos es Demóstenes, sin embargo tienen otros, mejor que él, alguna cosa en algún pasaje determinado, él a su vez muchísimas más que ellos. Pero no quien debe ser especialmente imitado, debe ser solamente imitado. ¿Pues qué? —dirá alguno—: «¿No es suficiente decirlo así todo como Marco Tulio lo dijo?». «A mí seguramente me bastaría, si pudiera conseguirlo enteramente». Pero ¿qué daño haría el introducir en algunos pasajes el ímpetu de César, la aspereza de Celio, la exactitud de Polión, el espíritu crítico de Calvo? Porque prescindiendo de que es propio de un orador prudente hacer suyo, si puede, lo que es óptimo en cada uno de los modelos, cuando en medio de la gran dificultad de esta tarea ponemos nuestra mirada en uno solo, apenas se obtiene como resultado alguna parte suya. Y por eso, puesto que a casi ningún hombre se le ha concedido reproducir enteramente el modelo, que se ha escogido, pongamos ante nuestros ojos lo bueno de muchos, para que quede fijada una cualidad de uno y otra de otro, y apliquémoslas en el lugar que convenga.

Pero que la *imitación* (y muchas veces repetiré lo mismo) no esté solamente en las palabras. La atención debe dirigirse a comprobar con cuánta belleza y conveniencia trataron aquellos hombres (modelos nuestros) los temas y los caracteres, cuál fue su modo de deliberar, cuál la estructuración, cómo todo, hasta lo que parece ser aducido para el deleite (estético), tiene por meta la victoria; qué se debe tratar en el *proemio*, qué orden y qué variedad en la *narración*, qué fuerza tienen la *demostración* y la *refutación*, cuán grande es el conocimiento exigido para mover los afectos de todo género (en la *conclusión*), de qué modo se obtiene provecho del aplauso y alabanza popular, la cual es hermosísima cuando —naturalmente— nos sigue, no cuando se la busca. Si previéremos estas exigencias, haremos entonces imitaciones verdaderas. Pero quien a estas observaciones añadiere también sus propias aptitudes buenas, de modo que complemente lo que faltaba y cercene lo superfluo, éste será el *orador perfecto*, que estamos buscando. Y éste debería llegar muy especialmente a su plenitud en nuestros días, cuando de sobra hay maestros en el arte del bien decir, muchos más que tuvieron los que todavía

hoy son los más eminentes. Pues ésta será también la gloria de ellos: el que se diga que superaron a sus predecesores y haber enseñado a los sucesores (*Institutiones Oratoriae* X,II,24-28).

B) Pese a las enormes diferencias políticas que siempre los separarían [se refiere a dos dirigentes políticos de la época de la II República española (1931-1936): el socialista Indalecio Prieto y la comunista Dolores Ibárruri], el lazo que ambos tenían tanto con Asturias como con el País Vasco hizo que Prieto siempre tuviera cierta debilidad por ella y, al término de uno de sus discursos parlamentarios, le pregunto dónde había aprendido a hablar tan bien, a lo que ella contestó: «Acudiendo a sus mítines» (Preston 1998: 350).

1) ¿Es, en efecto, la imitación un buen procedimiento para aprender a argumentar (o a construir un discurso retórico)?

3.1,A) FORMULAR EL PROBLEMA CON CLARIDAD

Los problemas jurídicos no son problemas científicos: un juez de apelación no tiene que resolver un problema de conocimiento, sino un problema práctico: cómo debe decidir un caso. Pero los problemas prácticos presuponen problemas —o conocimientos— teóricos, y, por lo demás, es obvio que existen analogías entre uno y otro tipo de problemas. Mario Bunge (2000) entiende que cualquier investigación, «científica o no, consiste en hallar, formular problemas y luchar con ellos». En el caso de la investigación científica, la secuencia central sería: Problema-Hipótesis-Ley-Teoría. Escribe:

Los problemas se resuelven aplicando o inventando conjeturas que, de ser contrastables, se llaman hipótesis científicas. A su vez, algunas hipótesis científicas se ascienden a veces a leyes, de las que se supone que reproducen estructuras objetivas; y las leyes se sistematizan en teorías. Así pues, el proceso creador de la ciencia arranca del reconocimiento de problemas y culmina con la construcción de teorías, cosa que a su vez plantea nuevos problemas, entre ellos, el de la contrastación de las teorías. Todo lo demás es aplicación de las teorías: a la explicación, a la predicción o a la acción; o bien es contrastación de las teorías (p. 143).

Pues bien, en el esquema general de resolución de problemas en la ciencia factual, Bunge distingue cinco estadios (cada uno de los cuales puede dividirse en cierto número de problemas particulares): formulación, exploración preliminar, descripción, interpretación y control de la solución (p. 171). Y, aunque considera que no hay «recetas infalibles» para preparar soluciones correctas a problemas de investigación, da «algunos consejos sobre la manipulación de los problemas de investigación [en las ciencias factuales o formales] para aumentar la probabilidad de éxito»: formular el problema con claridad; identificar los constituyentes; descubrir los presupuestos; localizar el problema; seleccionar el método; simplificar; analizar el problema; planear; buscar problemas análogos resueltos; transformar el problema; exportar el problema; controlar la

solución» (pp. 174-175). A propósito de la primera de esas reglas, comenta lo siguiente:

La primera operación, la *formulación del problema*, su planteamiento, es a menudo la más difícil de todas [...]. Por regla general, el enunciado del problema llega a ser una pregunta bien formulada y clara a medida que progresa el trabajo sobre el problema mismo; muchos problemas empiezan de un modo oscuro, embrional, y terminan en una pregunta que apenas hace más que parecerse a la cruda interrogación inicial. Algunas de las demás operaciones antes referidas —especialmente las de identificación de los constituyentes, descubrimiento de los presupuestos, simplificación y análisis— no apuntan sólo a la resolución del problema, sino también a su reformulación en una forma viable. «Un buen planteamiento es la mitad de la solución», como dice uno de los pocos refranes populares que son verdaderos (pp. 175-176).

1) ¿Hasta qué punto es válido el consejo de Bunge (formular el problema con claridad) para quien tiene que resolver un problema jurídico? ¿Podría decirse que la operación de formular el problema es más compleja (se parece más a lo que ocurre en la investigación científica) en el caso de los abogados que en el de los jueces, dado que estos últimos tienen que resolver, en cierto modo, problemas que anteriormente los abogados (y otros jueces, en el caso de las apelaciones) han contribuido a delimitar, a «cerrar»?

2) ¿Cuáles serían, en la investigación jurídica (desde la perspectiva de un juez, de un abogado o de un dogmático), los equivalentes a las hipótesis, las leyes y las teorías científicas?

3.2,A) EL PAPEL DE LAS INTUICIONES

Según Bruce Anderson, para estudiar el proceso de toma de decisión de los jueces, los realistas no se basaron en la distinción entre el proceso de descubrimiento y el proceso de justificación (*vid.* II,5), sino que distinguieron los cinco elementos o estadios siguientes (Anderson 1995):

(1) Meditar y problematizar (*brooding and puzzling*) sobre los hechos de un caso y preguntarse «¿cuál es la solución justa en este caso?», (2) avanzar una corazonada o una intuición tentativa acerca de lo que es justo en el caso, (3) chequear o poner a prueba la corazonada o intuición con las normas y principios relevantes y con lo que es considerado como la buena solución en éste y en otros casos similares que puedan surgir en el futuro, (4) alcanzar un juicio, una decisión o una solución, y (5) presentar o exponer el juicio, la decisión o la solución en la forma consagrada.

Veamos con detalle lo que dice acerca del segundo de esos estadios:

Para Frank, el elemento más significativo en el proceso de juzgar es la corazonada (*hunch*) o la intuición del juez. El juez Hutcheson dice que él espera a que se produzca el sentimiento o corazonada que es «ese *flash* intuitivo de comprensión que hace que salte la chispa de conexión entre la cuestión y la decisión» [...] Una

corazonada es una respuesta a la cuestión de «¿Cuál es la solución justa a este caso particular?». Para Hutcheson, la corazonada depende de la intuición porque él cree que «el impulso motivador vital para la decisión es un sentido intuitivo de lo que es correcto o equivocado en el caso particular [...]». En opinión de Frank, al examinar el proceso de la corazonada para llegar a las decisiones, es importante entender el proceso jurídico porque «si el Derecho consiste en decisiones de los jueces y si esas decisiones están basadas en las corazonadas del juez, entonces la manera en la que el juez obtiene sus corazonadas es la clave del proceso judicial. Lo que quiera que sea que produce las corazonadas es lo que crea el Derecho» [...] Frank identifica lo que produce la corazonada con las reglas y principios del Derecho, los prejuicios políticos, económicos y morales del juez, así como la personalidad del juez y toda la historia de su vida, que refleja su temperamento, su educación, su entorno y sus rasgos personales.

Aunque las explicaciones de Dewey y de Frank acerca del razonamiento son, en cuanto a su estructura general, semejantes, ofrecen explicaciones diferentes del proceso más específico mediante el que se alcanzan realmente las soluciones a las disputas jurídicas. Para Dewey [...], resolver una disputa jurídica envuelve dos actividades: (1) «examinar cuidadosamente las pruebas», lo que incluye determinar cuáles son los datos importantes en un caso y de este modo llegar a los hechos y (2) «seleccionar la regla» que es aplicable al caso. Estas dos operaciones están en correspondencia funcional entre sí en cuanto la observación suministra los hechos del caso y las reglas propuestas dirigen la observación, influyendo de esta manera en la selección de los hechos relevantes.

Frank, sin embargo, sostiene que, puesto que Dewey no investiga la determinación judicial de los hechos, la explicación de Dewey de la toma de decisión simplifica en exceso el proceso de la determinación de los hechos. Frank [...] argumenta que en la determinación de los hechos hay más cosas que «solucionar el problema interrelacionado de seleccionar los hechos relevantes y la regla de Derecho relevante». Él sostiene que Dewey escribe como si los hechos pudieran ser observados directamente y estuvieran esperando ya dispuestos antes de que empiece el juicio, y como si la tarea de los jueces fuese meramente recoger y elegir los hechos relevantes. Los «hechos», afirma Frank, no existen antes de que empiece el juicio. En efecto, los hechos son desconocidos e incognoscibles hasta que un juez anuncia la decisión; los hechos son los hechos determinados judicialmente. [...]

Frank [...] presenta la determinación de los hechos en el juicio como un proceso complejo y problemático. La determinación de los hechos comprende las actividades de (1) determinar los hechos, en el sentido de determinar qué ocurrió, y luego (2) seleccionar algunos de los hechos como relevantes para el problema que ha de resolverse. El primer estadio supone efectuar inferencias que no están previamente dispuestas o dadas. Pero realizar esas inferencias es una actividad problemática debido a factores humanos. Por ejemplo, la tarea del juez de primera instancia de establecer la fiabilidad de las observaciones de los testigos puede estar influida por factores que pueden quedar ocultos a un examen en profundidad y que no pueden ser fácilmente controlados. Estos factores incluyen observaciones defectuosas por parte de los testigos, testigos que mienten, los prejuicios del juez, falta de atención por parte de los jueces, abogados incompetentes, y la no disponibilidad de pruebas que pudieran ser relevantes. Además, un juez de primera instancia tiene amplia discrecionalidad para creer o no en cualquier parte del testimonio de un testigo. En el segundo estadio, la tarea del juez de primera instancia de seleccionar los hechos relevantes es también problemática. Esta actividad no sólo depende de los factores mencionados antes, sino que un juez de primera instancia también tiene discrecionalidad para

seleccionar los hechos relevantes en relación con cualquier parte de testimonios que entran en conflicto (pp. 335-336).

1) ¿Hay alguna diferencia significativa entre lo que proponen los realistas y el método para la resolución de un problema argumentativo sugerido en el capítulo y que sigue el esquema tradicional de la retórica? ¿Quizás que el texto está considerando la perspectiva de un juez de primera instancia y no la de un juez de apelación?

2) ¿Hasta qué punto se puede confiar en las intuiciones? En un libro clásico sobre la racionalidad, Herbert A. Simon atribuye un papel relevante a la intuición en la resolución de problemas y subraya la importancia que tiene para ello la experiencia previa que permite la adquisición de un «mecanismo de reconocimiento»: «En cualquier campo del conocimiento experto, la posesión de una elaborada red selectiva que permite el reconocimiento de uno de entre decenas de miles de objetos o situaciones es una de las herramientas básicas del experto y la fuente principal de sus intuiciones» (Simon 1983: 26). Dicho quizás de otra manera, la intuición —el que a uno se le ocurra de manera súbita la solución a un problema— existe, pero hay que trabajársela. ¿Está de acuerdo con ello?

3.3,A) EL CONTEXTO DE LA DECISIÓN EN LA FASE DE ENJUICIAMIENTO

En varios de sus trabajos teóricos, Perfecto Andrés Ibáñez ha insistido en la necesidad de una motivación exigente en materia de prueba; y su práctica como juez de lo penal (en los últimos años, como magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español) ha contribuido de manera decisiva a cambiar la cultura jurídica, en España y en varios países latinoamericanos, en el campo de la motivación (sobre todo) en materia penal.

En el primero de los fragmentos que se reproducen a continuación, el autor arranca de la distinción entre el contexto del descubrimiento y el contexto de la justificación («la distinción de Reichenbach») y, al aplicarla al razonamiento judicial en materia de hechos, introduce un tercer contexto: el de la decisión que tiene lugar en la fase de enjuiciamiento. En el segundo de los fragmentos, da cuenta de manera más detenida del proceso inferencial del juez (de tipo inductivo) en este tercer contexto:

A) Algunos autores, en momentos relativamente recientes, han considerado de utilidad la aplicación de la distinción de Reichenbach al terreno del razonamiento jurisdiccional, puesto que éste —aquí siempre desde la perspectiva del juez— aparece articulado en varios momentos, el que precede a la decisión, el de la adopción de ésta y el de su justificación. Estos momentos, en la práctica jurisdiccional son algo más que virtuales, puesto que tienen una dimensión institucional, y una ubicación en sedes orgánicas diferenciadas. Así, el contexto del *descubrimiento* se identifica con la fase de la investigación procesal, que concluye con la formulación, y la propuesta, al juez de una hipótesis, que aquí es la hipótesis acusatoria. En este ámbito, el juez o el fiscal investigador opera con

la lógica del detective, es decir, la propia del método abductivo, que consiste en «razonar hacia atrás». Esta actividad se produce, como es bien claro, en el marco de la experiencia acumulada en operaciones del género, pero, en el plano de la adquisición de conocimiento, de un modo no codificado sino muy abierto a las opciones individuales, a las ocurrencias del investigador, como criterios orientativos de la búsqueda y selección de las propuestas de explicación hipotizables. Ciertamente, a mayor simplicidad del caso el abanico de las opciones posibles será tanto menor, incluso, con frecuencia, las pautas de comportamiento del operador estarán «cantadas». Pero en los supuestos más complejos, las actitudes y aptitudes de éste serán determinantes en cada caso de su particular orientación. Un sujeto experimentado, dotado de imaginación y de excelente memoria, ante un caso difícil, se moverá en un horizonte de posibilidades de mayor amplitud y previsiblemente más fructífero que el que no goce de tales condiciones iniciales. Por eso, se ha señalado, que la elección de los criterios-guía llamados a conducir la investigación es materia cuyo estudio corresponde más a la psicología y a la sociología que a la epistemología.

La formulación de la acusación da paso a la fase de enjuiciamiento que es el *contexto de la decisión*, momento específico del quehacer jurisdiccional, situado a caballo entre los dos que distingue la filosofía de la ciencia. Se inicia con la actividad probatoria, en la que cada parte opera con referencia a la hipótesis que intenta hacer prevalecer. Con el resultado de esa actividad, el juez evaluará la productividad explicativa de la hipótesis propuesta por la acusación, en concurrencia con las hipótesis alternativas que se le opongan. O dicho con palabras de Uberti, aquí «el campo de las alternativas queda definido por las hipótesis reconstructivas que hayan superado la verificación resultante de la comparación con los resultados aportados por las pruebas practicadas. Y de esa situación se sale mediante la elección de la propuesta que, por conferir sentido a la mayor cantidad de datos probatorios, se estima dotada de mayor capacidad explicativa».

El *contexto de justificación* se abre con esa elección y en él deberá demostrarse que ella cuenta con un fundamento racional. Pues lo que aquí se trata de acreditar argumentativamente es que sea operado con el necesario rigor formal en la obtención de los datos probatorios y en la articulación de la cadena de inferencias que, a partir de ellos, lleva a tener ciertos hechos por probados.

La indudable utilidad de trasladar el modelo de Reichenbach a nuestro terreno es que contribuye a profundizar en el conocimiento del *modus operandi* judicial, claramente necesitado de reflexión y de análisis. De esta manera, también el propio juez puede ser más consciente de la naturaleza de su propia actividad y ejercer un mayor y mejor control racional de su desarrollo. Por lo demás, es bien claro que los aludidos momentos o contextos del proceder jurisdiccional son el resultado de una disección analítica y forman una secuencia lógica y no cronológica. En el modelo ideal se encuentran estrecha y dialécticamente relacionados, de manera que si es cierto que el juez al motivar parte de la decisión, también se trata de que al decidir tenga ya en cuenta la necesidad de motivar razonadamente su opción (Andrés Ibáñez 2007a: 230-232).

B) El proceso inferencial del juez en el enjuiciamiento, como se ha anticipado, tiene por punto de partida la previa formulación de una hipótesis acusatoria, que antecede a la apertura del juicio y presupone una labor investigadora. [...]

Esa hipótesis debe ser contrastada, discutida, en el curso de la actividad probatoria, donde resulta confrontada con otras hipótesis, las de la defensa, que brindarán a su vez propuestas de explicación del caso, alternativas a la acusación, con el propósito de invalidarla.

El resultado de la actividad probatoria conforma las premisas de la inferencia en materia de hechos, que lleva a una conclusión recogida en una afirmación asimismo de naturaleza fáctica, del género: A ha causado o no la muerte de B.

Esquemáticamente y como rasgos de la experiencia inductiva del juez, pueden señalarse los siguientes:

a) Tiene como antecedente *remoto* y *externo* al proceso un acaecimiento humano que rompe la normalidad y que interesa al derecho penal, como posiblemente delictivo.

b) El punto de partida *inmediato* e *interno* al proceso es una hipótesis acusatoria fruto de la investigación judicial [o del fiscal]. Es decir, un conjunto de enunciados con el que se trata de explicar válidamente cómo se ha producido aquel hecho.

c) Esta hipótesis —obviamente, verosímil y plausible, *prima facie*— debe ser contrastada mediante la actividad probatoria y podrá considerarse válida si resulta suficientemente probada, es decir, si obtiene una pluralidad de confirmaciones. Una pluralidad, dada la normal ambigüedad de los indicios.

d) La hipótesis acusatoria, para que pueda prevalecer, habrá debido resistir las contrapruebas que se le opongan.

e) Para que prevalezca la hipótesis acusatoria no basta con que las pruebas que la sostienen hayan dado resultado positivo. También tendrán que resultar eficazmente desvirtuadas las hipótesis alternativas. Porque es obvio que en presencia de dos hipótesis, la acusatoria y otra que se le oponga, igualmente fundadas y de similar calidad explicativa, procesalmente, habría que optar por la segunda.

f) A mayor complejidad de la cadena de inferencias, menor será el grado de probabilidad de la inducción probatoria.

g) Las pruebas son tanto más eficaces, por más informativas, cuanto mayor es su contenido empírico (*ibid.*: 178-179).

1) El autor habla desde la perspectiva de un juez de primera instancia y debe tenerse en cuenta también que, en España, quien instruye o investiga las causas penales son jueces (no fiscales). ¿Pero podría trasladarse ese proceso de comprobación y revisión de la hipótesis acusatoria a la apelación? ¿Qué cambios habría que introducir?

2) ¿Estaría de acuerdo con la propuesta de emparejar los tres procesos de investigación, toma de decisión y justificación con estos tres tipos de razonamiento: abducción, inducción y deducción?

3.4,A) SOBRE LA ESTRUCTURA DE LAS SENTENCIAS

En «Una nueva estructura de las sentencias en México», Roberto Lara (2011) entiende que para determinar cuáles son los elementos que debería tener una «sentencia modelo» se debe partir de la idea de que «una sentencia es una pieza de argumentación jurídica en la que se muestran los resultados de un proceso de razonamiento elaborado por el juez» y que básicamente constaría de los siguientes elementos: el planteamiento de un problema, los hechos controvertidos que originaron el problema, la hipótesis de solución, la comprobación de la hipótesis, la conclusión o conclusiones que contienen la solución del problema (pp. 148-149). Sobre esa base, propone una serie de principios dirigidos a clarificar la estructura de

las sentencias y a mejorar la práctica argumentativa de los jueces y de los funcionarios que tienen a su cargo la redacción de las mismas:

[L]a sentencia se traduce en un «documento final» que tiene detrás toda una actividad intelectual, más o menos compleja, en la que posiblemente hubo hipótesis descartadas, diálogos entre el juez y otras personas, deliberaciones personales, premisas que no se utilizaron, búsqueda de premisas, comprobación o no comprobación de otras y un largo etcétera. Considero que todos estos elementos que fueron sin duda importantes para alcanzar la decisión, no necesariamente tendrían por qué formar parte de la sentencia. La sentencia es la pieza final de un proceso de este tipo en la que lo más importante es la «claridad» de la exposición, por un lado, del problema y los hechos controvertidos y, por otro, de la justificación de la solución. De este modo, lo que se sugiere mostrar es el proceso de argumentación que llevó a cabo para el resultado concreto de que se trate, es decir, eliminar del texto de la sentencia los procesos que no abonan en nada al resultado.

Pues bien: puesto que el enfoque argumentativo del derecho busca esencialmente mejorar la práctica argumentativa de los operadores jurídicos, la pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿qué tipo de estructura de las sentencias sugiere este enfoque? La respuesta en abstracto sería: una estructura que permita al lector entender cómo fue que se acometió el problema, cómo se plantearon las tesis principales de la resolución y qué razones se dieron para ello. De este modo, como se dijo, podríamos empezar por eliminar todo aquello que no abone al propósito comunicativo y persuasivo del enfoque propuesto, es decir, eliminar todo aquello que no sea estrictamente necesario para solucionar el problema planteado. Para intentar concretizar este enunciado abstracto, me permito proponer los siguientes principios:

3.1. Principio de precisión de los hechos. Un primer principio sería presentar sucintamente una narrativa de los hechos mediante la cual se precise claramente la base fáctica del problema. Aunque parezca extraño, en nuestro país [México] a menudo encontramos sentencias en las que no se sabe a ciencia cierta qué ocurrió en la realidad empírica que desencadenó el problema a resolver. El inmenso mar de tecnicismos procesales oculta esos hechos y, por lo regular, no se draga el fondo para hacerlos emerger. Por ello, considero que es sumamente importante que el juez haga un breve relato de los hechos que constan como probados en el expediente para que el lector sepa de qué va a tratar la sentencia. A final de cuentas, los problemas que resuelven los jueces (casi) siempre se refieren a la prueba de los hechos o la calificación jurídica de los mismos, por lo que conviene que en la sentencia siempre quede claro de qué hechos se trata.

Desde mi punto de vista, este apartado podría quedar integrado por dos partes: una en la que se recogiera de manera sencilla y sintética lo que sucedió antes de que, por ejemplo, se solicitara el amparo; y una segunda en la que se narraran exclusivamente los datos procesales necesariamente útiles para pasar al discurso argumentativo del fallo. La suma de estas dos partes nos daría como resultado el «aspecto narrativo» de la sentencia.

Las siguientes son unas sencillas reglas que propongo para llenar este apartado:

a) El estilo de la narración debe ser indirecto (*oratio oblicua*), es decir, la descripción de las acciones de los protagonistas de los hechos (el quejoso, el acusado, el actor, el demandado, etcétera), debe estar a cargo de un narrador que, en este caso, es el juez, el tribunal, la sala o el pleno, según corresponda. El narrador debe presentar en su propia voz las ideas (los argumentos) de los protagonistas; debe enunciar los hechos que ocurrieron mas no mostrarlos. Los hechos han de pasar por la mente del narrador; éste los ha de abstraer y comprender para luego

comunicarlos en las sentencias. En consecuencia, deben obviarse, en lo posible[1], las transcripciones y las citas textuales.

b) El centro del contenido de la narración deben ser las *acciones* realizadas. El narrador debe enfocar su relato en los hechos principales que dieron origen a la controversia: la celebración de una compraventa, la muerte de una persona, el pago de un impuesto, la celebración de un matrimonio, el registro de un domicilio, la privación de la libertad, etcétera. Debe prescindirse en lo posible de las acciones institucionales que fueron realizadas por los protagonistas, pues éstas tendrán su lugar en los siguientes «resultandos» de la sentencia. Así, deben obviarse detalles tales como los números de expediente, los nombres o títulos de los tribunales, cambios que han sufrido éstos, el nombre de los abogados y/o pasantes, los lugares señalados para oír y recibir notificaciones, los poderes legales conferidos, y otros datos por el estilo.

c) Los hechos narrados deben estar delimitados por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron. Las acciones tuvieron lugar en un momento y en un lugar determinados; el narrador debe cuidar que las circunstancias referidas queden establecidas de la mejor manera posible. A mayor claridad y detalle de estas circunstancias, mayor será su efecto comunicativo; si esto se cumple, el terreno quedará preparado para la argumentación.

d) El orden utilizado debe ser directo o histórico. Los hechos han de ordenarse cronológicamente, de tal forma que se dé cuenta de cómo se sucedieron los mismos. Es importante que el narrador vigile la línea del tiempo que recorren los hechos.

e) El narrador debe procurar que el relato sea sucinto y conciso. Los detalles a propósito de las circunstancias temporales, locales y modales deben acotarse a lo estrictamente necesario. La narración debe referirse a todo y a sólo lo ocurrido. El narrador ha de determinar discrecionalmente lo que considera necesario para el contenido y límites de la narración, pero en todo caso, ha de guiarse por un principio de brevedad.

3.2. Principio de delimitación. Aunque parece obvio, la desgracia de muchas malas sentencias comienza con el descuido del deber de fijar cuidadosamente la cuestión. Es sumamente importante que los jueces estudien con seriedad las constancias y hagan un esfuerzo interpretativo para entender, primero, y plantear, después, el problema que va a resolverse. Tómese en cuenta que los abogados muchas de las veces no son muy claros precisamente en los escritos que elaboran, así como tampoco lo son ciertas autoridades. Sin embargo, la carga de entender y exponer la «cuestión efectivamente planteada» corre exclusivamente a cargo del juez, quien no podrá acusar de falta de claridad a las partes o a las autoridades; en todo caso, puede indagar o solicitar las aclaraciones pertinentes a fin de alcanzar la comprensión del problema que va a resolver. Como se dijo, este punto se compone por dos partes: 1) entender el problema; y 2) saberlo plantear. La segunda parte es la que suele quedar oculta en las sentencias, quizás por falta del hábito correspondiente. Una forma de mejorar los planteamientos es utilizar la pregunta expresa. Así, un sub-apartado de la sentencia se podría iniciar perfectamente con preguntas como éstas: ¿el tribunal colegiado realmente omitió el estudio de los conceptos de violación?, ¿el artículo 34 de la ley X introduce una distinción

1. Aquí aparece una nota a pie de página (se ha prescindido de las demás) que dice: «No pasa inadvertido que muchas veces, debido a la falta de claridad de un determinado texto, o a la sorprendente barbaridad que encierra —difícil de creer por un lector— resulta conveniente hacer alguna transcripción. En todo caso, el uso de la transcripción será excepcional».

injustificada entre dos grupos de contribuyentes?, ¿los agravios están dirigidos a contradecir la sentencia recurrida?

3.3. Principio de economía de las sentencias. Como tercer principio, deberá cuidarse que la presentación final de la sentencia contenga todo lo necesario y sólo lo necesario para la construcción de los argumentos. No es extraño para (casi) nadie, en el ámbito de la práctica judicial mexicana, que las sentencias se han convertido en enormes documentos que contienen una enorme cantidad de información que es lógicamente innecesaria y prácticamente inútil. Las transcripciones de los antecedentes procesales, la demanda, la sentencia recurrida, los recursos, la relación de medios de prueba, etcétera, bien podrían eliminarse. En lugar de plasmar toda esa información, sería mucho mejor, por un lado, hacer una criba para seleccionar la información estrictamente necesaria para la sentencia. Y con ello me refiero, tanto a los documentos mismos (demanda, sentencia, recurso, etcétera) como a los argumentos o datos que quedan en ellos contenidos. Por ejemplo, en la revisión de un amparo indirecto, podría no tomarse en cuenta la demanda de amparo si quien redacta la sentencia se da cuenta de que el problema a resolver se agota en el fallo recurrido y en el recurso correspondiente y, todavía más, si dentro de la sentencia existen doce argumentos, de los cuales sólo cuatro van a formar parte del problema a resolver, se puede prescindir del resto.

Muchos funcionarios judiciales suponen falsamente que si no se da cuenta de todo un documento, se está faltando al principio de exhaustividad. Esto no es así. Es necesario «perder ese miedo» y, desde luego, también es necesario que quienes deciden «acepten» que este tipo de recortes no altera en modo alguno ningún principio legal o ninguna regla. Los problemas que se resuelven en una sentencia se resuelven a partir de los elementos que los componen, es decir, con una serie finita de enunciados (normativos o fácticos) a partir de los cuales se desplegará el razonamiento. Aunque estos enunciados «vivan» en (o pertenezcan a) un universo determinado de enunciados, ello no significa que debamos invitar al argumento a todo el universo de que se trate. Así, el deber del funcionario judicial (letrado, secretario de estudio y cuenta, magistrado auxiliar o como se llame) es hacer buenas síntesis de los documentos a fin de extraer los argumentos realmente relevantes.

No pasan inadvertidas innumerables voces conservadoras que se rehúsan a pasar de la transcripción a la buena síntesis. Los motivos deben ser múltiples: van desde la mundana pereza, pasan por los malos hábitos de trabajo y terminan en la tozudez más ramplona. Uno de los argumentos más usados (y al mismo tiempo más falaces) en contra de este tipo de propuestas es el relativo a que es mejor la transcripción porque así se evita que una mala síntesis deje fuera del argumento información relevante. Desde luego, la sugerencia que aquí se presenta supone de manera entimemática que los funcionarios van a presentar buenas síntesis. La pendiente resbaladiza que sobresale en los detractores no demuestra que la síntesis sea una mala idea. Asimismo, la transcripción no se traduce en una especie de vacuna de la infalibilidad, pues quien deja información fuera del discurso puede hacerlo igual con transcripción que con síntesis.

3.4. Principio de coherencia interna. Se sugiere que la estructura de la sentencia siga una línea conductora sencilla y ordenada que permita al lector entender básicamente tres partes: el planteamiento del problema; el desarrollo argumentativo (razones a favor y en contra de cada una de las pretensiones); y la solución final del conflicto con su motivación correspondiente. Para que esto se logre, es necesario que los apartados de la sentencia sean excluyentes, esto es, debe vigilarse que no se repita la información de un apartado en otro, pues eso oscurece la presentación. En este sentido es muy importante ensayar, en la medida de lo posible, diferentes modos de presentación para elegir el más adecuado de acuerdo con el problema.

En esta misma línea, los reenvíos que se hacen de una a otra parte de la sentencia deben quedar claros, especialmente a la hora de los puntos resolutivos. Es más conveniente especificar el qué, por qué y para qué se decidió en un determinado sentido que extraviar al lector para que encuentre por él mismo el significado último del resolutivo. A veces no se entiende que después de haber repetido cierta información varias veces en la sentencia, se termine con un mensaje lacónico, por no decir críptico a la hora de los puntos resolutivos.

3.5. Principio de claridad. Debe utilizarse un lenguaje sencillo, procurando evitar barroquismos y otros vicios como la circularidad de los argumentos y, en general, todo tipo de falacias. En este sentido [...] no debemos confundir la profundidad con la oscuridad: hay argumentos sencillos y profundos; lo oscuro regularmente no refleja profundidad en el pensamiento sino desorden y caos. Para ilustrar al lector, presento aquí un fragmento real de una sentencia y la correlativa corrección que aquí se sugiere:

Sentencia real	Propuesta
QUINTO.—La materia de la revisión, competencia delegada a este Tribunal Colegiado de Circuito, se circunscribirá solamente al examen de los parlamentos que se erigen como pedestal del «primero» de los conceptos de quimera que formula la desavenida. El cual, indíquese, lo encausa a destruir los raciocinios jurídicos que cargan el primer punto resolutivo del fallo que se recurre, donde se decretó un sobreseimiento en el juicio constitucional incoado. En tanto, la suerte procesal que, por el momento, tiene que correr el restante motivo de divergencia también hecho valer por aquélla («segundo») mismo que ve al fondo de la lite constitucional entablada, será objeto de precisión en séptimo venidero.	QUINTO.—Materia de la revisión. Esta resolución se limitará a analizar el argumento del recurrente, contenido en su agravio primero, según el cual el Juez de Distrito no debió sobreseer el juicio de amparo. Lo anterior, porque la competencia delegada de este tribunal se agota en cuestiones de legalidad, como la indicada. Por lo que respecta al agravio segundo, referido a cuestiones constitucionales de fondo, en el apartado séptimo de esta resolución se harán las precisiones correspondientes para remitir el asunto a la Suprema Corte de justicia de la Nación, que es el órgano competente para las cuestiones.

Es natural que párrafos y frases como los indicados en la columna izquierda provoquen jolgorio en los lectores no acostumbrados a este lenguaje tan peculiar. Frases como «parlamentos que se erigen como pedestal», «conceptos de quimera»; «desavenida», «raciocinios jurídicos que cargan el primer punto resolutivo», «el juicio constitucional incoado», «motivo de divergencia», «lite constitucional» o «considerando séptimo venidero» parecen surgidas de una novela caballeresca más que de una sentencia (Lara 2011: 153-159).

Como se ve, Lara da una gran importancia a la parte narrativa de la sentencia, también en los casos de los tribunales de apelación, cuando no se trata de discutir acerca de qué hechos han sido probados. En otro de sus trabajos (Lara 2011), pone un ejemplo de un recurso que llega ante la Corte Suprema mexicana. He aquí la transcripción del «resultando» *real* del caso y la propuesta alternativa que él sugiere:

RESULTANDO:

PRIMERO.— Por escrito presentado en la Oficialía de Partes del Juzgado Tercero Penal del Estado de Querétaro, con residencia en la ciudad capital, el seis de octubre de dos mil seis, MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA, por su propio derecho, solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal contra la autoridad y por el acto que a continuación se precisa:

«AUTORIDAD RESPONSABLE: Juez Tercero de lo Penal del Estado de Querétaro».

«ACTO RECLAMADO: Sentencia definitiva dictada en la causa penal 157/2003».

SEGUNDO.— El quejoso solicitó que se tuviera como autorizados en términos amplios del artículo 27 de la Ley de Amparo a los licenciados en Derecho *X*, *Y* y *Z*; estimó que la sentencia reclamada fue violatoria de las garantías individuales contenidas en los artículos 14, 16 y 17, así como contraria a los diversos preceptos, 116 y 133, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; no señaló tercero perjudicado por no existir persona alguna con dicho carácter y formuló como conceptos de violación, los que estimó pertinentes.

TERCERO.— El asunto fue remitido a la Oficina de Correspondencia Común de los Tribunales Colegiados del Vigésimo Segundo Circuito, donde se recibieron el nueve de octubre de dos mil seis y, a su vez, por razón de turno fue enviado al Tercer Tribunal Colegiado con residencia en Querétaro, Querétaro.

CUARTO.— El señalado Tribunal admitió la demanda, tuvo por autorizados en términos amplios del artículo 27 de la Ley de Amparo a las personas señaladas por el quejoso y ordenó la formación del expediente 691/2003, lo que se hizo por auto de presidencia de diez de octubre de dos mil seis.

QUINTO.— Seguido el trámite del juicio por todas sus etapas, en sesión de diez de enero de dos mil siete se dictó sentencia, que fue terminada de engrosar el tres de febrero siguiente, en la cual se concluyó con el siguiente punto resolutivo:

«ÚNICO.— La Justicia de la Unión NO AMPARA NI PROTEGE A MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA, contra la autoridad y por el acto reclamado, precisados en el resultando primero de esta ejecutoria».

SEXTO.— La sentencia recurrida fue notificada personalmente al quejoso por conducto de su autorizado en términos amplios del artículo 27 de la Ley de Amparo, lo que ocurrió el cinco de febrero de dos mil siete, como consta en la razón actuarial visible en la foja 63.

SÉPTIMO.— Inconforme con el sentido de la sentencia, el quejoso por conducto de su autorizado en términos amplios del artículo 27 de la Ley de Amparo, interpuso recurso de revisión, lo que hizo por escrito presentado en la Oficina de Correspondencia Común de los Tribunales Colegiados del Vigésimo Tercer Circuito, el diecinueve de febrero de dos mil siete, recibido en la Oficina de Correspondencia del propio órgano jurisdiccional el veintiuno de ese mes y año.

OCTAVO.— Por auto de veintiuno de febrero de dos mil siete, el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito ordenó que se enviara a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.

NOVENO.— Mediante proveído de veintiocho de febrero de dos mil siete, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación admitió el recurso de revisión; se formó el Toca 238/2007; se tuvo como domicilio para oír y recibir notificaciones el que se alude en escrito de agravios y se ordenó notificar al Procurador General de la República para que formulara pedimento, si lo estimaba conveniente.

El agente del Ministerio Público de la Federación adscrito a la Suprema Corte de Justicia de la Nación no formuló pedimento alguno.

DÉCIMO.— Por el mismo auto de veinticinco de febrero dos mil siete, el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó que el expediente pasara a la Primera Sala de este Alto Tribunal en razón de la materia del asunto.

DECIMOPRIMERO.—Por proveído de cuatro de marzo del año en curso, el Presidente de la Primera Sala ordenó que se turnaran los autos al Ministro X para la elaboración del proyecto de resolución correspondiente (pp. 77-78).

ANTECEDENTES

PRIMERO.— Hechos. Miguel de Cervantes Saavedra fue privado de su libertad por elementos del ejército mexicano el diez de enero de dos mil seis en la caseta de cobro «Palmillas», ubicada en la autopista México-Querétaro, kilómetro 173. Los soldados realizaban un «operativo» en el marco del «Programa Nacional Contra los Estupefacientes 2006» y seleccionaron de manera aleatoria el automóvil del señor Cervantes; al revisarlo, encontraron en la guantera del vehículo una pistola Magnum 44. Enseguida, los soldados preguntaron al conductor si llevaba consigo la licencia correspondiente, a lo que éste contestó que no. Las autoridades militares informaron al ciudadano que lo privaban de su libertad porque el arma que portaba era de uso exclusivo del ejército y fuerza aérea. El señor Cervantes alegó que la detención era ilegal y que estaba siendo víctima de un abuso de autoridad, además de que sus garantías individuales se veían seriamente afectadas.

El señor Cervantes fue procesado penalmente y condenado a una pena de prisión de diez años y a una multa de cinco mil pesos por el Juez Tercero de lo Penal del estado de Querétaro, el día veintinueve de abril de dos mil seis, en la causa penal 34/2006. Dicho fallo fue apelado por el señor Cervantes y la sentencia confirmada por la Séptima Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Querétaro, el trece de junio de dos mil siete, en el expediente 157/2006.

SEGUNDO.— Demanda de amparo. En contra de esta última resolución, el señor Cervantes interpuso una demanda de amparo el seis de octubre de dos mil seis. Estimó que la sentencia reclamada era violatoria de las garantías individuales contenidas en los artículos 14, 16 y 17, así como contraria a los diversos preceptos, 116 y 133, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y formuló los conceptos de violación que estimó pertinentes. Dicha autoridad jurisdiccional, luego de llevar a cabo los trámites correspondientes, envió la demanda a la Oficina de Correspondencia Común de los Tribunales Colegiados del Vigésimo Segundo Circuito.

TERCERO.— Trámite y resolución del juicio de amparo. El Magistrado Presidente del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito admitió la demanda de amparo mediante el acuerdo dictado el veintiséis de junio de dos mil seis, y la registró bajo el número 508/2006. Seguidos los trámites correspondientes, dictó la sentencia el diez de enero de dos mil siete, en la cual resolvió negar el amparo a la parte quejosa.

CUARTO.— Trámite del recurso de revisión en el Tribunal Colegiado. Inconforme con la resolución que acaba de ser referida, el quejoso interpuso recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado que conoció del asunto, cuyo presidente, por acuerdo de fecha veintiuno de febrero de dos mil siete, ordenó remitirlo a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación para su substanciación.

QUINTO.— Trámite del Recurso de Revisión en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El Presidente de la Suprema Corte, por acuerdo de veinticinco de febrero dos mil siete, admitió el recurso de revisión, ordenó la formación y el registro del expediente correspondiente con el número 238/2007, y ordenó enviar el expediente a la Primera Sala. Por acuerdo, de cuatro de febrero de dos mil siete, el presidente de ésta acordó la radicación del asunto y ordenó turnar los autos a la Ponencia del Ministro X, para la elaboración del proyecto de resolución respectivo (pp. 81-82).

1) ¿Por qué es preferible la segunda de las redacciones?

2) ¿Son generalizables al mundo latinoamericano (o, más en general, al mundo latino) los defectos que Lara ve en la práctica judicial mexicana por lo que hace a la redacción de las sentencias?

3.4,B) ALGUNAS PAUTAS PARA LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

1. El sistema de ponentes en la redacción de sentencias cumple varias funciones importantes: además de ser un instrumento de la división del trabajo, permite identificar al «autor material» del texto y lleva a que los jueces asuman con mayor claridad su responsabilidad. Facilita, por ello, hacia fuera, la crítica a su labor por parte de la comunidad jurídica y de la comunidad en general. Y, hacia adentro, favorece el diálogo crítico y que se expresen —cuando las hubiere—, con la mayor claridad posible, las discrepancias entre los miembros del tribunal.

2. El estilo de párrafo único («jugement à frase unique») caracterizó el modelo francés de redacción de las sentencias hasta la década de los 70, y fue adoptado también por muchos otros sistemas judiciales, como el español. Hoy es, de manera prácticamente unánime, denostado, y con toda razón. Dificulta la comprensión del texto y favorece que los jueces incumplan con su obligación de motivar las decisiones. (En la tradición francesa, ese estilo está ligado al formalismo legalista y a una concepción autoritaria del Derecho en la que, por ejemplo, los jueces no consideraban necesario incluir más que una indicación muy sucinta de los hechos).

3. Motivar las decisiones, según el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (en adelante CMIET), supone «expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión» (art. 19). La estrecha vinculación entre orden y claridad que plantea ese Código parece justificada: el orden es uno de los elementos que más contribuyen a dar claridad. Y para que pueda haber orden en una sentencia, se necesita conocer con precisión cuáles son los elementos de la misma, sus partes: la narración del caso (si se trata de tribunales de apelación: la historia procesal previa); el problema o problemas a los que el tribunal ha de dar una solución; las cuestiones (de prueba, de interpretación, de calificación, etc.) de las que depende la solución del problema; las respuestas a esas cuestiones; las razones en las que se basan esas respuestas; la solución o soluciones. Contar con un esquema previo (en el que aparezcan esas partes y cómo se relacionan entre sí) puede ser un buen método para producir un documento ordenado y claro.

4. Los jueces, especialmente los de instancias superiores, no deben ser formalistas. Eso no quiere decir que no deban considerar como dotadas de autoridad las normas que tienen obligación de aplicar, sino que han de interpretar el principio de autoridad adecuadamente. El CMIET, ahora en su artículo 40, establece que «El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes sino también por las razones en las que ellas se fundamentan». De manera que lo que viene a decir ese artículo es que, por ejemplo, frente a un problema de interpretación, el juez no debería hacerse (o no sólo) la pregunta de qué significa, en abstracto, el término *T*, sino la de qué propósito racional se persiguió al establecer un enunciado en el que aparece el término *T* y, en consecuencia, cómo debe entenderse *T*. Una concepción formalista del Derecho suele ir acompañada del uso de un lenguaje burocratizado y de difícil comprensión para el no experto, y del abuso de la interpretación literal de las normas con base en argumentos de autoridad. Ahora bien, la utilización de «tecnicismos» sólo se justifica si con ello se logra, efectivamente, una mayor precisión (que con el uso de términos ordinarios). Y los argumentos de autoridad son importantes en el

Derecho, pero su uso se vuelve falaz cuando con los mismos se hace decir a las autoridades lo que éstas nunca habrían querido decir.

5. Por evitar el formalismo, el juez no debe caer en el activismo judicial. El juez no posee una legitimidad de origen, no ha sido elegido democráticamente y, por eso, debe mostrar deferencia en relación con la ley y, por supuesto, con la constitución. En su labor de intérpretes y aplicadores de las normas jurídicas, los jueces no pueden dar la impresión de que son «los señores del Derecho». En un Estado de Derecho, la función más importante de los jueces es la de garantizar los derechos fundamentales de la gente, pero el juez no puede tomar una decisión simplemente porque él considere (incluso con buenas razones) que de esa manera se garantiza cierto derecho fundamental. Los jueces no han de tomar decisiones que no puedan justificar jurídicamente. La división de poderes y el equilibrio entre los mismos es de suma importancia, también (incluso, especialmente) en los países de *institucionalidad en formación*.

6. La alternativa al formalismo y al activismo judicial no es un juez doctrinario que escriba sus sentencias como si se tratara de trabajos de dogmática o de teoría general del Derecho. Por supuesto, el conocimiento de la dogmática y, quizás sobre todo, de la teoría general del Derecho es de extraordinaria importancia para que el juez pueda fundamentar adecuadamente sus decisiones: no sólo porque suministran «razones» aplicables al caso, sino también porque ofrecen esquemas que dan claridad y orden a la motivación. Pero no se debe confundir un texto de «ciencia» jurídica (un artículo, una monografía, etc.) con una sentencia. Persiguen propósitos distintos y sus destinatarios no son tampoco coincidentes: muchos ciudadanos pueden tener interés en leer el texto de una sentencia (que les puede afectar de manera más o menos directa), mientras que los lectores de los trabajos de dogmática o de teoría general del Derecho son exclusivamente juristas profesionales. Ello justifica que el «estilo» de redacción, la estructura, etc., sean distintos, y que no puedan trasladarse de un género a otro.

7. Los principios que definen la excelencia judicial, de acuerdo con el CMIET, son: independencia, imparcialidad, motivación, conocimiento y capacitación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, cortesía, integridad, transparencia, secreto profesional, prudencia, diligencia y honestidad profesional. Ese conjunto de principios integra un sistema, en el sentido de que ninguno de ellos puede entenderse plenamente separado de los otros. Así, el que exige que los jueces han de motivar adecuadamente sus decisiones presupone un juez independiente, imparcial, con un adecuado conocimiento del Derecho y de las técnicas para su manejo, que se esfuerza por encontrar soluciones justas y equitativas, etc. Dicho de otra manera, el texto de una sentencia, su motivación, debe reflejar o, por lo menos, no contradecir ninguno de los otros principios.

8. El artículo 27 del CMIET establece que: «Las motivaciones deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas». De manera que las tres clásicas exigencias de brevedad, claridad y precisión vienen acompañadas de la necesidad de que el texto resulte completo; o sea, el texto de una sentencia debe ser autosuficiente, debe ser posible comprender a cabalidad todo lo que en ella se dice, sin necesidad de recurrir a ningún otro material externo. A ello cabría añadir todavía la exigencia de orden, a la que se hizo referencia en el punto 3. Y la conveniencia de emplear un estilo armonioso que facilite la lectura e inteligibilidad del texto.

9. La motivación de una sentencia puede y debe ser juzgada desde una perspectiva formal, material y pragmática. Desde la perspectiva formal, se trata de que la sentencia posea una estructura clara, en la que sea posible distinguir sus

partes y cómo se conectan entre sí; la parte dispositiva, además, debe inferirse lógicamente de las anteriores: la sentencia debe poseer —utilizando una terminología al uso— una justificación interna. Lo más importante, sin embargo, es que las razones en las que se basa la decisión sean buenas razones; digamos, la inferencia lógica —la justificación interna— debe partir de premisas normativas y fácticas bien fundadas, de manera que la sentencia tenga también una justificación externa. Pero esas buenas razones tienen que estar formalmente bien estructuradas y deben resultar, en la medida de lo posible, persuasivas. Las exigencias pragmáticas de la argumentación justifican que el estilo de una motivación judicial no pueda ser el de un artículo doctrinal (como antes veíamos), pero tampoco el de un abogado; la diferencia principal, en este último caso, es que la argumentación del abogado no está regida por la pretensión de encontrar una única respuesta correcta; eso hace que el estilo de ofrecer un argumento A en favor de la solución S y, para el caso de que el mismo no resulte suficientemente sólido o persuasivo, otro argumento A' en favor de la solución S', y así sucesivamente, resulte aceptable en el escrito de un abogado, pero no en la motivación judicial de una sentencia. Otra importante exigencia pragmática (sin la cual no cabe pensar en ningún tipo de persuasión) es que el texto de la sentencia resulte fácilmente comprensible para una persona de cultura media; o, en todo caso, que no se dificulte innecesariamente su comprensión. La exigencia de inteligibilidad es todavía mayor en el caso de tribunales que, como los de carácter electoral o constitucional, inciden de manera directa en la vida política.

10. Una de las características más notables del constitucionalismo contemporáneo es que otorga a los jueces, necesariamente, un mayor poder del que tenían en épocas anteriores. De ahí también que las exigencias de adecuada motivación de sus decisiones tengan que ser mayores. Podría decirse que la mejor sentencia, la mejor motivación, es la que, elaborada para facilitar al máximo su crítica (por su claridad expositiva, por su orden, porque no prescinde de considerar ningún elemento relevante para el caso, etc.), no puede, sin embargo, ser criticada con fundamento. Como se ve, una aplicación más del falsacionismo popperiano, según el cual una teoría científica (justificada) es aquella que, pudiendo ser falsificada por la realidad, sin embargo (hasta el momento), no lo ha sido (Atienza y Lozada 2009: 127-133).

3.4,C) EL MITO DE LA ORALIDAD

La forma oral o escrita es un elemento muy importante de la argumentación; simplemente, no se argumenta igual en uno u otro contexto: es obvio que en un discurso oral pueden utilizarse recursos persuasivos (los gestos del orador, el tono de la voz, etc.) de los que la forma escrita carece. Los cambios procesales que están teniendo lugar en muchos países del mundo latino, en el sentido de incrementar el grado de oralidad de los procesos, lleva también a un interés creciente hacia el discurso oral y a exagerar probablemente sus virtualidades. En el primero de los fragmentos que siguen, Perelman y Olbrechts-Tyteca explican que una de las diferencias entre su «nueva» retórica y la retórica antigua es que ellos están interesados en el discurso escrito, porque la forma escrita es menos proclive que la oral al tipo de manipulación del que con frecuencia se ha acusado a la retórica. En el segundo, Michele Taruffo se ocupa de la oralidad y de la escritura como factores de eficiencia en el proceso civil

(pero lo que ahí dice podría generalizarse a cualquier tipo de proceso) y advierte de los riesgos que supone el «mito» (o los mitos) de la oralidad:

A) Otra razón, empero, mucho más importante para nosotros ha motivado nuestra elección [en favor del término «retórica» frente al de «dialéctica»]: el espíritu mismo con el que la Antigüedad se ocupó de la dialéctica y la retórica [...]. [L]a idea de la adhesión y de las personas a las que va dirigido un discurso es esencial en todas las antiguas teorías de la retórica. Nuestro acercamiento a esta última pretende subrayar el hecho de que *toda argumentación se desarrolla en función de un auditorio.* [...]

Es evidente, sin embargo, que nuestro tratado de argumentación rebasará en ciertos aspectos, y ampliamente, los límites de la retórica de los antiguos, al tiempo que no abordará otros aspectos que habían llamado la atención de los maestros de retórica.

Para los antiguos, el objeto de la retórica era, ante todo, el arte de hablar en público de forma persuasiva; se refería, pues, al uso de la lengua hablada, del discurso, delante de una muchedumbre reunida en la plaza pública, con el fin de obtener su adhesión a la tesis que se le presentaba. Así, se advierte que el objetivo del arte oratorio, la adhesión de los oyentes, es el mismo que el de cualquier argumentación. Pero no tenemos motivos para limitar este estudio a la presentación oral de una argumentación ni para limitar a una muchedumbre congregada en una plaza el tipo de auditorio al que va dirigida la argumentación. [...]

Si es cierto que la técnica del discurso público difiere de la de la argumentación escrita, no podemos, al ser nuestra intención el análisis de la argumentación, limitarnos al examen de la técnica del discurso hablado. Más aún, dada la importancia y el papel que en la actualidad tiene la imprenta, analizaremos sobre todo los textos impresos.

No abordaremos, por el contrario, la mnemotécnica ni el estudio de la elocución o la acción oratoria. [...]

Asimismo, por razones de comodidad técnica y para no perder nunca de vista el papel esencial del auditorio, cuando utilicemos los términos «discurso», «orador» y «auditorio», entenderemos, respectivamente, la argumentación, el que la presenta y aquellos a quienes va dirigida, sin detenernos en el hecho de que se trata de una presentación de palabra o por escrito. [...]

Si, para los antiguos, la retórica se presentaba como el estudio de una técnica para uso del vulgo impaciente por llegar rápidamente a unas conclusiones, por formarse una opinión, sin esforzarse por realizar primero una investigación seria, en lo que a nosotros se refiere, no queremos reducir el estudio de la argumentación a lo que se adapta a un público de ignorantes. Ese aspecto de la retórica explica que Platón la haya atacado ferozmente en el *Gorgias* y que haya favorecido su decadencia en la opinión filosófica.

El orador, en efecto, está obligado, si desea ser eficaz, a adaptarse al auditorio, por lo que resulta fácil comprender que el discurso más eficaz ante un auditorio incompetente no sea necesariamente el que logra convencer al filósofo. Pero ¿por qué no admitimos que se pueden dirigir argumentaciones a cualquier clase de auditorios? Cuando Platón sueña, en el *Fedro*, con una retórica que sea digna del filósofo, lo que preconiza es una técnica que pueda convencer a los mismos dioses. Al cambiar de auditorio, la argumentación varía de aspecto, y, si el objetivo que se pretende alcanzar continúa siendo el de influir con eficacia en los oyentes, para juzgar su valor no se puede tener en cuenta la calidad de los oyentes a los que logra convencer.

Esto justifica la importancia particular que concederemos al análisis de las argumentaciones filosóficas, consideradas por tradición las más «racionales» que existen, precisamente porque se supone que van dirigidas a lectores en los que hacen poca mella la sugestión, la presión o el interés. Mostraremos, por otra parte, que en todos los niveles aparecen las mismas técnicas de argumentación, tanto en la discusión en una reunión familiar como en el debate en un medio especializado. Si la calidad de los oyentes que se adhieren a ciertos argumentos, en campos altamente especulativos, presenta una garantía de su valor, la comunidad de su estructura con la de los argumentos utilizados en las discusiones cotidianas explicará por qué y cómo se llega a comprenderlos (Perelman y Olbrechts-Tyteca 1970: 33-39).

B) Abordar el clásico e inacabado problema de la oralidad y la escritura en el proceso civil desde el punto de la eficiencia, tiene una cara positiva y una negativa.

La cara positiva es que en esa perspectiva instrumental está permitido —al parecer— no tomar en cuenta los mitos que desde hace por lo menos un siglo o más son inherentes a este tema. Digo «mitos» en plural, porque son al menos dos: el «mito positivo», de acuerdo con el cual la oralidad es considerada como un valor positivo primordial, una especie de panacea que resolvería todas las dificultades en el funcionamiento de la justicia civil, y el «mito negativo», de conformidad con el cual la escritura es mala en sí misma, la responsable de la mayoría de los problemas que surgen en el funcionamiento de los procesos civiles y, por lo tanto, debe reducirse al mínimo y, en lo posible, a cero. [...]

La forma oral o escrita de la presentación de la prueba es también un tema clásico de la teoría del proceso, principalmente en el ámbito de los sistemas procesales de *civil law*. En los sistemas de *common law* nunca ha sido materia de discusión, por una razón muy obvia: en la medida en que el modelo del proceso civil angloamericano ha sido la concentración del juicio en presencia del jurado, la oralidad en la presentación de la prueba es prácticamente una necesidad. En los sistemas de *civil law*, por el contrario, la tradición desde la era del proceso romano-canónico ha estado basada en el uso de la prueba escrita, mientras que la prueba oral se ha presentado sólo en un número limitado de casos. Incluso los testimonios eran presentados a menudo de forma escrita, es decir, mediante actas redactadas por funcionarios judiciales o notarios. Como reacción a esta tradición, que llevó a formas de procesos onerosos, demorados y formalistas, el propósito predominante de muchos reformadores, al menos hasta finales del siglo XIX, fue la introducción de la oralidad en la presentación de la prueba. Ahí estuvo el origen de una amplia literatura a favor de la oralidad y una tendencia reformadora, en muchos países de *civil law*, dirigida a adoptar formas orales en la presentación de la prueba. Sin embargo, todo esto tiene que ver con los mitos mencionados antes. La realidad práctica, considerada a la luz de la evidencia procesal, requiere un enfoque más profundo y de alguna manera diferente.

Primero, debe considerarse que en todo sistema procesal moderno una manera muy frecuente de probar los hechos es la presentación de prueba documental. [...] El punto importante es que en una buena proporción de los casos, la presentación oral de la prueba no se lleva a cabo, simplemente porque la prueba que se presenta no es oral. No es cuestión de eficiencia: es sólo la consecuencia del hecho de que en el mercado actual de relaciones jurídicas, mucha gente se inclina a redactar y emplear documentos por una cantidad de razones que no vale la pena discutir ahora.

Un segundo factor que merece ser tenido en cuenta, puede definirse como la transformación de la prueba oral en prueba escrita. Esta transformación puede ocurrir por lo menos de dos maneras principales. La primera es la necesidad. [...]

Si la presentación de la prueba no se concentra en una audiencia, y si la sentencia no se dicta —por la misma persona— inmediatamente al final de la audiencia, como sucede en muchos sistemas [...] la prueba originalmente oral, realmente se transforma en escrita. [...]

Concentrando ahora la atención en la presentación oral de la prueba, podemos tomar en consideración su ejemplo principal, es decir, el interrogatorio oral de los testigos. En términos muy generales, vale la pena observar que interrogar a un testigo no es un método especialmente eficiente para adquirir alguna información, dado que leer una declaración escrita requeriría mucho menos tiempo. [...]

La otra técnica [para interrogar testigos; antes se había referido al interrogatorio oficial llevado a cabo por el juez, quien formula preguntas al testigo y obtiene respuestas] es el conocido sistema basado en el interrogatorio directo y cruzado de los testigos, llevado a cabo por los abogados de las partes. Este sistema es un mito en sí mismo, celebrado en miles de películas y series televisivas, y se apoya en la autoridad de John Henry Wigmore, cuyo famoso *dictum* es que el interrogatorio cruzado «es la más grandiosa máquina jurídica inventada jamás para la búsqueda de la verdad». Es probable que bajo la influencia de este mito, algunas reformas en el *civil law* [...] hayan intentado introducir algo similar al método del interrogatorio cruzado angloamericano. Se trata de un asunto muy amplio y muy complejo para ser discutido aquí, pero pueden hacerse algunas anotaciones desde el punto de vista de vista de la eficiencia del método. Primero, toda la práctica actual del interrogatorio cruzado en Estados Unidos lleva a conclusiones mucho menos optimistas que las de Wigmore: los hostigamientos y abusos son bastante frecuentes, y podría cuestionarse si el «duelo mental» entre un abogado bien entrenado y un testigo lego o la lucha entre abogados agresivos, es la forma más eficiente de obtener la verdad. Hay diferentes opiniones sobre la cuestión: esta inquietud no puede resolverse aquí, pero hay por lo menos unas cuantas dudas justificadas acerca de la eficiencia del interrogatorio cruzado como mecanismo para obtener información fiable sobre los hechos debatidos. También se dice comúnmente que el interrogatorio cruzado es particularmente eficiente como medio para verificar la credibilidad del testigo. Esto probablemente sea cierto, al menos en la medida en que el abogado que lo practica no lleve demasiado lejos su ataque al testigo que no le favorece (que es lo que se espera que haga, especialmente cuando sabe que el testigo ha dicho la verdad). [...]

A partir de la rápida mirada efectuada en las páginas precedentes, podemos plantear algunas conclusiones finales tentativas.

Ante todo, debe enfatizarse que en términos de eficiencia no puede darse preferencia absoluta ni a la oralidad ni a la escritura. Por una parte, cada una de las dos formas puede ser eficiente para algunos fines y no para otros: la oralidad es eficiente en términos de ahorro de tiempo y dinero, pero no es necesariamente eficiente para preparar decisiones verdaderas y precisas sobre el fondo del asunto. La escritura puede ser eficiente también en términos de ahorro de tiempo, y especialmente para la preparación de los casos complejos, pero no es eficiente cuando el problema que surge es la valoración de la credibilidad de la prueba oral. De cualquier manera, parece impropio hablar en términos de formas orales o escritas en el proceso civil como una unidad: todos los sistemas existentes descansan en distintas combinaciones de ambas formas, y con frecuencia dentro del mismo sistema hay procedimientos predominantemente orales o escritos (Taruffo 2009: 245, 255-256, 257-258, 265-266).

1) ¿Le parece que es cierto que la forma oral —como se dice en la introducción a los textos— facilita la utilización de instrumentos de per-

suasión «no racionales», o es más bien el tipo de auditorio (con independencia de que el discurso sea oral o escrito) lo que lleva a esa pérdida de racionalidad y, en consecuencia, al desprestigio de la retórica?

2) ¿Cabría pensar que si Perelman y Olbrechts-Tyteca hubiesen escrito su *Tratado de la argumentación* hoy, en un mundo que no está ya dominado por la «galaxia Gutenberg», no habrían dado la preferencia a la argumentación escrita? ¿Tiene de hecho hoy la «oratoria» (la argumentación oral) una mayor importancia que la que tenía a finales de los años cincuenta (cuando se publica el *Tratado*)?

3) ¿Tiene razón Taruffo cuando habla del «mito» de la oralidad?

3.4.1,A) LA RETÓRICA: ¿UNA HERENCIA RECUPERADA?

En un libro de 2005 que lleva como subtítulo «Una herencia perdida», Michael H. Frost insiste en la importancia que tiene para los juristas el conocimiento de la tradición retórica. En el primero de los fragmentos reproducidos (perteneciente al «Prefacio» del libro) subraya que los principios tradicionales de la retórica siguen siendo aplicables a la práctica jurídica actual. Y en el segundo (perteneciente al capítulo tercero: «Resumen de Retórica: La organización del argumento») se refiere a un ejemplo de ello: la organización de los escritos jurídicos sigue siendo la misma (como no podría ser de otra forma) que puede encontrarse en la retórica clásica:

A) Hasta hace poco, sin embargo, el estudio de la retórica jurídica greco-romana había sido ampliamente descuidado o del todo olvidado por los teóricos del Derecho, los abogados y los estudiantes de Derecho. Es algo desafortunado porque es la fuente original y un punto de referencia histórico para el análisis moderno del razonamiento, de los métodos y de la estrategia jurídicos. Cualquiera que estudie los tratados clásicos descubre pronto que, con algunas adaptaciones al gusto moderno y a la práctica jurídica moderna, los principios de la retórica clásica son tan aplicables hoy como lo fueron hace 2.500 años. Además, los autores clásicos proveen aquello de lo que frecuentemente carecen los juristas modernos: un marco teórico claro, basado en la experiencia para analizar y crear argumentos jurídicos. También suministran un análisis exhaustivo de los roles que la emoción y la credibilidad de los juristas juegan en el razonamiento jurídico.

Los tratados clásicos ofrecen consejos detallados, prácticos, sobre casi cualquier aspecto del discurso jurídico y de la práctica del Derecho, cubriéndolo todo: desde la relación cliente-abogado hasta los menores detalles del saber procesal. Explican cómo educar a un jurista, identificar una cuestión jurídica, preparar un caso para el juicio y presentar argumentos jurídicos. En breve, son fuentes inigualables de sabiduría sobre la abogacía en todas sus variadas formas. [...]

B) La retórica siempre ha tenido fuertes vínculos con el discurso judicial y forense, y siempre ha estado particularmente preocupada con las maneras más efectivas y persuasivas de organizar un argumento. Corax, un siciliano cuyas enseñanzas fueron admiradas por los rétores griegos, dividió el argumento en «proemio» o «introducción», «narración», «argumento» y «peroración» o «conclusión».

Estas divisiones, con algunas adiciones y modificaciones hechas por Aristóteles, Cicerón y Quintiliano, han sobrevivido sustancialmente intactas durante más de dos milenios. Aunque Aristóteles mantuvo que un argumento realmente sólo

contiene dos partes esenciales, la «exposición del asunto» y la «prueba», concedió que, en la práctica, los oradores añadían usualmente dos partes más, la «introducción» y la «conclusión». Los sucesores romanos de Aristóteles —Cicerón, Quintiliano y el autor anónimo de la *Retórica a Herenio*— desarrollaron y refinaron las divisiones primeramente descritas por Corax. Añadieron también una sección con el sumario del argumento creando así una división en cinco partes —introducción (*exordium*), planteamiento del caso (*narratio*), sumario del argumento (*partitio*), prueba del caso (*confirmatio*) y conclusión (*peroratio*)— que sobrevivió virtualmente intacta a través del periodo clásico. La organización en cinco partes de los argumentos jurídicos es igual a la requerida por las reglas 14 y 24 de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Basadas en la observación y en el análisis de las técnicas de los abogados de éxito, estas divisiones de los argumentos nunca se siguieron de una manera mecánica. Por el contrario, los rétores clásicos esperaban que los abogados usaran el tipo de flexibilidad que empleó Sócrates en su famosa *Apología*. Aunque su *Apología* sea anterior a los manuales de retórica romanos, sin embargo, se ajusta aproximadamente a sus exigencias organizativas.

En su introducción (*exordium*), Sócrates divide primero los cargos contra él en antiguas acusaciones (que él hace que la peor causa parezca la mejor) y nuevas acusaciones (que corrompe a la juventud y que rechaza los antiguos dioses a favor de los nuevos). Luego se dirige separadamente a cada una de las acusaciones, en primer lugar, resumiendo brevemente los hechos importantes (*narratio*) y, luego, refutando las acusaciones punto por punto (*confirmatio*/*refutatio*). Concluye cada sección (*peroratio*) en la misma forma en que la empezó, cuestionado los motivos de sus acusadores.

A pesar de su coherencia organizativa, el discurso de Sócrates no fue un alegato forense exitoso. Como Sócrates comprendió claramente, conformarse a un formato efectivo no garantiza el éxito.

Incluso así, los rétores clásicos estaban convencidos de que los buenos argumentos jurídicos seguían el mismo modelo predecible. Para apoyar su posición, los rétores clásicos analizaron el discurso forense parte por parte. Al describir la función de cada parte y discutir su conexión con el argumento como un todo, desarrollaron una taxonomía comprehensiva del discurso jurídico que prefigura la organización de los argumentos jurídicos modernos (Frost 2005: vii y 45).

En su opinión, ¿habría que considerar la tradición retórica como una herencia perdida o como una herencia recuperada?

3.4.2,A) ALGUNOS CONSEJOS PARA ESCRIBIR BIEN

Daniel Cassany, en su obra *La cocina de la escritura* (Cassany [6]1998), ofrece una serie de consejos útiles para escribir bien. Seleccionemos algunos de ellos:

OCHO CONSEJOS PARA ESCRIBIR FRASES EFICIENTES

1. ¡Ten cuidado con las frases largas! Vigila las que tengan más de 30 palabras. Comprueba que se lean fácilmente.
2. Elimina las palabras y los incisos irrelevantes. Quédate sólo con lo esencial.
3. Sitúa los incisos en la posición más oportuna: que no separen las palabras que están relacionadas.

4. Busca el orden más sencillo de las palabras: sujeto, verbo y complementos. Evita las combinaciones rebuscadas.
5. Coloca la información relevante en el sitio más importante de la frase: al principio.
6. No abuses de las construcciones pasivas, de las negaciones ni del estilo nominal, que oscurecen la prosa.
7. Deja actuar a los actores: que los protagonistas de la frase suban al escenario, que actúen de sujeto y objeto gramaticales.
8. ¡No tengas pereza de revisar las frases! Tienes que elaborar la prosa, si quieres que sea enérgica y que se entienda. [...]

CINCO CONSEJOS PARA ESCOGER PALABRAS

1. Evita las repeticiones, las muletillas, los clichés y los comodines. Ensucian la prosa y la vacían de significado.
2. Prefiere las palabras cortas a las largas, las sencillas a las complicadas, las populares a las cultas, y las concretas a las abstractas. Un vocabulario llano y vivo ayuda a comprender el texto.
3. Sustituye los verbos *ser* o *estar* por palabras con más fuerza y significado.
4. ¡Atención a los adverbios en *–mente*! ¡Qué no invadan tu prosa!
5. Utiliza marcadores textuales para mostrar la organización de tus ideas. [...]

GUÍA DE PREGUNTAS PARA REVISAR

1. *Enfoque del escrito* [...]
2. *Ideas e información* [...]
3. *Estructura* [...]
4. *Párrafos* [...]
5. *Frases*:
   - ¿Hay muchas frases negativas, pasivas o demasiado largas?
   - ¿Son variadas: de extensión, orden, modalidad, estilo?
   - ¿Llevan la información importante al principio?
   - ¿He detectado algún tic de redacción?
   - ¿Hay abuso de incisos o subordinadas muy largas?
6. *Palabras*:
   - ¿He encontrado algún comodín, cliché, muletilla o repetición frecuente?
   - ¿Hay muchas palabras abstractas o complejas? ¿He utilizado el léxico o la terminología precisos?
   - ¿Utilizo los marcadores textuales de manera adecuada?
   - ¿El lector/a entenderá todas las palabras que aparecen en el texto?
7. *Puntuación*:
   - ¿He repasado todos los signos?
   - ¿Es apropiada la proporción de signos por frase?
   - ¿Hay paréntesis innecesarios?
8. *Nivel de formalidad* [...]
9. *Recursos retóricos* [...]
10. *Presentación* [...]

DECÁLOGO DE LA REDACCIÓN

1. No empieces a escribir inmediatamente. No tengas prisa. Date tiempo para reflexionar sobre lo que quieres decir y hacer (el texto, el propósito, el lector...). [...]

2. Utiliza el papel como soporte. Haz notas, listas y esquemas. No te preocupes si están sucios, mal hechos o si no se entienden. [...]
3. Emborrona, borrajea, garabatea todo lo que haga falta. No tengas pereza de reescribir el texto una y otra vez. [...]
4. Piensa en tu audiencia. Escribe para que pueda entenderte. Que tu texto sea un puente entre tú y ella. [...]
5. Deja la gramática para el final. Fíjate primero en lo que quieres decir: en el significado. [...]
6. Dirige conscientemente tu composición. Planifícate la tarea de escribir. [...]
7. Fíjate en los párrafos: que se destaque la unidad de sentido y de forma, que sean ordenados, que empiecen con una frase principal... [...]
8. Repasa la prosa frase por frase, cuando hayas completado el escrito. Cuida que sea comprensible y legible. Busca economía y claridad. [...]
9. Ayuda al lector a leer. Fíjate que la imagen del escrito sea esmerada. Ponle márgenes: subtítulos, números, enlaces... [...]
10. Deja reposar tu escrito en la mesita. Déjalo leer a otra persona, si es posible (Cassany ^{6}1998: 120, 161, 232-233 y 238-241).

1) Dado que se trata de un libro de tipo general, ¿hay algún consejo, de entre los anteriores, que no debería, o no podría, aplicarse al caso del lenguaje jurídico?

3.4.2,B) CÓMO ESCRIBIR TEXTOS JURÍDICOS CLAROS

En *Legal and Effective Legal Writing*, Veda R. Charrow y Myra K. Erhardt proponen trece directrices que tendrían que ayudar a escribir con claridad cualquier tipo de documento jurídico: demandas, contratos, leyes, cartas a clientes, etc. Son las siguientes:

1. Escriba frases cortas.
2. Ponga los componentes de cada frase en un orden lógico.
3. Evite frases y cláusulas intrusivas.
4. Desenrede los condicionales complejos.
5. Use la voz activa cuando sea posible.
6. Use cláusulas verbales y adjetivos en lugar de formas nominales.
7. Utilice formas afirmativas salvo que quiera subrayar una negación.
8. Use estructuras paralelas.
9. Evite la ambigüedad en las palabras y en las frases.
10. Elija el vocabulario con cuidado.
11. Evite las cadenas nominales.
12. Elimine redundancias y palabras extrañas; evite ser demasiado específico.
13. Use un estilo apropiado (Charrow y Erhardt 1986: 95).

1) Trate de encontrar ejemplos de textos jurídicos en los que se infrinja alguna de las anteriores directrices y señale cómo podrían redactarse de manera más clara.
2) Uno de los ejemplos que las autoras del libro ponen es el siguiente:

El tribunal de distrito tenía razón al sostener que el plazo legal de caducidad de la acción por mala práctica médica comienza a correr desde el momento del acto

ilícito o cuando cesa el tratamiento que fue anterior a la concepción de la demandante precluyendo, por tanto, el derecho que le asistiera a presentar acciones judiciales.

En su lugar proponen:

Dado que el tribunal de distrito tenía razón al sostener que el plazo legal de caducidad de la acción por mala práctica médica comienza a correr desde el momento del acto ilícito, o bien cuando cesa el tratamiento, y dado que la demandante fue concebida después de ambos hechos, la demandante no tiene derecho a ejercer acciones judiciales.

1) Curiosamente, no está muy claro que lo anterior sea un ejemplo de cómo escribir frases más cortas (en ese apartado es donde lo incluyen), pues la segunda frase es incluso levemente más larga que la primera (también en el original inglés), ¿pero hay alguna razón para preferir la segunda redacción a la primera?

3.4.2,C) DOS EJEMPLOS DE CÓMO NO ESCRIBIR

He aquí dos ejemplos de cómo no escribir. El primero está sacado del periodismo; el segundo, de las ciencias sociales. Aparece el texto original seguido de una propuesta de mejora:

A) Tomado de Cassany [6]1998: 146; se trata de una carta que la dirección de una revista envía a sus lectores:

NO: «*Con la intención de* dar respuesta a la gran acogida que ha tenido el boletín y *con el fin de* atender a la creciente demanda, hemos iniciado una *nueva* etapa con la 'Revista de CIFA' *con el fin* de abrir *nuevas* páginas *tanto a nuevas* propuestas *temáticas como a nuevos* colaboradores. *Es por este motivo* que hemos preparado *un proceso de* suscripción a la revista que nos permitirá, tal como se nos pedía últimamente, *profundizar en aquellas temáticas más actuales, de la mano de personas que estén implicadas en ellos desde todas las perspectivas*...».

SÍ: «Tal como se nos pedía, 'Revista de CIFA' inicia otra etapa, con más páginas, y temas y colaboradores nuevos, *con el fin de* poder atender a la gran acogida que ha tenido. Para poder conseguirlo, nos hemos visto obligados a pedir una suscripción formal a la revista...

B) Tomado de Weston 2003: 25; se trata de un pasaje de un sociólogo famoso, Talcott Parsons:

NO: «Para aquellos cuyos papeles involucraban primariamente la realización de servicios, a diferencia de la adopción de las responsabilidades de líder, la pauta principal parece haber sido una respuesta a las obligaciones invocadas por el líder que eran concomitantes al estatus de miembro en la comunidad societaria y a varias de sus unidades segmentales. La analogía moderna más próxima es el servicio militar realizado por un ciudadano normal, excepto que al líder de la burocracia egipcia no le hacía falta una emergencia especial para invocar obligaciones legítimas».

SÍ: «En el antiguo Egipto, la gente común estaba sujeta a ser reclutada para el trabajo».

1) ¿Cuáles son los errores que se cometen en uno y otro caso?
2) ¿Pueden encontrarse errores semejantes en textos jurídicos?

3.4.2,D) LA SINTAXIS MEJORA LA ARGUMENTACIÓN

En su libro *De la arbitrariedad de la Administración*, al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con el control de la arbitrariedad, Tomás-Ramón Fernández cita elogiosamente una sentencia de este órgano, de 2 de abril de 1985 (Fernández ^{2}1997: 40 ss.), que le parece que constituye un hito en la dirección de acabar con el *dogma* de que los juicios de los órganos técnicos de la Administración no pueden ser revisados jurisdiccionalmente. Se trataba de un recurso a propósito de la resolución de un concurso para cubrir una plaza de jefe de neurología en una dependencia de la Seguridad Social. El recurso había sido desestimado en primera instancia y el Tribunal Supremo confirmó esa sentencia, pero se apartó de la doctrina de que los juicios —discrecionales— técnicos caen fuera del control jurídico (jurisdiccional).

Reproduzco a continuación el texto literal del «considerando» de la sentencia que contiene la anterior tesis, y una propuesta de mejora de su redacción, para hacer más clara su argumentación (dejando intacto el contenido). Los cambios introducidos consisten en destacar (fundamentalmente introduciendo puntos y seguido y puntos y aparte) los diversos párrafos o unidades en que puede descomponerse el conjunto del considerando (rompiendo así el estilo de «párrafo único»; con un número entre corchetes se ha indicado el comienzo de cada una de esas —siete— unidades), y en añadir algunos términos de enlace para ayudar a entender cómo se relacionan entre sí las diversas unidades del texto (por ejemplo, el conjunto de 2, 3 y 4 integra un argumento por reducción al absurdo):

A) Considerando: [1] Que la sustancial aceptación aquí hecha de las consideraciones que amparan el fallo desestimatorio del recurso contencioso-administrativo, requiere *matizar la afirmación en aquéllas contenida referente a la remisión de la Sala sentenciadora a los juicios técnicos del Tribunal calificador en cuanto que compuesto por especialistas en la materia*, [2] pues entendida dicha afirmación en su sentido literal conduciría a la incorrecta conclusión de sometimiento del Juzgador a las apreciaciones del órgano administrativo cuyo acto calificador es precisamente el objeto de la revisión contencioso-administrativa, [3] lo que en el nivel pragmático implicaría claro quebranto de la tutela judicial efectiva asegurada por el artículo 24.1 de la Constitución al quedar así de hecho inimpugnables las estimaciones técnicas del mencionado Tribunal calificador, tanto en el orden cualitativo del encuadramiento de las especialidades médicas, como en el cuantitativo de puntuación con referencia a los méritos de los concursantes; [4] razones que inducen a atribuir a la afirmación de precedente cita el sentido de *apreciación jurisdiccional de suyo análoga* (art. 4.1 CC) *a la de los dictámenes periciales no vinculantes para el Juzgador y sometidos a la sana crítica* de conformidad con el artículo 632 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil, [5] es decir, en un nivel o campo de planteamiento de estas cuestiones estructurado por la lógica y asequible al principio jurídico *de non licet*, ajeno y excluyente del sentimiento del Tribunal a apreciaciones técnicas del Tribunal calificador que llenaron un vacío normativo; [6] antes bien, *tales operaciones pueden ser desvirtuadas por elementos probatorios, periciales o no, que es a la parte recurrente a quien corresponde aportar para que, en definitiva, el Juzgador pueda pronunciarse en valoración conjunta de la prueba y con arreglo a criterios lógicos*; [7] *sin* posibilidad de confundir, por tanto, valoración del conjunto de las pruebas, con sujeción de la Sala de Justicia a juicios técnicos, procedan éstos de órganos de la Administración demandada o bien del recurrente en su también calidad de técnico, ya directamente o a virtud de documentos o dictámenes aportados o que hubiere podido aportar al proceso.

B) Propuesta de redacción alternativa

[1] Las consideraciones que amparan el fallo desestimatorio del recurso contencioso-administrativo son sustancialmente aceptables, pero debemos matizar la afirmación que allí se hace en relación con *la remisión de la Sala sentenciadora a los juicios técnicos del Tribunal calificador, en cuanto compuesto este último por especialistas en la materia.*

[2] Si esa afirmación se entendiera en su sentido literal, ello nos llevaría a la conclusión incorrecta de que el Juzgador está sometido a las apreciaciones del órgano administrativo, cuyo acto calificador es precisamente el objeto de la revisión contencioso-administrativa. [3] Ello implica a su vez, en el nivel pragmático, un claro quebranto de la tutela judicial efectiva asegurada por el artículo 24.1 de la Constitución, pues las estimaciones técnicas del mencionado Tribunal calificador resultarían inimpugnables, tanto en el orden cualitativo del encuadramiento de las especialidades médicas como en el cuantitativo de puntuación con referencia a los méritos de los concursantes. [4] Por todas estas razones, la afirmación de la Sala sentenciadora debe entenderse en el sentido de que los referidos «juicios técnicos» tienen *un valor análogo* (art. 4.1 CC) *al de los dictámenes periciales no vinculantes para el Juzgador y sometidos a la sana crítica* de conformidad con el artículo 632 de la LECiv.

[5] De esta forma, la cuestión debatida puede recibir un tratamiento de tipo lógico y que sea conforme con el principio jurídico de *non liquet*, lo que no podría ocurrir si se atribuyera valor normativo a las apreciaciones técnicas del Tribunal calificador. [6] Bien al contrario, tales apreciaciones técnicas *pueden ser desvirtuadas por elementos probatorios, periciales o no, que corresponde aportar a la parte recurrente para que, en definitiva, el Juzgador pueda pronunciarse en valoración conjunta de la prueba y con arreglo a criterios lógicos*. [7] Esa valoración conjunta de la prueba no debe, por tanto, confundirse con la sujeción de la Sala de Justicia a juicios técnicos, bien procedan éstos de órganos de la Administración demandada, o bien del propio recurrente en su calidad de técnico que puede emitir esos juicios directamente o en virtud de documentos o dictámenes aportados o que hubiere podido aportar al proceso.

1) ¿Resulta realmente más clara la segunda de las redacciones? ¿Cuáles son los «términos de enlace» introducidos en la segunda versión?

2) ¿Es útil conocer la estructura lógica de los argumentos para dar una mayor claridad a la argumentación? ¿Por qué?

3) Analice con detalle el argumento por reducción al absurdo ([2]-[4]). ¿Qué otros argumentos aparecen en el considerando de la sentencia?

4) Haga una nueva propuesta de redacción que, apartándose más de la literalidad del considerando, lo vuelva aún más claro.

3.4.2,E) ¿QUIÉNES SON LOS DESTINATARIOS DE LAS MOTIVACIONES DE LAS SENTENCIAS?

Earl Warren, el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos entre 1953 y 1969, fue el redactor de la sentencia más importante en la historia reciente del tribunal: el caso Brown *vs.* Board of Education of Topeca (1954). Significaba el final de la segregación racial en las escuelas y, con ello, un cambio radical de la doctrina establecida hasta entonces por el tribunal. Logró —después de una compleja y larga deliberación— que el fallo fuera por unanimidad y él fue —como se ha dicho— el redactor de la sentencia. Refiriéndose a ello, después de abandonar el tribunal, Warren explica cómo lo escribió (con qué propósitos) y contrapone su estilo de redacción al de otro famoso, y prestigioso, juez de la Corte Suprema, de la misma época, Felix Frankfurter:

> Decidí que la motivación en Brown sería corta y que sería escrita en un inglés simple y fácil de entender. Deseaba que el texto completo de la motivación fuera lo suficientemente corto como para que pudiera publicarse en todos los periódicos del país de manera completa y deseaba que todos los ciudadanos fueran capaces de leer y entender nuestra decisión, dado que ella afectaría a sus vidas. Frankfurter escribía sus motivaciones para los juristas expertos. Pensaba que si ellos podían entenderlas, podrían explicárselas a otros y que eso era todo lo que se necesitaba. Yo no estaba de acuerdo con esa filosofía. Escribí mis motivaciones para que las leyera el hombre común (en Abraham [7]1998: 28, nota).

1) ¿Tiene razón Warren o quizás habría que hacer alguna distinción entre diversos tipos de decisiones de los tribunales?

2) Redactar bien requiere, sin duda, ser consciente de a quién se dirige el escrito, tener en cuenta al auditorio. Pues bien, ¿quiénes son los destinatarios de las motivaciones de las sentencias? ¿Existen diversos auditorios? Si es así, ¿hay alguno al que deba otorgarse preferencia?

3.4.2,F) ¿CÓMO HACER PARA REDACTAR SENTENCIAS BREVES?

> Una de las muchas virtudes del juez Holmes era la brevedad que uno de sus más ardientes admiradores del mundo de la judicatura, el juez Robert H. Jackson, atribuyó a la práctica durante toda su vida de escribir sus fallos a mano, *de pie* ante un escritorio de la altura del escritor. Cuando la fatiga comenzaba, Holmes ponía fin a la motivación. [...] La longitud media de los fallos de Holmes fue de 3,54 páginas —de lejos, los más breves de entre los jueces que desempeñaban su función con él; los más largos, 12,24 páginas por fallo, fueron escritos por el juez Horace Gray (Abraham [7]1998: 240, nota).

1) ¿Cuántas sentencias de esa extensión se escriben ahora en los tribunales de su país? Si, como parece incontestable, la extensión media ha

aumentado enormemente, ¿a qué se debe? ¿Puede —y debe— fomentarse un estilo más conciso?

4,A) LA «BONDAD» DEL ARGUMENTADOR SEGÚN QUINTILIANO

Hemos visto que Quintiliano definía al orador como un «hombre bueno». Pero ese concepto —como aclara Prentice A. Meador en el texto que sigue— puede no coincidir con lo que hoy entenderíamos por tal, puesto que Quintiliano se está refiriendo al hombre bueno en sentido romano:

¿Quién es, entonces, un hombre bueno en sentido romano? Quintiliano extrapola los atributos y acciones del *vir bonus* a partir de los empleados por distintos oradores del pasado, tanto griegos como romanos:

ATRIBUTOS DEL HOMBRE BUENO

respeto de la opinión pública (XII,1,12)[2]; fortaleza (XII,1,17); valentía (XII,1,23); responsabilidad (XII,1,26); sinceridad (XII,1,29); sentido común (XII,1,30); justicia (XII,1,35); integridad (XII,1,16); elocuencia (XII,1,21); honor (XII,1,24); conocimiento (XII,1,25); sentido del deber (XII,1,29); virtud (12,1,31).

ACCIONES DEL HOMBRE BUENO

defiende políticas nobles (XII,1,15,25); estudia filosofía y lógica (XII,2,4); estudia historia, religión, derecho (XII,2,27; XII,3,1); estudia oratoria (XII,5,1 ss.); defiende lo mismo al culpable que al inocente (XII,1,33 ss.); imita a los grandes oradores (XII,2,27); puede ocultar la verdad ante el juez (XII,1,36); puede emplear métodos próximos al impostor (XII,1,41); puede decir una mentira incluso por razones triviales (XII,1,38); estudia la equidad, la verdad, la justicia y el bien (XII,2,1); se ocupa de toda clase de actividades que desarrollen el carácter (XII,2,1).

Para Quintiliano, la suma de estas cualidades y acciones constituye el buen *romano*. Aunque su autor incluye varios atributos y acciones que parecen muy cuestionables, desde un punto de vista moral, añade que «estas cualidades no invalidan nuestra definición de orador como 'un hombre bueno hábil en el arte de hablar'» (XII,1,44). Influenciado por los estoicos, Quintiliano trabaja, desde luego, dentro de otro marco, el marco romano. Para los romanos, y en especial para los estoicos, «la bondad descansa en una participación activa del individuo en la vida pública de su país» (XII,2,7). El concepto de bondad está así íntimamente asociado con el concepto de «deber» en el sentido estoico. Para Quintiliano, la vida contemplativa no es la vida buena, el recluido no es el hombre bueno. Finalmente, Quintiliano afirma que «las cualidades que más se deben recomendar al orador son la cortesía, la amabilidad, la moderación y la benevolencia. Pero, por otro lado, lo opuesto a estas cualidades le sentará bien, a veces, al hombre bueno» (XII,1). Este pasaje da a entender con bastante claridad que el concepto del hombre bueno de Quintiliano se refiere al ciudadano romano que ejerce la actividad pública, que es el que personifica la mejor de las cualidades romanas en función de «las circunstancias de tiempo y lugar» (XI,1). En su teoría del «hombre bueno», Quintiliano se refiere a

2. Las referencias son a la obra *Institutiones Oratoriae* de Quintiliano; separo los atributos del hombre bueno (como luego, las acciones) por puntos y coma.

la excelencia fundamentalmente humana de los romanos. Ser un buen hombre es ser *hombre* en todo aquello que es más *humano* y serlo en todas las relaciones con los otros hombres. Esto es lo que parece querer decir Quintiliano del hombre bueno en su más amplio y más estricto sentido (Meador 1983: 242-243).

1) ¿Qué términos habría que utilizar hoy para definir al «hombre bueno»? ¿Cuáles de las características tomadas en cuenta por Quintiliano siguen valiendo, y cuáles no?

4,B) EXCESOS VERBALES Y FALTA DE IMPARCIALIDAD

La Audiencia Nacional española condenó en 2010 a un dirigente político, Arnaldo Otegui, por un delito de enaltecimiento del terrorismo. Se le acusaba de haber participado en un acto de homenaje a un condenado por delito de terrorismo, en el transcurso del cual había pronunciado un discurso en el que había vertido expresiones que el tribunal consideró que integraban el tipo penal respectivo. El condenado interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el que, entre otros motivos, alegaba que no había sido juzgado por un tribunal independiente e imparcial. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (sentencia n.º 31/2011) aceptó el motivo, lo que supuso la anulación del juicio y de la sentencia de la Audiencia Nacional. En los fundamentos de Derecho de la sentencia del Tribunal Supremo puede leerse lo siguiente:

PRIMERO. [...] Alega que el recurrente, haciendo uso de sus derechos como acusado, manifestó que sólo contestaría a preguntas de la defensa, y que tras el interrogatorio, la Presidenta del Tribunal se dirigió a él preguntándole si condenaba la violencia de ETA y al responder el acusado que no contestaría a esa pregunta, la Magistrada comentó, de malas formas, «Ya sabía yo que no me iba a contestar a esta pregunta», a lo que el acusado respondió «Y yo que iba a hacerla». La pregunta, afirma, no tenía relación con los hechos del procedimiento. De ello deduce que la Magistrada dejó claro que tenía animadversión hacia el recurrente, que tenía prefijada su decisión y que, por lo tanto, no actuaba con total imparcialidad. Sostiene que en la sentencia tiene reflejo la percepción que la Sra. Presidenta y ponente de la sentencia tiene del recurrente y cómo le influye en su actuar y en su decisión. [...]

La pregunta formulada por la Presidenta del Tribunal y, muy especialmente, su reacción al negarse el recurrente a contestar, pueden interpretarse, desde perspectivas objetivas, como una expresión de una opinión ya formada, previamente o al inicio del juicio, acerca del significado que cabría otorgar a las palabras pronunciadas por el recurrente que, a juicio de las acusaciones, constituían un delito de enaltecimiento del terrorismo. Dicho con otras palabras, no es irrazonable pensar, como sostiene el recurrente, que con tal actitud se expresaba de alguna forma la opinión, ya formada, respecto al valor de la explicaciones dadas por el acusado relativas al significado de sus palabras, antes de haber podido siquiera presenciar el resto de la prueba, tanto de cargo como de descargo. Y, por lo tanto, el acusado tenía razones objetivas para pensar que la Magistrada estaba exteriorizando precipitadamente un juicio sobre el carácter delictivo de las mismas que venía a coincidir con el que sostenían las acusaciones.

1) ¿Se trata de un caso en el que la actitud mostrada por el orador —el *ethos*— desempeña un papel argumentativo?

2) ¿Es aceptable la argumentación que lleva a cabo aquí el Tribunal Supremo para inferir del comportamiento verbal de la magistrada falta de imparcialidad? Obsérvese que no se trata de que ésta tuviera formada una opinión en su interior (creer no es un estado de cosas intencional y, por tanto, uno no puede controlar sus creencias), sino de que lo exteriorizara. Téngase en cuenta además que las apariencias son de gran importancia en la ética judicial (y, en general, profesional).

4,C) DOS MICRO-RELATOS

La Escuela Judicial Española (radicada en Barcelona) preparó, en el año 2010, una serie de «micro-relatos» que habían sido confeccionados por su equipo docente a partir de noticias de prensa, sentencias del Tribunal Supremo, etc., y con el objetivo, entre otros, de identificar «el principio, valor o desvalor profesional que [...] subyace en cada cuento». Los dos que aquí se han seleccionado (de un total de 37) pueden servir muy bien para mostrar que las normas deontológicas (en este caso, las de la deontología judicial) son también normas de la buena argumentación.

A) HECHOS PROBADOS

Andrés, Magistrado-Juez de un Juzgado de lo Penal de una importante capital de provincia, cuenta con veinte años de experiencia, nunca había tenido un incidente en su vida profesional, mantenía su Juzgado al día de señalamientos y llevaba sus sentencias a puntual y debida ejecución.

Tras la denuncia del Decano del Colegio de Abogados le fue abierto un expediente en el que reiteró el estado excelente de *funcionamiento* de su Juzgado. Concluido el trámite, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial le impuso una sanción de traslado forzoso a Juzgado o Tribunal con sede separada, al menos en cien kilómetros, de aquella en que estaba destinado, como autor de una falta muy grave del artículo 417.15 de la LOPJ.

En el expediente disciplinario aparecen documentadas, entre otras muchas, sentencias de Andrés en las que consignó los siguientes HECHOS PROBADOS:

ÚNICO. Probado y así se declara, que durante el mes de mayo de 1996 el acusado Emilio S. P., mayor de edad y sin antecedentes penales, vivía en Gijón en la Avda.,..., lugar donde se dedicaba a la venta de heroína.

ÚNICO. Probado y así se declara que el seis de mayo de mil novecientos noventa y ocho, la Policía Municipal del Bilbao detuvo a Yahi S., acusado de haber vendido *droga* a don Miguel Ángel U. S. Probado y así se declara que Yahi S., además de este nombre, facilita como propio el de Saoud B. Después de haberse practicado las diligencias que constan, los Agentes de Policía Municipal presentaron al detenido ante el Juzgado de Guardia.

ÚNICO. En el curso de la fuerte discusión habida el día.... entre el denunciado y Francisco M., en el interior del local L, sito en...., aquél rompió un vaso en la *cara* del segundo produciéndole lesiones de las que tardó en curar 12 días con impedimento para el trabajo, quedándole una cicatriz que constituye deformidad.

ÚNICO. Que Antonio... con fecha 28 de agosto de 2003, interpuso denuncia ante la comisaría de esta ciudad, contra su esposa, de la que se halla en trámi-

tes de separación, habiendo recaído resolución en las medidas provisionales de separación estableciéndose en la misma la patria potestad compartida de ambos progenitores y un régimen de *visitas a favor* del denunciante. En su denuncia alega que la denunciada le impide la comunicación con sus hijos, llegando incluso a marcharse a Sevilla, por motivos familiares, dejando a los niños a cargo de un vecino, y sin comunicárselo al denunciante.

ÚNICO. Ha quedado acreditado en las actuaciones que el día 23 de septiembre de 2006 en el establecimiento comercial L se produjo un hurto por parte del ahora denunciado S. E. por cuantía de 10 euros. Con posterioridad se encontraron en el bolso y *se recuperaron* los 10 euros *inicialmente sustraídos*.

ÚNICO. Se declara probado que el querellado Antonio C. V., cuando se encontraba en la cafetería del M. de Trabajo, tuvo un incidente con *uno* de los camareros del referido establecimiento con ocasión del cual y refiriéndose al querellante Ezequiel P. B., también funcionario del mismo Departamento, dijo *en* alta voz, en ausencia de éste, pero en presencia de varias personas, y sin ánimo de injuriar, palabras despectivas y críticas contra el mismo, sin duda al calor del enfado provocado en dicha ocasión y que luego ha tratado de rectificar, pese a lo cual no se le ha seguido expediente disciplinario alguno por el aludido M. de Trabajo.

B) UN BUEN CONSEJO PARA TRIUNFAR EN LA CARRERA

Carlos Javier se quedó de piedra cuando, después de que le dieran un nuevo destino en el último concurso de traslados, comprobó que el juzgado idílico que él esperaba era de los de *mayor* carga de trabajo de la zona. Al cabo de unos meses encontró la solución. En definitiva, el mayor volumen eran los procesos de familia y los juicios de faltas, y aquí podía más su ingenio que sus preocupaciones.

En los juicios de familia ya le había dicho un experimentado juez, de los de colmillo retorcido, que no dudara nunca en dar los hijos a la madre, y que en los fundamentos fuera lo menos explícito posible, pues de esa manera las sentencias eran más difíciles de atacar. Así, ya desde que leía la demanda, lo tenía claro. Los juicios iban rápidos, y más rápidas las sentencias. En todas colocaba, con el «corta y pega», aquella frase que le había quedado tan redonda: «En cuanto a la custodia de los hijos, la madre, por su propia condición, está más capacitada para su cuidado».

En las faltas era más fácil. El fundamento por el que expresaba su convicción siempre era coincidente con la petición del Ministerio Fiscal. De tal forma expresaba: «... y habiendo solicitado el Ministerio Fiscal la condena, procede acceder a la petición formulada por el Ministerio Público. Cuando el Fiscal pedía la absolución, pues lo que procedía era acordarla.

En pocos meses, el juzgado estaba al día. En la estadística judicial sus números brillaban, y no digamos en la aplicación del baremo, que triplicaba los de su colega Rodrigo, que había tenido siempre complejo de querer ir al Supremo. En definitiva, lo que se necesita es un anclaje para sostener el criterio, y ¿qué mejor anclaje que inclinarse por las madres? Siempre las feministas lo defenderían. Y no digamos ya escudarse en la petición del Fiscal. En todo caso, la responsabilidad sería del Ministerio Público. La Audiencia no le preocupaba, tampoco allí se esforzaban demasiado y, en definitiva, ¿qué le podían decir? Que revocaran o hicieran lo que les diera la gana. Su padrino, el día de la jura, y sincerándose después de las copas que se tomaron juntos, le dio el mejor consejo: «lo importante es tener un criterio, siempre el mismo criterio, para que no puedan decir que prevaricas». Él tenía criterio y no podían decir que favorecía a unos o a otros. Además, ya se cuidaba muy mucho de poner unos fundamentos de cinco folios que colocaba en todas las sentencias con citas jurisprudenciales.

Cuando dejó aquel juzgado, estaba al día. Realmente había hecho una gran labor, y la verdad es que tampoco se había complicado mucho la vida, y había tenido tiempo para preparar el temario y aprobar la prueba de la especialidad de lo contencioso, que siempre le había gustado. Seguro que tendría más oportunidades de llegar al Supremo que su amigo Rodrigo, que se tomaba muy a pecho lo de dar explicaciones, y le habían abierto un expediente por retraso en el dictado de las sentencias. Siempre hay pringados, pero el mundo no les pertenece.

1) ¿Por qué argumenta mal el juez al que se hace referencia en el primero de los relatos? ¿Comete algún tipo de falacia o incurre en algún defecto de tipo lógico?

2) ¿Y el segundo de los jueces? ¿Cabría decir en este segundo caso que lo que utilizaba el juez Carlos Javier en sus sentencias no era otra cosa que recursos retóricos orientados a lograr la persuasión?

5,A) ¿DELIBERAN LOS TRIBUNALES?

En los fragmentos que siguen, Richard Posner (2012) muestra una visión más bien escéptica a propósito de la deliberación judicial, visión que refuerza con el testimonio de dos jueces: una jueza de un tribunal de apelación; y un magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, entre 1986 y 2005, W. H. Rehnquist. La práctica de los jueces ingleses a la que Posner se refiere en el texto consistía en que los jueces no tenían que saber nada de los casos, ni haber discutido, por tanto, sobre ellos, hasta el momento del juicio:

Una discusión oral en una apelación podía llegar a durar una semana porque los jueces podían estar en la mesa de la sala leyendo las leyes, los repertorios de jurisprudencia y otros textos autoritativos que les habían entregado los abogados para que los leyeran en la misma sala (p. 155).

La dificultad que los observadores externos tienen para comprender el comportamiento judicial proviene en parte del hecho de que los jueces deliberan en secreto, aunque sería más exacto decir que no deliberan demasiado (me refiero a que no deliberan colectivamente). La deliberación judicial está sobrevalorada. Tradicionalmente, los jueces ingleses no deliberaban en absoluto, puesto que ello implicaba quebrar la «oralidad», principio rector según el cual toda la actividad de los jueces había de ser realizada en público con el fin de que la misma pudiera ser sometida a control; de ahí todas esas motivaciones *seriatim* que desconciertan al estudiante de Derecho estadounidense y quizás también al inglés. En casi todos los casos, un breve debate entre los jueces antes de la decisión posibilita la convergencia en una opinión mayoritaria única en lugar de presentarnos una opinión por cada juez. [...]

El secreto de las deliberaciones judiciales es un ejemplo de mistificación profesional. Profesiones como el Derecho o la medicina proporcionan servicios esenciales que resultan difíciles de entender y de evaluar por los profanos. A los profesionales les gusta que así sea porque eso contribuye a mantener su estatus privilegiado. Pero saben que tienen que superar la desconfianza del profano y lo hacen en parte desarrollando una mística que sobredimensiona no sólo la habilidad del profesional, sino también su carácter desinteresado. Los jueces llevan haciendo lo anterior durante miles de años y han llegado a ser muy buenos en ello, lo bastante como para haber logrado una cierta opacidad hasta para sus propios compañeros

de profesión jurídica, incluyendo los profesores y los juristas prácticos. Los jueces han convencido a mucha gente —comenzando por ellos mismos— de que hacen uso de esotéricos materiales y técnicas para construir de manera desinteresada un edificio de doctrinas libres de decisionismo, de política o de ignorancia. [...]

«Cuando llegué al tribunal por primera vez [a la Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia; el testimonio procede de 1992], imaginaba que las reuniones [en torno a los casos] serían reflexivas, finas, analíticas, dinámicas. Habitualmente no son nada de esto. Nos sentamos alrededor de la mesa y cada juez, desde el más moderno al más antiguo, expone lo esencial de su posición y acaso una breve justificación de la misma. El debate es extremadamente escueto, incluso cuando existe división de opiniones entre los magistrados de la Sala. La reunión modifica muy pocas opiniones. Las decisiones correspondientes se toman y la vida continúa». [...]

«Si hubiera habido alguna posibilidad de que una discusión prolongada pudiera suponer cambios cruciales en las posiciones de uno o de varios de los miembros del Tribunal [Rehnquist está refiriéndose a que cuando llegó a la Corte, pensó que sería bueno cambiar el sistema de deliberación para que hubiese la oportunidad de un verdadero intercambio de opiniones, pero que su experiencia en el mismo le convenció de que era inútil], ello sería un argumento fuerte para tener ese tipo de discusión, a pesar del tiempo que ello consume. Pero mis años en el Tribunal me han convencido de que el verdadero propósito de las discusiones de los casos controvertidos no es persuadir a los colegas de uno por medio de una defensa desapasionada, sino más bien que, escuchando el punto de vista de cada magistrado, se llegue a un punto de vista compartido. Con esto no quiero decir que nadie modificara su opinión tras la discusión en la conferencia de jueces y como consecuencia de ella; sin duda sucedía. Pero eso era más bien la excepción que la regla y, si se reflexiona sobre ello, no tiene por qué sorprendernos» (Posner 2012: 2-3 y 304).

1) Ese punto de vista escéptico (referido en todo caso a la experiencia en los Estados Unidos) podría reforzarse con el testimonio de otros jueces. Por ejemplo, A. Scalia (también magistrado de la Corte Suprema) se refirió, en 1988, a la deliberación del Tribunal en términos muy parecidos a los de Rehnquist (*vid.* Abraham [7]1998: 214). Pero pueden encontrarse también opiniones de signo opuesto. Abraham recoge el siguiente testimonio del juez J. W. Carter (en 1959): «[La reunión en conferencia] no es una reunión de oración en la que se espera que todos digan 'amén'»; es más bien un escenario de batalla en el que filosofías opuestas libran un combate cuerpo a cuerpo» (p. 214). Y el del también juez de la Suprema Corte L. F. Powell (en 1977): «[La reunión en conferencia] proporciona la principal oportunidad para la discusión, el debate y la deliberación en grupo. Los jueces pueden hablar con la frecuencia y extensión que deseen, y no infrecuentemente una reunión en conferencia ha cambiado mi punto de vista inicial» (p. 214). Y la tesis escéptica de Posner parece obedecer en buena medida a su propósito de atacar la postura de Henry M. Hart (un profesor de Harvard muy influyente en los años cincuenta y sesenta: es coautor de un famoso libro que representó una de las tendencias dominantes en los años sesenta, «The legal process»), que sostenía la necesidad de introducir modificaciones en el Alto Tribunal para que los jueces pudiesen utilizar más tiempo en la deliberación de los casos. Posner considera esa postura como

«irrealista», propia de quienes «no se dan cuenta, al ser intelectuales y exagerar por ello el poder de la discusión razonada, de que los argumentos no son eficaces cuando quienes argumentan no comparten las mismas premisas y de que —lo que está en relación con lo anterior— la gente no renuncia a sus creencias más profundamente arraigadas sólo porque las mismas no están a la altura del ingenio de quienes de ellas se mofan» (p. 302).

¿Cuál le parece que es realmente el papel de la deliberación racional en la toma de decisiones por parte de los jueces? ¿Hay alguna conexión entre manifestar una mayor o menor confianza hacia la deliberación racional y sostener ideologías más o menos progresistas o conservadoras (tanto Rehnquist, como Scalia o el propio Posner son jueces políticamente muy conservadores)?

2) ¿Se pueden introducir cambios organizativos e institucionales para provocar una mayor y mejor deliberación, o todo depende de una cuestión de actitudes subjetivas?

5,B) ¿HASTA QUÉ PUNTO SE DEBEN MANIFESTAR LAS DISCREPANCIAS EN EL INTERIOR DE UN TRIBUNAL?

En nuestra cultura jurídica no parece haber discusión, hoy, sobre la conveniencia de que existan votos disidentes y concurrentes; esto es, que las discrepancias que han tenido lugar durante la deliberación del caso se expresen, sean conocidas por la comunidad jurídica (por la opinión pública, en general). Pero lo que se da a conocer (salvo en los sistemas —muy pocos— en que las deliberaciones son públicas) no es la deliberación en cuanto tal, sino el producto de la misma. Quien tiene acceso únicamente a la lectura de las fundamentaciones de la mayoría y de las minorías sólo puede hacerse, en principio, una idea muy abstracta de en qué ha consistido la discrepancia; digamos que sólo puede captar el aspecto «intelectual» de la misma. Por otro lado, incluso este último elemento puede quedar enmascarado por la existencia de factores que llevan a que el redactor de la fundamentación no plasme exactamente los argumentos utilizados durante la deliberación. Surge por ello la cuestión de hasta qué punto las motivaciones de la mayoría o de los discrepantes deben aludir a las diferencias surgidas en el interior del tribunal. He aquí un ejemplo de ello, referido a la Corte Suprema de los Estados Unidos (en un caso de finales del XIX):

> En 1893, el juez Field tomó lo que puede llamarse una medida extrema contra el juez Gray. Después de leer el voto disidente de Field en Fong Yue Ting *vs.* United States, Gray cambió una frase en su motivación de la sentencia mayoritaria. Considerando que ello suponía neutralizar el efecto aguijón que pretendía con su disenso, Field escribió al presidente del tribunal, Fuller, que si Gray no restauraba la frase tal y como estaba originariamente escrita, él —Field— añadiría una nota a pie de página a su motivación explicando que Gray había corregido su error. Gray consultó con el presidente y echó marcha atrás, dejando la frase como estaba originariamente (Murphy 1962: 407).

1) ¿Hasta qué punto es admisible que un juez haga pública la crítica que le merecen las argumentaciones (y las actuaciones) de sus colegas en un determinado caso? ¿Existe algún límite (algún límite justificado) en la redacción de los votos disidentes?

2) ¿Muestra la anécdota que se acaba de referir la necesidad de que la redacción de los votos mayoritarios y de los disidentes se produzca de manera «simultánea», para evitar que una parte del tribunal (la que redacta su parecer en último lugar) tenga la ventaja de conocer la motivación de la otra y escribir su propio fallo con la seguridad de que nada de lo que allí se escribe va a poder tener una réplica?

5,C) ¿NEGOCIACIÓN EN LA DELIBERACIÓN?

Cuando nueve —o cinco— hombres tratan de ponerse de acuerdo sobre el tenor preciso de un documento que contiene una declaración importante de política pública, hay inevitablemente mucho de negociación. En el proceso judicial [se refiere al proceso de toma de decisión y de motivación], la mayor parte de esa negociación puede ser tácita, pero, expresada o no, el compromiso y el acomodo mutuo son necesarios para el acuerdo. [...]

Para negociar de manera efectiva, uno debe tener algo que ofrecer y también una sanción que aplicar si la oferta es rechazada o si se produce un incumplimiento en el trato. [...]

Los artículos más importante que un juez [se refiere a uno de la Corte Suprema] tiene para ofrecer son su voto y su adhesión en una motivación. A la inversa, la amenaza de un voto disidente o concurrente es la sanción más frecuentemente usada. [...]

A Black [un juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos entre 1937 —nombrado por Roosevelt— y 1971] le gustaba contar la historia de «un senador que decía que, cuando quería conseguir algo, hacía dos propuestas de ley, una era la que deseaba que se aprobase y la otra hacía que la primera pareciera conservadora. [...]

Otro medio que un juez puede usar para incrementar su poder de negociación es construir un clima de buena voluntad, a base de acceder con frecuencia a los deseos de la mayoría, y de hacer saber a la mayoría que aunque su aquiescencia fuera en contra de lo que consideraba mejor fundado, todas las dudas resultaban ahogadas en favor de la armonía. [...]

Una manera muy distinta de incrementar el poder de negociación de un juez consiste en adoptar una postura sobre una o más cuestiones de la que ya no puede retirarse sin una seria pérdida de prestigio. En la jerga de la teoría de juegos, un juez puede estrechar su discrecionalidad para aumentar su poder (Murphy 1962: 405-406, 411-412).

1) ¿Es razonable pensar que ese poder de negociación no se da únicamente en el caso de tribunales «políticos» (como la Corte Suprema de los Estados Unidos o los tribunales constitucionales de muchos países) sino, en general, en todo los órganos judiciales colegiados? ¿Es así? ¿Resultan aceptables los tres tipos de estrategias indicadas? ¿Cuál sería el límite de la negociación aceptable?

5,D) AVERSIÓN AL DISENSO

A la mayor parte de los jueces no les gusta disentir (los magistrados del Tribunal Supremo [de los Estados Unidos] son [...] una excepción)[3]. No sólo molesta y erosiona las buenas relaciones entre colegas, careciendo habitualmente de efectos sobre el Derecho, sino que también tiende a sobredimensionar la relevancia de la opinión mayoritaria. A los jueces tampoco les gustan las opiniones disidentes, y de ahí que la emisión de ese tipo de opiniones minen las buenas relaciones entre ellos. A los jueces no les gusta ni ser objeto de críticas, ni tener que molestarse en revisar el borrador de su voto para salvar así los posibles argumentos sólidos que hayan sido esgrimidos por el voto disidente, ni tampoco, y ésa sería la peor situación, perder al tercer juez a favor del disidente.

La aversión al disenso evidencia al mismo tiempo la dificultad y la importancia de la cooperación entre colegas. La práctica de juzgar en apelación es una empresa cooperativa. No funciona bien si las relaciones entre los jueces se tiñen de animosidad [...] (Posner 2011: 32-33).

1) Además de factores psicológicos, que *explicarían* el fenómeno, ¿hay alguna razón de carácter institucional que *justifique* esa aversión al disenso de la que habla Posner?

2) ¿Hay algún sentido en el que quepa decir justificadamente que el juez (quizás, en general, el Derecho) desempeña un rol conservador (no necesariamente en sentido político)? ¿Cuál sería ese sentido? ¿Hay alguna conexión entre judicatura-consenso y legislación-disenso?

3) ¿Existe realmente una aversión al disenso por parte de los jueces?

5,E) LA MOTIVACIÓN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS Y EL SECRETO DE LAS DELIBERACIONES

La distinción entre el llamado contexto de «descubrimiento» y el de «justificación» es todavía más difícil de trazar en relación con las motivaciones llevadas a cabo por los órganos judiciales de carácter colegiado. O, por lo menos, en algunos de ellos: en los que se sigue un sistema de «ponencias» y el producto final (la argumentación publicada) no es sólo fruto del proceso mental llevado a cabo por un individuo, sino de la interacción que ha tenido lugar entre los diversos miembros del tribunal. Lo que ocurre «entre bastidores» puede tener una importancia decisiva para comprender el sentido de la decisión. Las cosas se simplifican si lo que funciona de hecho es un sistema en el que se tiende a «respetar» al ponente, o sea, se permite que cada uno escriba la fundamentación (cuando le corresponde) sin apenas interferencias de los otros. O si cada juez debe redactar individualmente su motivación.

Un caso interesante es el de la Corte Suprema de los Estados Unidos: por su importancia (suele ser considerado como el tribunal más poderoso sobre la tierra) y porque ha sido objeto de muchos estudios. En el proceso de toma

3. Posner considera que se trata de un tribunal fundamentalmente político.

de decisión y de deliberación se pueden distinguir varias fases. Dejando a un lado la selección de los casos en los que el tribunal decide entrar, el proceso comienza con la discusión de los casos (en el *Conference Day*) por parte de los 9 integrantes del tribunal. El presidente (el *Chief Justice*) es el primero en pronunciarse sobre el caso y luego le siguen los otros magistrados, en orden de antigüedad decreciente; el mismo orden se sigue en la votación[4]. Luego, al cabo de unos días (y por escrito), el presidente del tribunal (y en algún caso el vicepresidente, el *Senior Associate Justice*) asigna a uno de los magistrados la tarea de redactar la sentencia del tribunal (como se sabe, cabe también que se produzcan, y redacten, votos en disidencia —*Dissenting Opinions*— y concurrentes —*Concurring Opinions*—). Para la asignación, además de procurar que la carga de trabajo sea uniforme, el presidente tiene en cuenta diversos criterios: la importancia constitucional del caso (las sentencias muy importantes son redactadas por el presidente); el valor del precedente (la manera de construir la fundamentación del caso, la *ratio decidendi*); el impacto en la opinión pública (por ejemplo, los fallos de orientación «liberal» se procura que sean redactados por los jueces conservadores, y viceversa); el «equilibrio» del tribunal (en las decisiones en las que se ha producido una división en el tribunal, se procurará que el redactor sea el magistrado de la mayoría cuya opinión esté más próxima a la de los disidentes). La siguiente fase —la determinante— consiste en la confección por parte del ponente de un borrador que se hace circular entre los otros magistrados, que asumen en el proceso un rol activo; según los comentarios que reciba, escribirá nuevos borradores, tratando de lograr el mayor acuerdo posible (los magistrados pueden cambiar de opinión entre la discusión inicial y el voto final). El trabajo puede llevar incluso años, pero lo normal es que dure entre 35 y 58 días. Finalmente, el proceso se termina con la toma final de la decisión y su comunicación pública en el *Opinion Day*. Se hace oralmente, en un acto conjunto (el tribunal no funciona con secciones) en el que el autor de la motivación presenta normalmente una exposición resumida de la misma (Los datos están tomados de Abraham [7]1998: 206 ss.).

1) El proceso de deliberación, en la Corte Suprema de los Estados Unidos y en la mayoría de los tribunales, es secreto. Se toman incluso medidas especiales para asegurarse de que no va a haber «fugas» de información. Sin embargo, en otros tribunales no funciona esa regla: en el caso de la Corte Suprema de México, las deliberaciones entre los miembros del tribunal no sólo son públicas, sino que se televisan. (También son públicas en ciertos tribunales brasileños). ¿Cuál de las dos prácticas parece preferible? ¿Supone la regla del secreto un atentado contra (alguna de) las reglas del discurso racional (por ejemplo, las elaboradas por Alexy [*vid.* V,3,C])? ¿Cómo habría que organizar las deliberaciones de los órganos colegiados para lograr un máximo de racionalidad? ¿Cómo habría que entender aquí «racionalidad»?

4. Al parecer, anteriormente la costumbre era que el orden fuera el inverso.

IX

CONTEXTOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. ARGUMENTACIÓN JUDICIAL Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Un defecto notorio de la teoría estándar de la argumentación jurídica (la que se desarrolla, a partir de finales de los años setenta del siglo XX, en la obra de autores como Aarnio, Peczenik, Alexy o MacCormick) es que se centra exclusivamente en las fundamentaciones de las decisiones tomadas por los tribunales superiores. Eso quiere decir que quedan fuera del objeto de estudio numerosos contextos en los que se argumenta jurídicamente.

Para empezar, queda fuera un aspecto muy importante de la propia argumentación judicial, la argumentación en materia de hechos. Por razones conocidas (y comunes a todos los sistemas jurídicos desarrollados), las cuestiones que llegan a los tribunales superiores son cuestiones «jurídicas», esto es, problemas de interpretación normativa (en sentido amplio) y raramente (o de manera muy limitada), cuestiones de hecho. Sin embargo (como subrayó Jerome Frank ya en los años treinta del siglo XX), si se toma el sistema judicial en su conjunto, la mayor parte de las argumentaciones que realizan los jueces se refieren a problemas fácticos. Con todo, esa «laguna» puede considerarse ya colmada, pues en las últimas décadas ha habido una intensa investigación en ese campo, tanto en el contexto del *common law* como en el de los países de tradición romano-germánica. Lo que, por cierto, no ha hecho cambiar la inercia de los juristas prácticos (de los jueces) que, al menos en países como España, suelen incluir dentro de los «fundamentos de Derecho», los razonamientos destinados a dar como probado un determinado hecho: una forma —me parece— de arrastrar («simbólicamente») el tradicional prejuicio de que sólo las cuestiones normativas, y no las fácticas, necesitan ser motivadas.

Otra exclusión importante se refiere a la argumentación de los abogados. Ciertamente, si la figura y la función del abogado se viera

simplemente como la de un «auxiliar» de la justicia, entonces se trataría de un déficit (por parte de la teoría estándar) mínimo, por no decir que inexistente: la argumentación de los abogados no se distinguiría mucho de la de los jueces; lo que cambiaría no sería tanto la argumentación en sí cuanto las consecuencias, los efectos, de la misma. Algo, por cierto, que vale en relación con la figura del «abogado general» que actúa en el contexto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero no en relación con los abogados «de verdad» que por lo general, como es obvio, no persiguen (o no sólo o no fundamentalmente) el interés general. La argumentación de los abogados es, en lo esencial, una argumentación «de parte» (lo que no significa *ilegítima*) que, por ello, difiere en aspectos relevantes de la del juez. Alexy (y, en general, los representantes de la teoría estándar) no parece verlo así y defiende, por ejemplo, que la teoría del discurso racional es un modelo que se aplica también a la argumentación de los abogados, los cuales —en su opinión— también erigirían (en sus demandas ante los tribunales) una pretensión de corrección. Pero esto es muestra, en mi opinión, de una concepción idealizada del Derecho en la cual el fenómeno jurídico es observado única o preferentemente desde la perspectiva de los tribunales superiores y de la dogmática jurídica.

Tampoco, por razones parecidas, está presente, en los estudios contemporáneos de argumentación jurídica, la que tiene lugar en el contexto de la resolución no judicial de conflictos (jurídicos): la negociación, la mediación y el arbitraje. Una carencia ligada probablemente a un cierto prejuicio teórico que lleva a identificar el Derecho con el Derecho estatal y a no considerar todo aquello que tiene que ver con lo que, en un sentido amplio, puede denominarse «pluralismo jurídico». Por supuesto, la negociación, la mediación y el arbitraje no son fenómenos que se desarrollen del todo al margen del Estado (y de las normas del Derecho estatal). Pero las argumentaciones que se producen en esos contextos (que, por lo menos en cierta medida, son contextos jurídicos: las fronteras entre el Derecho y el no Derecho no tienen siempre contornos nítidos) presentan peculiaridades propias y no pueden equipararse sin más a las de carácter judicial

En cuanto a la argumentación legislativa, su preterición por parte de la teoría estándar está seguramente ligada (como ocurre en realidad con las anteriores ausencias) a cierta deformación de la teoría del Derecho dominante durante los dos últimos siglos. En efecto, el estudio del Derecho (por parte de la teoría del Derecho o de la dogmática jurídica) se ha centrado en la interpretación y aplicación del Derecho, y ha dejado de lado el proceso de su producción; o, mejor dicho, esto último se ha visto únicamente desde la perspectiva —limitada— de las fuentes del Derecho. Esta situación ha empezado a cambiar en las últimas décadas (con el surgimiento de un nuevo interés por la teoría y la técnica de la legislación), pero los estudios sobre la argumentación

legislativa no son abundantes ni, sobre todo, cuentan con un modelo teórico satisfactorio. A ello contribuye, sin duda, el hecho de que se trata de un tipo de argumentación mucho más abierta que la judicial y que, por tanto, presenta muchas más dificultades en cuanto a su análisis. En todo caso, no hay que olvidar que la argumentación legislativa viene a corresponderse, en buena medida, con lo que en la tradición retórica se denominó «género deliberativo».

En fin, tampoco son frecuentes los estudios volcados hacia la argumentación dogmática (o de la teoría del Derecho), debido probablemente a estas dos razones. Una es que la argumentación de la dogmática puede asimilarse (en mucha mayor medida que las anteriores: la de los abogados, los mediadores, los legisladores...) a la de carácter judicial. Es lo que hace, por ejemplo, Alexy, quien —como se ha dicho— privilegia la argumentación de los tribunales superiores y de la dogmática jurídica: para él, una de las reglas de la argumentación jurídica —judicial— es la obligación de utilizar argumentos dogmáticos. En ambos casos (en la argumentación judicial y en la de la dogmática) cabe afirmar que se erige una pretensión de corrección o que la coherencia interna —y no la obtención de ciertos objetivos «externos» al Derecho— es el criterio fundamental de evaluación. Desde esa perspectiva, es suficiente con caracterizar la argumentación dogmática (en relación con la judicial) como una argumentación más abstracta y con menos limitaciones (de tipo temporal, competencial, etc.). La otra razón es la tendencia a configurar la dogmática más bien en tanto ciencia (como una empresa estrictamente teórica, que persigue objetivos puramente cognoscitivos) que en tanto una técnica (una práctica dirigida precisamente a la producción de argumentaciones).

Con lo anterior no se agotan, sin embargo, los contextos jurídicos en los que se producen argumentaciones. Habría que hacer referencia también, por ejemplo, a estos otros: 1) La argumentación llevada a cabo por los órganos administrativos. La proliferación de estas entidades es seguramente uno de los rasgos más característicos del Estado contemporáneo. Su carácter es muy heterogéneo y, según los casos, podrían equipararse (más o menos) a las argumentaciones de los jueces, de los abogados, de los legisladores... Pero, naturalmente, sólo hasta un cierto punto. De manera que éste es un campo muy relevante de estudio desde una perspectiva argumentativa, y muy poco cultivado. 2) La argumentación de los tribunales constitucionales (no equiparable del todo a la del resto de los jueces). 3) La argumentación que se lleva a cabo en comisiones de bioética y en otro tipo de órganos en los que se pretende ensamblar el conocimiento de los expertos en un cierto campo con consideraciones de carácter jurídico y moral; se trata, si se quiere, de órganos administrativos, pero *sui generis*. 4) La argumentación tal y como es concebida por quienes desarrollan sistemas expertos en el campo del Derecho o, en general, quienes se interesan

por el razonamiento jurídico desde la inteligencia artificial. 5) La argumentación de los notarios, de los registradores, de los jurados...

2. LA ARGUMENTACIÓN DE LOS ABOGADOS

La posición institucional del abogado en el sistema jurídico determina, como hemos ido viendo, diferencias importantes entre la argumentación forense y la de los jueces. La producción de argumentos por parte de los abogados no tiene lugar únicamente en la labor de defensa (o de acusación) que realizan ante los tribunales, sino también en su tarea de asesoramiento a los clientes y en los procesos de negociación en relación con otros abogados, con los fiscales, etc. Y, desde luego, no es lo mismo (no argumenta igual) el abogado que defiende un interés de parte motivado exclusivamente por la obtención de un beneficio económico, que el que se embarca en la defensa de causas, diríamos, de interés general (más o menos coincidentes con lo que, en la tradición retórica, se llamó causa digna u honrosa), dirigidas a la defensa de los derechos de los consumidores, el medio ambiente, las libertades públicas... Pero en todo caso (y aunque en grados distintos), el carácter «partidario» de la función de los abogados hace que en relación con sus argumentaciones (salvo en casos excepcionales) no tenga mucho sentido hablar de «pretensión de corrección».

A veces, en supuestos excepcionales (lo que Vergès ha llamado «procesos de ruptura» [Vergès 1970]), lo que pretende el abogado es mostrar la injusticia del sistema jurídico que deben aplicar los jueces, la imposibilidad precisamente de encontrar una respuesta correcta dentro de ese sistema; es interesante hacer notar que, en tales situaciones, el juez podría desde luego renunciar a su cargo, pero no podría actuar —en cuanto juez— con una actitud de «ruptura». Y, normalmente, lo que pretende el abogado es que la tesis que defiende (la favorable para los intereses de su cliente) no transgrede las normas del sistema jurídico —en particular, las normas procesales—, ni tampoco las de carácter deontológico, esto es, las reglas morales de su profesión. Es, naturalmente, posible que esa tesis coincida con lo que sería la respuesta correcta al caso (lo que querría decir, por cierto, que la del abogado de la otra parte no lo es), pero eso no supone erigir una pretensión de corrección, en el sentido, por ejemplo, en el que habla Alexy. Y no lo supone porque en la defensa de esa tesis (eventualmente correcta), la argumentación de los abogados no está regida por los principios que caracterizan el discurso racional: por ejemplo, no se aplica el principio de sinceridad, o sea, el abogado no tiene la obligación de decir toda la verdad, aunque tenga ciertos deberes al respecto, como el de no introducir pruebas falsas en el proceso; ni tiene, naturalmente, la obligación de exponer los posibles

argumentos que debilitarían su postura (y, si lo hace, no será para presentarlos en su mejor luz); etcétera.

Como consecuencia de lo anterior, parece obvio que el modelo general de argumentación de los abogados no es el de la subsunción o el de la ponderación, sino un razonamiento instrumental (medio-fin) en el que la premisa mayor no es una norma jurídica de fin (como ocurre en algunos casos de argumentos judiciales), sino la norma que establece que el abogado ha de procurar satisfacer en la mayor medida posible los intereses del cliente (o alguna especificación de esa regla). Para ello, el abogado le sugerirá al juez (tratará de persuadirle para) que efectúe una subsunción, un argumento adecuativo o una ponderación de una determinada forma. Y a tal fin utilizará los mismos tipos de argumentos que los jueces: argumentos por analogía, *a fortiori*, *ad absurdum*, etc. Sin embargo, en el caso de los abogados, se tratará de un uso estratégico de esos argumentos. O sea, si, por ejemplo, la solución de un caso dependiera de si el mismo puede considerarse o no análogo a uno anterior, lo que hará el abogado, interesado en que se aplique la analogía, será enfatizar las similitudes existentes entre ambos casos, dar razones que muestren que las posibles diferencias entre ambos son irrelevantes, interpretar el supuesto de hecho de la regla establecida en el caso precedente (la *ratio decidendi*) de la manera más amplia posible, para facilitar que los hechos del nuevo caso puedan tener encaje ahí, etc. Y, naturalmente, el abogado de la parte contraria procurará defender que no cabe utilizar la analogía, de manera que su estrategia será, precisamente, de signo opuesto a la anterior: se esforzará por destacar las diferencias existentes entre ambos casos, por interpretar el supuesto de hecho de la manera más restrictiva posible, etc. Sería poco realista suponer que en la argumentación de los jueces, esos aspectos estratégicos no juegan ningún papel y que, por ejemplo, en una motivación judicial, todo tiene lugar según el modelo del discurso racional. Pero aun así, aunque lo que tuviéramos en ambos casos fuera una combinación de argumentación estratégica y de discurso puramente racional, las diferencias entre los dos tipos de argumentación, las diferencias en cuanto al énfasis en un extremo o en el otro, son considerables.

Si nos fijamos ahora, en lugar de en los tipos de argumentos, en el proceso de resolución de un problema argumentativo, habría que decir que el modelo, si se considera en abstracto, es siempre el mismo, pero, sin embargo, las etapas que habíamos distinguido en ese proceso pueden tener características bastante distintas, según se trate de la argumentación judicial o de la de los abogados; aunque también aquí es importante distinguir entre distintos tipos de abogados, o de actuaciones de los abogados: no procede igual el abogado que prepara un caso para ser defendido en un juicio en primera instancia que el que se enfrenta con una apelación o una casación, etc. Por ejemplo, la identificación y el análisis del problema por parte del juez (en el

anterior capítulo nos habíamos situado, esencialmente, en la perspectiva de un tribunal de apelación) es muy distinta a la que efectúa un abogado cuando un cliente le plantea un determinado problema. El abogado no se encuentra frente a lo que podríamos llamar un problema bien estructurado y de tipo binario. Más bien cabría decir que, si opta por la vía judicial, lo que tiene que hacer es, precisamente, dar lugar a eso, esto es, traducir en términos jurídicos un determinado conflicto. Para ello, a su vez, tiene que llevar a cabo una actividad compleja en la que cabe diferenciar varios pasos: deberá realizar una investigación sobre los hechos, consistente en reunirlos y analizarlos; luego ha de procurar identificar las cuestiones jurídicas que ahí se plantean y ordenarlas de una cierta manera; encontrar el Derecho aplicable e interpretarlo. La etapa de propuesta de una solución se traduce en una solicitud al juez para que tome una determinada decisión. Posteriormente procederá a comprobar y revisar esa propuesta. Y finalmente redactará, por ejemplo, un escrito de demanda siguiendo, de alguna manera, la estructura que habíamos visto.

Los elementos retóricos, como varias veces se ha dicho, son también más importantes en el caso de la argumentación de los abogados que en la de los jueces, aunque conviene no olvidar que los discursos, las argumentaciones, de los abogados pueden tener una finalidad preponderantemente persuasiva (los que van dirigidos a los jueces), o bien predictiva (informes en los que, en realidad, se trata de predecir el comportamiento de los jueces). En todo caso, parece claro que el recurso a elementos emocionales es más característico de la argumentación forense que de la judicial, y que adquiere una intensidad especial si quienes juzgan no son juristas profesionales, como ocurre en los juicios con jurado o como ocurría con los tribunales populares de la Grecia clásica. Las técnicas características del género judicial de la retórica —repitámoslo una vez más— se desarrollaron desde la perspectiva de los abogados. No es por eso de extrañar que muchos autores insistan en que ese modelo clásico, con algunas adaptaciones, es (y debe ser) el que utilizan los abogados en su práctica argumentativa y el que está detrás de los manuales dirigidos a enseñarles a argumentar... con independencia de que se sea más o menos consciente de ello.

En fin, el componente dialéctico de la argumentación de los abogados está presente en la estructura del proceso, especialmente si se trata de sistemas en donde rige el principio acusatorio y en los que el juez asume la posición de un árbitro encargado de dirigir el debate que tiene lugar entre las partes. Un tipo, por cierto, de diálogo, de argumentación jurídica, en el que se trasluce vivamente el carácter de parte del abogado (un aspecto o una etapa del proceso) es el interrogatorio de testigos o de peritos; también aquí podría decirse que muchas de las técnicas que se utilizan son semejantes a las que se pueden encontrar en los diálogos socráticos... especialmente cuando

Sócrates parece comportarse más que como un filósofo como un refinado sofista.

La conclusión de todo lo anterior podría ser ésta: las diferencias entre la argumentación que lleva a cabo un juez y un abogado no son relevantes (o no existen) si se considera la argumentación exclusivamente desde una perspectiva formal. Pero adquieren notable importancia cuando se presta atención a la dimensión material (la pretensión de corrección) y a la pragmática (a los elementos retóricos y dialécticos).

3. ARGUMENTACIÓN Y RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

La palabra «alternativa» que aparece en el título de este apartado debe entenderse, como es obvio, en relación con los procedimientos de resolución de conflictos de carácter judicial. Hace referencia, por lo tanto, a mecanismos como la negociación, la mediación o el arbitraje (son, por así decirlo, los tipos básicos) y también a muchos otros, como el mini-juicio, el juez privado, el *ombudsman*... que pueden verse como una combinación de elementos que se encuentran en los otros tres. Algunos de esos procedimientos (los tres primeros) no son precisamente «nuevos», pero han adquirido una especial importancia en los últimos tiempos, debido a una serie de circunstancias que han llevado a ver la jurisdicción como un método «problemático» (al menos, en ciertos aspectos) de resolución de conflictos.

En efecto, desde los años setenta del siglo XX, surgió en Estados Unidos un movimiento tanto teórico como práctico (el Alternative Dispute Resolution; en siglas: ADR) que luego se fue extendiendo a Europa y a América Latina y que ponía el énfasis en las ventajas de esos procedimientos en relación con el jurisdiccional. Se entendía que los primeros (los «alternativos») son más flexibles, más informales, permiten una mayor intervención de las partes afectadas por el conflicto, tienen un menor coste económico y una mayor capacidad para prevenir conflictos futuros. Sin embargo, la utilización de esas técnicas tiene también sus inconvenientes y debiera tener también sus límites: en general, podría decirse que los medios extrajudiciales de resolución de conflictos no son adecuados (producen consecuencias indeseables, injustas) para tratar conflictos en los que existe una notable diferencia de poder entre las partes o conflictos que suscitan cuestiones de principio o que envuelven valores básicos y cuya resolución debería excluir cualquier tipo de transacción.

En cualquier caso, de lo que no cabe duda es de que una buena parte de la actividad desarrollada por los abogados, los legisladores, los órganos administrativos, por muchos profesionales no juristas (psicólogos, asistentes sociales, etc.) e incluso, en no raras ocasiones, por los particulares sin más tiene que ver con esos mecanismos de

resolución de conflictos; en particular, con los más alejados de la jurisdicción: la negociación. Quizás pudiera decirse que al igual que los *ciudadanos* de la antigua Grecia sintieron la necesidad de aprender retórica para participar en la vida pública, los de las sociedades contemporáneas se interesan por aprender a negociar (*mediar* significa facilitar los procesos de negociación) para poder actuar como *individuos* competentes.

A veces se piensa que todo ese tipo de actividad no es en realidad jurídica, pues se parte de la idea de que el Derecho es exclusivamente un fenómeno estatal y coactivo. Pero verdaderamente esa tesis —como varias veces se ha dicho— parece insostenible, entre otras cosas, porque las fronteras entre el Derecho y el no Derecho no pueden trazarse a menudo de manera nítida; no es difícil darse cuenta, por ejemplo, de que hay una cierta continuidad entre los procedimientos judiciales y los no judiciales de resolución de los conflictos: los que llegan a los tribunales son, en una buena medida, los que no han podido ser resueltos mediantes esos otros procedimientos, lo que quiere decir también que muchos conflictos jurídicos (o sea, regulados, en todo o en parte, por normas jurídicas) no llegan nunca ante los tribunales; los arbitrajes terminan con un «laudo» y las negociaciones —si tienen éxito— suelen hacerlo con un «contrato», esto es, recurriendo a instituciones jurídicas; y en realidad, como suele decirse, se negocia «a la sombra de la jurisdicción», esto es, teniendo muy en cuenta qué es lo que resolvería un tribunal si el conflicto se judicializase.

Por lo demás, reconocer la importancia de la negociación en la vida jurídica no tiene por qué llevar a pensar que, por ello, deba darse una menor relevancia a la dimensión argumentativa del Derecho. La negociación es, en realidad, un tipo de diálogo que incluye aspectos —o momentos— argumentativos, aunque también otros que no tienen ese carácter, como es el caso de las amenazas. Por supuesto, las normas que rigen en una negociación no son las del discurso práctico racional (aunque su mayor o menor alejamiento de ese modelo depende del tipo de «método» de negociación que se use), pero ya hemos visto varias veces que es un error pensar que la argumentación jurídica, en todas sus instancias, es un caso especial del discurso crítico racional. Para precisar cuáles son los componentes argumentativos de una negociación, puede ser útil examinar esa cuestión desde las tres perspectivas que hemos distinguido: la formal, la material y la pragmática.

Pues bien, desde el punto de vista formal, es obvio que en un proceso de negociación (o de mediación) se pueden reconocer estructuras argumentativas, especialmente en ciertas fases de la negociación; de hecho, hay una que suele denominarse así: «fase de argumentación». Y la utilización de argumentos estrictamente lógicos constituye, sin duda, una baza importante de negociación. Pero, al mismo tiempo, si examináramos un texto en el que se hubiese reproducido la actividad

lingüística de una negociación, parecería indudable que el mismo diferiría en aspectos muy sobresalientes de lo que constituye el texto de una sentencia. Si nos circunscribiéramos incluso a las partes argumentativas de la negociación, veríamos que las premisas que van usando los negociadores no son fijas, sino que se van modificando a medida que surgen nuevos elementos, nuevas informaciones. Ello es así porque de lo que estaríamos dando cuenta es de una actividad, de un proceso, y no de un resultado. Dicho de otra manera, el componente lógico-formal de los argumentos que aparecen en una negociación no es analizable (o, mejor, no es interesante hacerlo) con los instrumentos que se emplean en el caso de la argumentación judicial; a lo que habría que recurrir sería, si acaso, a una lógica no monótona (como ocurre en inteligencia artificial). Y, por lo demás, desde un punto de vista estrictamente formal no parece posible distinguir entre un argumento y una amenaza; o sea, las amenazas pueden revestir perfectamente la forma de una inferencia lógica: de un *modus ponens*, un *modus tollens*, etcétera.

Esta última distinción (entre argumento y amenaza) presupone, precisamente, la adopción de un punto de vista material: sólo así es posible determinar cuáles son las premisas, las razones, *válidas* de una argumentación, o bien cuándo el uso de una amenaza (o qué tipo de amenaza) es adecuado en una negociación. Pues en una negociación no se erige (como ocurre en el discurso crítico racional o en la argumentación judicial) una pretensión de corrección; no hay un *único acuerdo posible*, aunque eso no quiera decir tampoco que las pretensiones discursivas de validez (de *corrección* de los enunciados prácticos y de *verdad* de los enunciados teóricos) estén totalmente ausentes. Los argumentos son, en realidad, instrumentos que cabe usar (que se usan) en un procedimiento de negociación, pero no son los únicos. También cuenta todo aquello que tiene que ver con la posición (de poder) que detenta cada parte, de manera, diríamos, semejante a lo que ocurre con las pruebas basadas en el carácter del orador o en las pasiones del auditorio —frente a las estrictamente racionales— en el discurso retórico, o también (como enseguida veremos) con lo que Aristóteles llamaba pruebas «extratécnicas». Por lo demás, el peso mayor o menor del elemento argumentativo frente al de poder (al de las amenazas) en una negociación depende de cuál sea el «método de negociación» por el que se haya optado. En términos generales, pueden distinguirse dos grandes métodos: la negociación basada en el regateo y la llamada negociación «principial» (*vid.* Fisher y Ury 1981). En el primero, cada una de las partes adopta una determinada posición, que supone una maximización de sus intereses respectivos, y luego se van haciendo concesiones mutuas hasta llegar a un acuerdo (si es que se logra). En el segundo, por el contrario, se pretende que la negociación respete ciertos principios, uno de los cuales establece que la negociación debe basarse en estándares objetivos; de ese principio se deriva

a su vez una regla que establece la obligación para los negociadores de «estar abierto a las razones y cerrado a las amenazas». De manera que, si se asume este segundo método (que sus defensores consideran, por lo demás, como más eficiente que el otro), no cabe duda de que la argumentación tendrá un papel mucho más prominente que si se negocia basándose en las posiciones respectivas de poder.

En realidad, la perspectiva pragmática (como era de esperar, y tanto en la dimensión dialéctica como en la retórica) es la que permite comprender de mejor manera los aspectos argumentativos más relevantes de una negociación.

La negociación es, en efecto, un tipo de «diálogo» dirigido a resolver conflictos de intereses. No se rige —como ya se ha dicho— por las mismas reglas que el diálogo crítico o racional, pero, por ejemplo, en los tratados de negociación se hace una división de la actividad en diversas etapas que es muy semejante a la que —como veíamos— proponían Van Eemeren y Grootendorst para el discurso racional. En una negociación pueden, así, distinguirse estas cuatro fases (Williams 1983: 67): 1) orientación y toma de postura, 2) argumentación; 3) emergencia y crisis; 4) acuerdo o ruptura final. Y algo parecido ocurre también en relación con la mediación. Los negociadores no pretenden alcanzar una solución correcta, sino un acuerdo sobre sus intereses que resulte aceptable para ambas partes, y para ello apelan no solamente a «razones», sino al poder respectivo de cada parte. Pero eso no quiere decir tampoco que en una negociación «todo vale». Existen ciertas reglas de *fair play* que hacen, por ejemplo, que se pueda hablar de «tácticas sucias»; como ejemplos de esto último se ponen (*vid.* Fisher y Ury 1981) la de la autoridad ambigua, la intención dudosa, el ataque personal e incluso la amenaza (diríamos, la amenaza desnuda, sin razones).

Y parece también evidente que todas las técnicas retóricas son de gran utilidad para quien tiene que negociar. De lo que se trata en una negociación es de lograr un tipo peculiar de «persuasión», de acuerdo; la diferencia consiste en que a los recursos proveniente de la lógica, del carácter, de las pasiones (las tres pruebas «técnicas» de la retórica), la negociación añade uno más: hacer uso de la posición de poder de cada parte que, en cierto modo, bien puede considerarse como un tipo de prueba «extratécnica» en el sentido de Aristóteles: el orador no la crea (como los contratos, los textos legales, etc.), sino que se la encuentra ya dada.

4. ARGUMENTACIÓN LEGISLATIVA

La argumentación legislativa, la que va ligada a la producción de normas jurídicas por parte de órganos políticos de carácter asambleario, ha quedado, en general, fuera del campo de estudio de la teoría al uso

de la argumentación jurídica, por razones tanto de orden teórico como práctico. Las del primer tipo tienen que ver con el hecho de que el pensamiento jurídico de los siglos XIX y XX (con algunas excepciones) ha tendido a considerar las leyes como un dato fijo, un material del que había que partir (para plantear los problemas concernientes a su aplicación e interpretación) más que como un producto que hubiera que contribuir a elaborar. La teoría general y las diversas dogmáticas han abordado, hasta hace poco (y, en buena medida, siguen haciéndolo), el fenómeno de la legislación casi exclusivamente en el capítulo de las fuentes del Derecho: se trata de estudiar la ley en cuanto tipo peculiar —y fundamental— de norma jurídica, pero no la actividad legislativa en cuanto tal. El método de legislar (dejando de lado cuestiones de carácter formal o procedimental: la regulación del «*iter* legislativo») y el contenido de la legislación serían cuestiones pertenecientes al campo de la política o de la ética. El legislador, en definitiva, no es profesionalmente un jurista, sino un político; de manera que tampoco sus argumentaciones deberían considerarse, en sentido estricto, como argumentaciones jurídicas. Las razones de orden práctico que explican que los juristas (los teóricos del Derecho) se hayan desentendido de la argumentación legislativa tienen que ver con el hecho de que esta última es mucho más compleja que la que llevan a cabo los órganos judiciales; quiero decir con ello que es, normalmente, mucho más abierta y menos estructurada y, por ello, más difícil también de ser estudiada. También ha jugado un papel, por supuesto, el hecho institucional de que las leyes son material jurídico que no necesita ser justificado o, en cualquier caso, que no lo necesita en la misma medida que las decisiones judiciales.

Desde luego, los instrumentos conceptuales elaborados en las últimas décadas por la teoría de la argumentación jurídica no son aptos sin más para dar cuenta de la argumentación legislativa. Y no lo son por las diferencias existentes, desde muy diversos puntos de vista, entre las figuras del juez y del legislador en la época moderna (posterior a la codificación). Así, sus estatus normativos son muy distintos: el juez es un funcionario independiente, no responsable políticamente, que desarrolla su función de manera estable, y experto en la materia sobre la que ha de decidir (experto en Derecho); mientras que los legisladores representan intereses de algún sector o alguna clase social, dependen de las organizaciones políticas que les han promovido para ocupar el cargo y desarrollan su función de manera más o menos ocasional, sin que se les exija para ello ninguna preparación específica. Una consecuencia de ello es que el «código deontológico» de un legislador no puede estar configurado, como ocurre en el caso del de los jueces, por los principios de independencia, de imparcialidad y el deber de motivar sus decisiones. Además, los jueces actúan como órganos unipersonales o en el contexto de órganos colectivos conformados por muy pocos miembros; la organización judicial está diseñada de manera que,

al menos en la mayoría de las ocasiones, pueda lograrse un consenso por vía deliberativa —a lo cual contribuye la homogeneidad de sus miembros, la jerarquización del aparato judicial o la existencia de un sistema de recursos—; y carecen, en general, de iniciativa respecto a las cuestiones sobre las que han de pronunciarse. Mientras que los órganos legislativos modernos son, por lo general, muy numerosos y entre sus integrantes no es de esperar que se desarrollen los vínculos estrechos que suelen unir entre sí a los jueces de un tribunal; la argumentación —debido, entre otras cosas, al tamaño del órgano— tiene un grado de rigidez y de formalidad que resultaría innecesario en otro contexto; como Waldrom (1999) ha escrito, los órganos legislativos están más bien diseñados para gestionar el disenso; y poseen una amplísima iniciativa para elegir los temas sobre los cuales deliberar y decidir. Lo anterior no significa que la «racionalidad» legislativa sea de un rango inferior a la judicial. Pero sí que se trata de una racionalidad distinta y que, desde luego, no puede considerarse como un «caso especial» del discurso práctico racional. En fin, todo ello explica que los tipos de argumentación característicos de una y otra instancia sean distintos: como se ha visto, el esquema básico de la argumentación judicial es la subsunción y, excepcionalmente, la ponderación, mientras que la argumentación legislativa obedece más bien al razonamiento adecuativo (medio-fin) y la ponderación juega un papel muy destacado, en particular la ponderación (concreción) que tiene lugar a partir de directrices y que exige grandes dosis de discrecionalidad (por lo que queda fuera de la acción judicial: el control jurisdiccional al respecto suele consistir en revisar que en esas ponderaciones no se hayan excedido ciertos límites). Al igual que son también distintos los criterios de evaluación de los argumentos; en la argumentación legislativa (a diferencia de lo que ocurre en la de carácter judicial), no tiene sentido la idea de la respuesta correcta (casi nunca puede decirse que una determinada ley, con tales y cuales contenidos, era la única posible) y la coherencia no juega un papel central, sino más bien el de marcar un límite.

Para abordar el problema de cómo analizar una argumentación legislativa, cómo evaluarla y cómo argumentar, resulta de nuevo útil recurrir a las tres concepciones o dimensiones —formal, material y pragmática— que venimos distinguiendo en la argumentación, pero también a cierta idea de cómo debemos entender la legislación. Un esquema que puede resultar útil en relación con esto último (*vid.* Atienza 1989 y 2005) consiste en ver el proceso de producción de las leyes —la legislación— como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos: edictores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores. Además, en el proceso pueden distinguirse varias fases: la pre-legislativa, la legislativa y la post-legislativa. A partir de aquí, la racionalidad legislativa podría considerarse como una estructura articulada, en principio, en cinco niveles, a los que luego se añade uno

más: una especie de nivel de meta-racionalidad presidido por la idea de razonabilidad. Cada uno de ellos es, cabe decir, el resultado de interpretar de una cierta manera esos elementos comunes. Tendríamos así el nivel de la racionalidad lingüística, en cuanto el emisor (el edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); el de la racionalidad jurídico-formal, pues la ley debe insertarse armoniosamente en un determinado sistema jurídico; el pragmático, pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo previsto en la ley; el teleológico, pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; el ético, pues las conductas prescritas y los fines de las leyes suponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética (tendrían que ser conformes con los valores constitucionales adecuadamente interpretados); y el de la razonabilidad, entendida como la exigencia de que exista un equilibrio, una ponderación, a la hora de obtener los anteriores fines: el sacrificio de alguno de esos fines (si no del todo, en alguna medida) tiene que hacerse a un coste razonable. La corrección de una decisión legislativa depende, en consecuencia, de que el contenido y la forma de la ley sean claros, sistemáticos (que no genere lagunas ni contradicciones —«coherente», pero en el sentido de consistente—), eficaces, socialmente efectivos, axiológicamente adecuados y eficientes.

Pues bien, cuando se trata de analizar una argumentación legislativa, lo que importa no es el resultado de la misma, como ocurre con una sentencia judicial (el equivalente de la motivación de la sentencia sería, en cierto modo, la exposición de motivos de la ley), sino el proceso, la discusión que ha tenido lugar, por ejemplo, en las comisiones y en el pleno del Parlamento. Los diagramas de flechas que se expusieron en su momento pueden ser útiles para analizar un fragmento de esa argumentación: la que ha llevado a cabo un interviniente en un determinado momento del debate. Pero necesitamos también otro tipo de esquema que dé cuenta de la existencia de diversos actores que efectúan diversas jugadas (actos de lenguaje de carácter argumentativo) y en diversos momentos: se puede distinguir, por ejemplo, una fase de apertura de la discusión, otra de confrontación, una tercera de desarrollo de la argumentación y una cuarta de cierre. En las primeras fases, por ejemplo, se habrán identificado cuáles son las cuestiones objeto de debate y que no son exactamente los tipos de problemas (los «estados de causa») que caracterizan la argumentación judicial y forense; aquí se tratará (de acuerdo con lo que hemos visto) de una cuestión de tipo lingüístico, sistemático, pragmático, etc. Luego, los intervinientes mostrarán una actitud favorable o contraria en relación con cada una de esas cuestiones (debidamente simplificadas: si debe introducirse o no el término *T* en el artículo *A*, si debe perseguirse o no el fin *F*, etc.) y expondrán las razones que consideren pertinentes a favor o en contra de cada una de las posiciones adoptadas. Para dar cuenta de ese

proceso, no puede recurrirse a un esquema como los desarrollados por Lorenzen (1973), por Rescher (1977) y por muchos otros a propósito de la «lógica dialógica», porque en la discusión legislativa (pensemos, por ejemplo, en la que tiene lugar en un Parlamento) falta (o puede faltar) el tipo de continuidad que caracteriza a un diálogo (a un diálogo estrictamente racional) y que se garantiza mediante la asunción por parte de los participantes de determinadas cargas argumentativas. Pero sí es posible dar cuenta (representándolos, por ejemplo, en una serie de columnas paralelas) de los elementos que se acaban de señalar.

La evaluación de una argumentación legislativa es distinta, según se trate de la que tiene lugar en las fases que hemos llamado pre-legislativa, legislativa y post-legislativa, pero, en términos generales, lo que hace que los criterios sean distintos a los que manejamos en relación con las decisiones judiciales es que estas últimas están orientadas hacia el sistema jurídico (y de ahí la importancia de la coherencia), mientras que la argumentación legislativa lo está hacia el sistema social, hacia fuera del sistema jurídico. Eso explica que los esquemas formales de los argumentos sean también distintos de los que predominan en el caso de las argumentaciones judiciales. En estas últimas, como se ha visto, las formas típicas son el *modus ponens*, el argumento *a contrario*, *a pari*, *a fortiori*, *ad absurdum*; digamos, argumentos lógico-deductivos (o *cuasi-lógicos*, como los denominan Perelman y Olbrechts-Tyteca). Pero en las argumentaciones legislativas, los esquemas que más importan son los de carácter inductivo, basados en conexiones de causalidad. Por otro lado, desde la perspectiva material, la argumentación judicial busca la justificación de una decisión tomada (en general) a propósito de un caso concreto y en relación con normas preestablecidas (si no del todo, al menos en gran medida) y, por ello, la evaluación (respetando los criterios formales) remite a los criterios elaborados por la teoría de las fuentes, de la prueba, de la validez, de la interpretación. Mientras que la argumentación legislativa va dirigida a justificar normas generales que se aplicarán en el futuro (la argumentación judicial se orienta más bien hacia el pasado), y para mostrar que el contenido y la estructura de las leyes producirán tal grado de comunicabilidad, sistematicidad, eficacia, etcétera, se necesita contar con teorías que tengan una mayor conexión con las ciencias sociales y con la filosofía moral y política. La argumentación legislativa, como se ha dicho, es más abierta que la judicial. En fin, desde la perspectiva pragmática, la situación se invierte también, en relación con la argumentación justificativa judicial, dada la importancia que en la argumentación legislativa tienen los elementos dialécticos y retóricos. La dialéctica parlamentaria, de todos modos, no supone que los contendientes estén (o estén del todo) en igualdad de condiciones: los «árbitros» del debate (o sea, los otros parlamentarios, que intervienen no sólo votando a favor o en contra de una propuesta, sino «presionando» de diversas maneras a lo largo del debate) son, casi

por definición, parciales, no tienen obligación de justificar el sentido de su voto y no sólo no son expertos en la materia debatida, sino que muchas veces ni siquiera puede decirse que tengan una idea razonablemente fundada acerca de lo que están votando. Y en cuanto a los elementos retóricos, un aspecto interesante por destacar es que la fuerza de persuasión no se ejerce únicamente (y muchas veces ni siquiera fundamentalmente) hacia dentro de la asamblea, sino hacia afuera, hacia la opinión pública: a quien se trata de persuadir, sobre todo, es al votante, y para lograrlo se recurre, con no poca frecuencia, a eslóganes propagandísticos en los que el elemento de argumentación racional, crítica, queda reducido a un mínimo. Esos elementos de «irracionalidad» están —al menos en principio— más contenidos en el caso de la argumentación judicial. Una consecuencia, en cierto modo, de esa situación es la tendencia a situar el escenario principal del ejercicio de la razón práctica, de la razón pública, en nuestras sociedades, no en el Parlamento, sino en las cortes supremas y en los tribunales constitucionales.

Por lo que se refiere a cómo argumentar para justificar el establecimiento, modificación o derogación de una determinada ley (o de cierto aspecto de una ley), lo primero que hay que decir es que esa cuestión no puede contestarse de una manera general, sin tener en cuenta a qué fase de la producción legislativa se está uno refiriendo, y quién y en qué contexto argumenta: si se trata de un publicista en un medio de comunicación, de un jurista (un dogmático del Derecho), de un político en el Parlamento, etc. Si nos situamos en este último escenario, el esquema tradicional de la retórica (se trataría de la retórica deliberativa) sigue ofreciendo un punto de vista útil; incluso más que en el caso de la argumentación judicial, por la importancia que sigue teniendo la oralidad (en la argumentación legislativa se privilegia de alguna forma la dimensión de la actividad frente a la del resultado de la argumentación). Como se recordará, el esquema se articula en torno a dos ejes: las fases u operaciones en la construcción de un discurso; y las diversas partes del discurso. Por lo demás, si consideramos las cuatro etapas argumentativas que, en abstracto, pueden distinguirse siempre que se trata de resolver argumentativamente un problema, hay ciertas peculiaridades que, con diversas modulaciones, pueden predicarse de cualquier discurso legislativo. La primera, desde luego, es que también aquí habría que tener en cuenta que la argumentación legislativa no es una actividad individual, sino una actividad colectiva, aunque sus rasgos —como hemos visto— varían en relación con la deliberación judicial. Por lo demás, la identificación y el análisis del problema varían mucho en relación con lo que significan esas operaciones en un contexto judicial. Las preguntas que se hace un legislador (un político o un órgano técnico) son muy distintas a las de un juez (están más o menos sistematizadas en lo que se llama «cheklisten») y requieren también un análisis muy diferente; como se ha dicho repetidamente, se

trata de problemas abiertos y mucho menos estructurados que los de carácter judicial. Y en cuanto a la elaboración de un discurso, aunque las técnicas para la redacción de textos legislativos no pueden ser idénticas a las empleadas para redactar una sentencia, tienen, sin embargo, muchos puntos en común; mientras que la necesidad de producir un discurso oral hace que adquieran gran importancia elementos ligados a la memoria, a los gestos, a la impostación de la voz, etc., que de alguna manera están eliminados en la argumentación judicial (pero no, claro está, en la forense: piénsese en el interrogatorio cruzado de testigos, o en los alegatos finales ante los jurados o ante los jueces). En realidad, la argumentación legislativa presenta la dificultad de que no hay una teoría bien desarrollada de la legislación, que pudiera jugar un papel equivalente, por poner un ejemplo, al de la teoría del delito, en cuanto guía para quien tiene que argumentar en relación con la interpretación y la aplicación de normas penales. Eso es, precisamente, lo que se pretendía con la propuesta a la que antes me refería y consistente en distinguir una serie de niveles de racionalidad legislativa. Ha de tenerse en cuenta, en todo caso, que la ordenación de niveles antes presentada está hecha más o menos en abstracto y siguiendo un orden de complejidad creciente. Puede por ello ser el adecuado para propósitos de análisis y de evaluación. Pero cuando se trata de usarla a los efectos de sugerir cómo argumentar, ese orden (*vid.* Díez Ripollés 2003) tiene que ser invertido (o cambiado): hay que comenzar por discutir qué objetivos deben perseguirse con la ley y si éstos se encuentran justificados; luego, qué medios objetivos y subjetivos (sanciones en sentido amplio) deben usarse a fin de lograrlo; qué sistemática debe tener la ley a fin de que resulte completa y consistente; y, finalmente, cómo deben estar redactados sus artículos. También es importante darse cuenta de que la teoría de la legislación (de la racionalidad legislativa) es, en cierto modo, la contrapartida de la teoría de la interpretación y la aplicación. Vistos desde la otra perspectiva, los niveles de racionalidad legislativa se convierten en los cánones de la interpretación jurídica: lingüísticos, sistemáticos, histórico-evolutivos, teleológicos y axiológicos.

5. ARGUMENTACIÓN Y DOGMÁTICA JURÍDICA

La dogmática jurídica es un tipo de saber peculiar y polémico. La misma expresión «dogmática» (que resultaría extraña para un jurista del *common law*: nadie parece hablar en ese contexto de «legal dogmatic», sino más bien de «legal doctrine», «Jurisprudence», etc.) es una fuente de confusión. Apunta a la necesidad de considerar las normas de un determinado Derecho positivo (el estudiado por el «dogmático») como enunciados que no pueden ser sometidos a discusión, esto es, como dogmas; la posición del jurista teórico sería en-

tonces análoga a la del teólogo, esto es, a la del intérprete de textos sagrados. Sin embargo, aunque la labor del dogmático del Derecho pueda caracterizarse, en un sentido amplio, como *interpretativa*, las diferencias entre la teología y la dogmática jurídica —al menos la que se desarrolla en el marco del Derecho de los Estados constitucionales— son profundas. Los textos jurídicos no se consideran, como es obvio (a diferencia de lo que ocurrió en otra época), sagrados e inmutables (la *ratio scripta*), sino convenciones sometidas a un cambio constante; una función importante de la dogmática es, por ello, la de sugerir cambios de los textos y no simplemente propuestas interpretativas de textos considerados inmodificables; y la crítica al legislador (o a los jueces) es incluso uno de los elementos más característicos de los trabajos de los dogmáticos, aunque se haga, en general, partiendo de una distinción entre el discurso *de lege* (o *de sententia*) *lata* y *de lege* (*sententia*) *ferenda*. Nada de esto, naturalmente, tiene sentido en relación con los textos de la Biblia o del Corán. El carácter «dogmático» de la actividad del teórico del Derecho supone simplemente el reconocimiento de que él no es un órgano competente para dictar normas jurídicas y, en consecuencia, tiene que aceptar que el Derecho vigente en un país contiene, por ejemplo, un artículo con un determinado tenor, que él no puede modificar. Pero ello no supone en absoluto asumir una actitud acrítica; y no lo supone, en particular, en los sistemas jurídicos del Estado constitucional en los que rige el principio de que todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado de acuerdo con la Constitución.

Desde el punto de vista del objeto, lo que caracteriza a la dogmática es que se ocupa de un fragmento de un sistema jurídico vigente (lo que la diferencia, por ejemplo, de la teoría general del Derecho, del Derecho comparado o de la historia del Derecho). En relación con el método, lo peculiar de la dogmática es el punto de vista interno o normativo (un punto de vista interno «moderado», puesto que no excluye la crítica) desde el cual opera: los enunciados dogmáticos se emiten desde la perspectiva del aceptante, esto es, de alguien que considera las normas como guías de conducta y como criterios de justificación y de crítica; difiere, por ello, de la que asume quien se limita a describir y explicar, desde fuera, la conducta de los individuos regulada por normas jurídicas (el sociólogo), sin ser tampoco la del crítico social preocupado simplemente por denunciar la injusticia de un sistema jurídico, ni la de quien (como el político) considera las normas como simples instrumentos para obtener determinados fines. Y en cuanto a las funciones de la dogmática, las tres más características parecen ser éstas: describir y explicar un sector del ordenamiento jurídico; sistematizarlo, esto es, elaborar un sistema conceptual con el que aprehender esa materia; suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes y para producir nuevo Derecho.

Esa pluralidad de funciones (no siempre abiertamente reconocidas) explica que el discurso de la dogmática sea heterogéneo, en el sentido de que está formado por enunciados de muy diversos tipos: descriptivos, explicativos, teóricos, valorativos, prescriptivos... Por lo demás, hay diversas maneras de entender la dogmática, esto es, el acento se puede poner en una u otra de las anteriores funciones, se puede interpretar de varias formas la sistematización del Derecho, subrayar la orientación de la dogmática hacia la vertiente judicial o hacia la legislativa, ser partidario de una mayor o menor separación (o incluso de la fusión) de la dogmática con respecto a la sociología, la política o la teoría ética, entender que la labor dogmática debe estar al servicio de una u otra concepción del Derecho, etcétera.

En el mundo latino, el modelo prevaleciente de dogmática —el modelo tradicional— se caracteriza por rasgos como los siguientes: está profundamente anclado en el formalismo jurídico como concepción del Derecho; tiende a aislar la dogmática del resto de los saberes sociales; es reacio a la incorporación de nuevos métodos procedentes de la lingüística, la economía, la lógica, etc.; subraya la función descriptiva y sistemática de la dogmática y tiende a negar (o a ocultar) la de carácter práctico; presenta la dogmática como un saber neutral, estrictamente separado de la política y de la moral; se centra en el Derecho formalmente válido y no en el Derecho en acción; se desentiende de los valores sustantivos del Derecho y privilegia ante todo el de la seguridad jurídica (los valores formales); propende al uso de argumentos basados en la autoridad y dirigidos a interpretar en forma preferentemente literal las normas, mientras que es reacio a la utilización de argumentos teleológicos o valorativos. Naturalmente, no toda la dogmática se ha construido siguiendo los anteriores criterios, y en los últimos tiempos cabría hablar incluso de un abandono del anterior modelo, aunque sería difícil decir por cuál se ha sustituido. Lo que hay es más bien una situación de gran dispersión y escasa consciencia metodológica: el jurista que elabora la dogmática jurídica trata de hacer frente como puede a los problemas que encuentra en su campo, pero carece muchas veces de los recursos conceptuales para llevar a cabo adecuadamente esa tarea y no encuentra modelos que le sirvan de orientación, quizás porque no se esfuerza tampoco mucho en buscarlos.

Una manera útil (sobre todo, desde una perspectiva argumentativa) de entender la dogmática y de proponer cómo elaborarla consiste en verla en tanto técnica social o, quizás mejor (debido a su proximidad con la razón práctica), en tanto una *tecno-praxis*. La dogmática sería así una actividad encaminada no propiamente al conocimiento, sino a resolver problemas prácticos (cierto tipo de problemas prácticos) para lo cual, naturalmente, necesita basarse en conocimiento: en conocimiento de diverso tipo. Pero su función principal no sería la de descri-

bir o explicar un fragmento del Derecho, ni la de ordenarlo sistemáticamente; ésas serían funciones secundarias, respecto a la principal, que consistiría en proponer una solución a algún problema conectado con la interpretación, aplicación o producción del Derecho. En un (buen) trabajo de dogmática suele ser posible, por ello, distinguir una serie de pasos: identificación de un problema, con las razones de por qué se considera importante, digno de ser tratado; análisis del mismo desde diversas perspectivas: qué lo ha provocado, qué otros problemas semejantes existen en ese o en otro sistema jurídico, cómo se ha tratado de resolver y por qué esos intentos no han sido exitosos, etc.; propuesta de una solución y justificación de la misma de acuerdo con los criterios que definen lo que sería una buena solución dogmática.

Como se ve, el esquema viene a coincidir con el que se ha usado a propósito de los problemas argumentativos, lo que explica que la dogmática, en definitiva, pueda entenderse como una empresa, una fábrica, dirigida a la elaboración de argumentos. Sus singularidades, en relación con otras instancias argumentativas del Derecho, vendrían a ser las siguientes:

1) Aunque desde comienzos del XIX la dogmática (como la teoría del Derecho) se ha orientado con exclusividad hacia la práctica judicial, en las últimas décadas, los dogmáticos se han ido interesando también por la técnica y la teoría de la legislación. Eso quiere decir que las argumentaciones dogmáticas están, en la mayoría de las ocasiones, próximas a las efectuadas por los jueces, algunas veces a las de los legisladores, y con cierta frecuencia, un trabajo de dogmática incluye argumentaciones referidas a una y otra de las dos instancias fundamentales del Derecho. Digamos que, en principio, le sería aplicable todo lo que hemos visto en relación con uno y otro ámbito de la argumentación jurídica.

2) Sin embargo, la perspectiva del dogmático no es ni la del juez ni la del legislador. Aunque, como se ha visto, el punto de vista del dogmático es también el del aceptante, él puede mantener una mayor distancia que el juez en relación con los problemas tratados, no está urgido a dar una solución al problema con cierta premura, cuenta con más recursos para hacer investigaciones más profundas y extensas, etc. Y en relación con el legislador, el dogmático no adopta un punto de vista «partidario»; puede estar políticamente comprometido, pero no se debe a la disciplina de un partido y, en consecuencia, sus argumentaciones de carácter legislativo muestran una mayor «distancia» y amplitud que las de los legisladores.

3) Pero el rasgo más característico de la argumentación dogmática es que no se refiere a problemas concretos, sino a problemas abstractos (o, en todo caso, más abstractos que los que suelen resolver los jueces —sobre todo— o los legisladores). Es lo que en la tradición retórica se llamó «cuestiones infinitas» o «tesis», esto es, las que «se

tratan sin limitación de personas, tiempos, lugares y datos similares» (Quintiliano, *Institutiones Oratoriae* III,V,5). Ese rasgo parece ir unido a las cuestiones teóricas (frente a las prácticas: las «cuestiones finitas» o «hipótesis»), pero, en realidad, no aleja a la dogmática de la técnica, sino que la configura como una «técnica teórica» o una técnica de segundo grado.

4) Como consecuencia de lo anterior, los criterios de evaluación de los argumentos dogmáticos tienen también ciertas peculiaridades. Por ejemplo, la coherencia juega aquí un papel particularmente importante, pues debido a que el cultivador de la dogmática no es un operador «interno» del sistema, cabría verlo como una especie de guardián de la coherencia del sistema (lo que no debe interpretarse en el sentido de que debe procurar evitar cualquier cambio, sino en el de asegurar —ésa sería su función— que los mismos resulten coherentes, no erosionen el sistema). Un juez o un legislador pueden en algún caso adoptar o proponer una solución «oportunista», pero no parece que esto resulte aceptable en un dogmático. Etcétera.

5) El discurso de la dogmática, en definitiva, tendría que ser el más próximo al discurso crítico racional y el más alejado de la retórica entendida simplemente como técnica para lograr la persuasión. El destinatario de los discursos de la dogmática sería la comunidad jurídica, pero entendida en términos ideales: un buen argumento dogmático es el que debería persuadir a cualquier jurista (a cualquier persona con conocimientos sobre la materia que se guíe por las reglas de la discusión racional), y asuma los «límites» característicos del sistema jurídico en cuyo marco se efectúa.

MATERIALES

1,A) ARGUMENTACIÓN Y BIOÉTICA

A lo largo de este libro han ido apareciendo muchos ejemplos en los que se discutían problemas de bioética; la explicación, al menos en parte, es que muchas de las cuestiones más controvertidas en el foro público durante las últimas décadas pertenecen precisamente a ese campo. Ahora bien, la argumentación de contenido bioético tiene lugar en ocasiones en contextos que constituyen instancias clásicas del Derecho (la jurisdicción y la legislación), otras veces son discusiones de carácter simplemente filosófico o moral (es decir, no jurídicamente institucionalizadas) y en otras ocasiones tienen un carácter híbrido. Esto último ocurre, precisamente, con las argumentaciones que se desarrollan en el interior de comisiones de bioética, como la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida creada por la Ley española de Reproducción Asistida, y de la que forman parte tanto juristas como expertos en medicina o en biología y representantes de diversas organizaciones profesionales, de usuarios, etcétera.

La Comisión tiene la función de asesorar (al Ministerio de Sanidad) sobre el desarrollo de la ley, pero también la de autorizar o no ciertas prácticas que, cabría decir, plantean problemas de tipo ético (o ético-jurídico). En los últimos tiempos, tuvo que resolver la cuestión de si era posible utilizar determinadas técnicas para lograr que una pareja de lesbianas tuviera un bebé mediante el siguiente procedimiento: una de ellas proporcionaría el óvulo (fecundado con semen de un donante), el cual se implantaría en el útero de la otra mujer para que ésta llevara a término el embarazo. La Comisión se pronunció en contra, pero no por unanimidad. Uno de los (dos) discrepantes argumentó así su parecer:

Siento discrepar de lo que parece ser la opinión mayoritaria de la Comisión. Pero, a mi juicio, no está justificado que en este caso se emita un informe desfavorable. Las razones que me llevan a pensar así son las siguientes:

1. El caso afecta a una pareja de dos mujeres casadas entre sí: SMM y STA. Su historia consiste en lo siguiente. En el año 2007 acuden a la clínica FJD para intentar que quede embarazada la primera de ellas, SMM. No lo consiguen y, por ello, inmediatamente después (a comienzos del 2008), tratan, en la misma clínica, de que resulte embarazada la segunda, STA. Esta vez tienen éxito y nace una niña sana. Además, en el proceso de este segundo embarazo se dio lugar a un cierto número de preembriones criopreservados. Las dos mujeres piden ahora que se autorice que STA pueda donar a SMM uno de esos preembriones, para que esta última pueda quedarse embarazada. Lo justifican porque, de esa manera, las dos podrían intervenir en el proceso reproductivo de su nuevo hijo: una como «madre genética» y la otra como «madre biológica».

2. En el borrador de informe que se nos manda, se señala que, si se autorizara, no habría problema en cuanto al reconocimiento civil de la doble maternidad: el niño podría ser inscrito en el registro. Se recuerda también que la Ley permite

que una mujer sola pueda acceder a las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, se señalan dos argumentos para denegar la petición:

A) la Ley (art. 1) sólo permite aplicar las técnicas de reproducción asistida cuando las mismas estén «clínicamente indicadas», y en este caso no lo están porque *a*): «la única indicación clara sería la del intento de generación de un nuevo hijo de la pareja mediante la transferencia de alguno de los embriones crioconservados a la Sra.... [STA], con cuyos ovocitos se generaron»; y *b*) «la pareja... no tiene ninguna indicación clínica para recurrir a ese procedimiento para lograr la generación de un nuevo hijo».

B) La donación de gametos o de preembriones, de acuerdo con la Ley, es anónima, y en este caso no cabe hacer una excepción.

3. En mi opinión, los dos argumentos están equivocados, por lo siguiente:

Ad A) El informe hace una interpretación muy restrictiva de la expresión «clínicamente indicadas». Esa interpretación se basa en dos razones que, en mi opinión, no suponen otra cosa que la plasmación de un juicio de valor que trasluce las intuiciones morales de quien lo emite, pero en favor del cual no se da ninguna verdadera razón. Por el contrario, yo veo razones de mucho peso para no aceptar esa interpretación:

1) La propia Ley, en su artículo 2, señala que las «técnicas que reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son las relacionadas en el anexo», y en el anexo se hace referencia a la fecundación in vitro, etc., esto es a las técnicas que se usarían en el caso de que se autorizase el procedimiento. Dicho de otra manera, «indicación clínica», tal y como lo usa la Ley, apela a la seguridad y fiabilidad en el uso de ciertas técnicas o a cosas por el estilo; no a presuntas razones «morales».

2) Si se aceptara el criterio propuesto (no acceder a la petición), se incurriría, en mi opinión, en una clara contradicción, en un absurdo. Pues SMM podría acudir como mujer sola a una clínica (o incluso con su pareja: STA) y lograr que se le transfiriera un preembrión (procedente de una pareja que lo hubiera donado) y quedar de esta manera embarazada. De modo que lo único que la Comisión estaría prohibiendo es que quedara embarazada con un preembrión que lleve la carga genética de su pareja (y de un donante —anónimo— de semen). O sea, se permite si del embarazo va a nacer un bebé que no tenga ningún parentesco genético con alguno de los dos miembros de la pareja; y se prohíbe si hay algún parentesco genético.

Ad B) La razón del anonimato en las donaciones es, obviamente, proteger a quien hace la donación. Por eso, no se requiere anonimato en el caso del marido que «dona» semen a su mujer. Pues bien, parece natural pensar que esas mismas razones se dan en el caso de una pareja de lesbianas. A estos efectos deben ser consideradas como «marido y mujer». Es absurdo apelar en este caso al anonimato para prohibir la donación, puesto que no hay ningún valor que proteger: la mujer que «dona» el preembrión va a ser también madre del nuevo niño.

4. En el proyecto de informe se hace referencia a un caso anterior, más o menos análogo a éste, y en el que la Comisión había también informado negativamente. Me importa hacer constar que en aquella ocasión yo también me manifesté en contra; o sea, en contra del informe negativo, a favor de permitir lo que allí se pedía. Señalé entonces que, en mi opinión, la Comisión se equivocaba al partir de ciertas intuiciones morales para restringir, en la interpretación de la Ley de Reproducción Humana Asistida, la autonomía de las personas. Aclaro ahora que no pienso así porque me parezca que los juicios de valor, los juicios morales, deban quedar fuera de la interpretación de esa Ley. Pienso así

porque esas intuiciones morales no me parecen justificadas. Constituyen, en mi opinión, simples prejuicios. En definitiva, no hay ninguna razón moral para prohibir lo que la Comisión pretende prohibir. Y tampoco hay ninguna buena razón jurídica.

1) ¿Qué diferencias ve entre esta argumentación y la que pudiera desarrollarse en el interior de un tribunal? ¿Cómo cree que afecta a la deliberación en el interior de la Comisión el hecho de que la mayoría de sus miembros no sean juristas?

2) ¿Cuál le parece que es la respuesta correcta al caso anterior? ¿Por qué?

1,B) INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ARGUMENTACIÓN Y DERECHO

A) En un trabajo publicado en 1990, Edwina L. Rissland, uno de los autores más conocidos en el campo de la inteligencia artificial y el Derecho, hacía un balance (centrado en el mundo anglosajón y en especial en el de los Estados Unidos) de los resultados alcanzados en los últimos veinte años (Rissland 1990). Por inteligencia artificial (IA) entendía el estudio de los procesos cognitivos usando conceptos e instrumentos informáticos: «la ciencia de hacer que las máquinas hagan cosas que requerirían de inteligencia, si fueran hechas por los hombres», según una famosa definición de Marvin Minsky (p. 1958). Para dar cuenta de los pasos más significativos que se habrían dado hasta entonces a efectos de configurar un modelo de argumentación jurídica, Rissland considera una serie de proyectos dirigidos: (1) al razonamiento con reglas; (2) al razonamiento con conceptos vagos; (3) al razonamiento basado en precedentes con casos reales e hipotéticos; (4) al razonamiento con reglas y casos; (5) a la construcción de modelos profundos de conocimiento jurídico:

(1) El primer paso habría sido el uso de sistemas expertos para modelar ciertos aspectos del Derecho basados en reglas. Las reglas se codifican en un formato «si..., entonces». Por ejemplo, una regla sobre responsabilidad por el uso de un producto podría ser ésta: «Si el uso del producto en el momento en que se produjo la pérdida por parte del demandante es previsible y (dicho uso es razonable y propio o el uso es una emergencia o (hay una descripción por el demandado de tal uso y la descripción es impropia) o no hay una descripción por el demandado de tal uso), ENTONCES haz valer que el demandado es responsable por el uso del producto»[1] (p. 1965, nota 35). El sistema puede funcionar hacia adelante o hacia atrás: o sea, puede usarse (por ejemplo, por un abogado) para, a partir de ciertos hechos, llegar a una determinada conclusión; o bien para, a partir de la conclusión deseada, encontrar los hechos que le puedan servir de apoyo. Y es claro que las reglas contienen no simplemente el conocimiento

1. El uso que se hace de los paréntesis indica que para que se satisfaga el antecedente de la regla se requiere que se den dos requisitos y que el segundo consiste en tres propiedades unidas disyuntivamente.

extraído, por ejemplo, de los artículos de una ley, sino también la experiencia de los expertos en el campo en cuestión.

(2) Una de las limitaciones del razonamiento basado en reglas radica en los problemas inherentes a los conceptos jurídicos. Rissland se refiere aquí a un programa ideado por A. Gardner para tratar con cuestiones concernientes a la oferta y aceptación en un contrato:

«La aproximación de Gardner a estos problemas [la regla que sirve de premisa usa un concepto indeterminado] consiste en dar a su programa un rico cuerpo de conocimiento y varios heurísticos poderosos[2]. Su programa de conocimiento incluye (*a*) reglas sobre la doctrina de la oferta y la aceptación del Derecho de los *Restatements*, (*b*) una «red» para representar varios estados en los que pueden estar las partes en situaciones de oferta y aceptación, y transiciones entre esos estados, (*c*) conocimiento de sentido común relevante, y (*d*) modelos de hechos prototípicos (ejemplares) para ciertos conceptos clave[3]. Los ejemplares sirven como precedentes simplificados en cuanto que sus clasificaciones ya han sido determinadas y se usan para interpretar nuevos casos. Por razones de conveniencia, llamemos al grupo compuesto por las reglas, la red y el conocimiento de sentido común, conocimiento 'no-ejemplar'.

El programa de Gardner trata de contestar a una cuestión usando primero el conocimiento no-ejemplar, y luego, si éste fracasa, usando los ejemplares, que funcionan como casos claros prototípicos. Si una respuesta puede derivarse a partir de conocimiento no-ejemplar, la validez de la respuesta es contrastada con ejemplares relevantes. Así, su programa usa ejemplares tanto en un modo primario para derivar una respuesta, como en un modo secundario para comprobar la validez de una respuesta [...]» (pp. 1969-1970).

(3) Como ejemplo de modelización de razonamiento basado en casos, Rissland se refiere al proyecto HYPO, desarrollado por K. Ashley, que habría sido el primero, no sólo en IA y Derecho, sino en IA en general, «en atacar de lleno el problema del razonamiento con casos reales e hipotéticos en un modo basado en precedentes»:

«HYPO funciona de la siguiente manera: Dada una situación fáctica, HYPO la analiza de acuerdo con su modelo de Derecho sobre el secreto comercial y luego recupera casos relevantes de su base de conocimiento de casos. Determina entonces qué casos relevantes son los más pertinentes, o lo son potencialmente, para qué punto de vista o desde qué aproximación analítica. HYPO genera entonces el esqueleto de un argumento. En ese fragmento de argumento, HYPO argumenta a favor de una parte (el demandante o el demandado) defendiendo una tesis jurídica y citando los casos mejores, los más relevantes; luego argumenta a favor de la otra parte presentando una tesis contraria, citando el caso más relevante para apoyar el punto de vista de esta parte o también distinguiendo los hechos del caso presente en relación con los del caso de la primera parte; y

2. Anteriormente había señalado que un «heurístico» es «un bit de sabiduría encapsulada», «métodos que la experiencia del pasado ha mostrado que son cosas 'buenas' o 'sabias' para hacer; no garantizan necesariamente una solución, como los algoritmos o los teoremas matemáticos, y ocasionalmente pueden incluso producir respuestas equivocadas o llevar a tomar direcciones contraproducentes». Un ejemplo: «si tienes que poner las citas en la forma correcta de una revista jurídica, pregúntale a un editor de una revista jurídica» (p. 1966, nota 37).

3. Aquí pone el siguiente ejemplo: El programa tiene dos modelos de hechos prototípicos para el predicado jurídico «produce una manifestación con contenido»: hacer una preferencia con algún contenido, y enviar un documento con algún contenido.

finalmente, HYPO argumenta de nuevo a favor de la primera parte con una refutación de la posición de la segunda parte, que puede incluir alguna distinción en relación con los casos de la segunda parte y un fortalecimiento de la relación del análisis de la parte primera con los hechos presentes. En varios puntos del argumento, HYPO puede generar y emplear casos hipotéticos, para refutar una pretensión cuando no existe un caso que sea un contra-ejemplo real en la base de conocimiento de casos de HYPO.

HYPO es capaz de: establecer la relevancia de casos; decidir, en relación con cada parte, qué casos relevantes son los más pertinentes y cuáles son los mejores para citar en el argumento; hacer analogías y distinciones entre casos; generar y razonar con casos hipotéticos; citar varios tipos de contra-ejemplos sobre un punto; construir el esqueleto de un argumento basado en la cita de casos. HYPO no intenta entrar de ninguna manera en asuntos o argumentación de objetivos (*policy-level*); más bien se circunscribe a argumentar con casos, sobre sus datos de hecho, de una manera técnica. HYPO no incluye tampoco otros aspectos del razonamiento jurídico como el razonamiento con reglas.

Un aspecto clave de HYPO es un tipo de índice de casos llamado «dimensión», que usa para recuperar y analizar casos. Las dimensiones representan factores jurídicos importantes. Codifican el conocimiento con el que la presencia de ciertos hechos permite que un caso sea puesto en la dirección de un cierto punto de vista. Una dimensión permite a HYPO recuperar una serie de casos que apoyan la misma aproximación analítica, y comparar y juzgar la fuerza relativa de los casos dentro de ese grupo.

HYPO usa dimensiones para definir conceptos como casos 'relevantes', 'más pertinentes' y 'mejores' [...]» (pp. 1971-1972).

(4) Un ejemplo de sistema híbrido, ideado por la propia Rissland, es CABARET (CAse-BAsed REasoning Tool), que consiste en una combinación de dos subsistemas: un sistema experto basado en reglas y el sistema HYPO del que se acaba de hablar (y en cuyo desarrollo también había participado Rissland). Los sistemas híbridos tienen que resolver un problema de «control», esto es, el de cómo coordinar el funcionamiento de ambos sistemas. Rissland lo explica así:

«Supongamos que uno tiene una regla con tres precondiciones para la obtención de un cierto beneficio [fiscal]: 'Para recibir el beneficio B, uno debe satisfacer los requisitos R1, R2 y R3'. Supongamos que R1 y R2 se satisfacen de manera clara. Para argumentar en favor de recibir el beneficio, uno puede considerar varias estrategias. Por ejemplo, puede tratar de encontrar precedentes relevantes dirigidos a la interpretación del antecedente R3 y luego argumentar que, en verdad, los hechos satisfacen realmente R3 y, por tanto, la regla. Alternativamente, uno puede tratar de encontrar precedentes relevantes en los que sólo se encuentran los dos primeros requisitos y, sin embargo, se obtuvo el beneficio, y luego argumentar que los dos primeros requisitos son suficientes por sí mismos. Estos son ejemplos de estrategias «por poco». Llevarlas a cabo requiere no sólo el uso tanto de reglas como de casos, sino que ambos tipos de razonamiento se realicen de manera concertada» (pp. 1975-1976).

Pues bien, CABARET realiza esa función de control mediante lo que se llama un modelo «basado en una agenda», o sea, mientras se va realizando un proceso, se va haciendo una lista, una agenda de cosas que hacer, ordenadas de determinada manera (por ejemplo, mediante una serie de heurísticos):

«CABARET contiene sistemas de razonamiento bien desarrollados basados en reglas y en casos, cada uno de ellos con su propio proceso de 'monitoreo' que recoge observaciones y las describe en términos comprensibles para el sistema de control basado en una agenda. El controlador, a su vez, aplica heurísticos a estas

observaciones para proponer y ordenar tareas. Por ejemplo, el monitor basado en reglas enviaría la observación de que se ha producido una situación 'por poco' en relación con el antecedente R3 de nuestro ejemplo del beneficio y esto desencadenaría heurísticos 'por poco'. CABARET actualmente usa aproximadamente treinta heurísticos, agrupados en unas diez categorías, como maneras de empezar el razonamiento, de verificar el razonamiento, de responder a fallos en el razonamiento, de responder a situaciones 'por poco', de ampliar reglas y conceptos, y de restringir reglas y conceptos. Todo ello se desarrolló tanto a través de observaciones de expertos como a partir de fuentes jurídicas» (p. 1978).

(5) La necesidad de usar modelos profundos de conocimiento jurídico se basa en la idea de que cuanto más rica sea la representación del conocimiento, tanto mejores serán los sistemas de razonamiento: «La finalidad de investigar sobre modelos profundos es permitir a un programa de IA razonar acerca de ingredientes de su propio conocimiento jurídico y general, representando este conocimiento con gran detalle. Los tipos de conocimiento usados en modelos profundos incluyen conocimiento acerca de relaciones temporales y espaciales, cantidad, taxonomías de sentido común, relaciones entre individuos y creencias. Este tópico aparece frecuentemente bajo la rúbrica de 'modelos profundos' y está muy relacionado con problemas fundamentales que conciernen al razonamiento de sentido común» (pp. 1965-1978).

B) Casi veinte años después de publicado el anterior trabajo, Henry Prakken, también una autoridad en la materia, escribió un breve texto dirigido a dar cuenta de los desarrollos recientes y de las tendencias existentes en el campo de la inteligencia artificial y el Derecho (Prakken 2008):

La comunidad de investigación en IA y Derecho consiste, *grosso modo*, en dos tipos de investigadores: los que tienen una mayor inclinación teórica que desean entender el razonamiento jurídico por medios computacionales; y la gente con una orientación más práctica que desea estudiar de qué manera la tecnología de la información puede ayudar a la práctica jurídica [...] [Aquí] yo he elegido tratar sobre la relación entre la investigación en IA y Derecho pura y aplicada, y lo haré a la luz de mi tema de investigación favorito: la argumentación.

Durante mucho tiempo, una de las preocupaciones centrales de IA y Derecho ha sido el desarrollo de modelos computacionales del razonamiento jurídico. Es un lugar común en este campo que los sistemas expertos basados en reglas, aunque útiles para muchas aplicaciones, no proporcionan un modelo teórico adecuado «cuando las reglas se acaban». Esta observación ha llevado a muchos importantes avances teóricos; todos basados en la idea de que el razonamiento jurídico es de tipo contradictorio (*adversarial*) y consiste en construir y en evaluar críticamente argumentos a favor y en contra de soluciones alternativas a un caso. Se han elaborado, por ejemplo, modelos detallados del rol de los casos, los principios, los valores y los objetivos en el razonamiento jurídico, del razonamiento analógico y del rol del procedimiento y de la carga de la prueba en el razonamiento jurídico.

En cierto momento, la argumentación fue incluso el tema dominante en las conferencias internacionales sobre IA y Derecho [...] empujando a los tópicos de investigación tradicionales como los sistemas expertos basados en reglas y de recuperación de información a la periferia, como investigación «pasada de moda» o «meramente aplicativa». Sin embargo, las cosas han cambiado. Mientras que los sistemas expertos y los sistemas de recuperación de información son de uso práctico regular, la investigación en argumentación es todavía ampliamente teóri-

ca o da lugar a sistemas de computación en la fase de prototipos para mostrar su viabilidad, que no alcanzan un tamaño realista. En consecuencia, la argumentación parece haber perdido su atractivo para muchos investigadores en este campo con una orientación más práctica. Además, incluso los investigadores con mayor inclinación teórica encuentran sus temas muy frecuentemente en otro lado, dado que la investigación en recuperación de información, antes considerada como no atractiva, se ha revitalizado por el desarrollo espectacular de la red que ha puesto en la agenda de investigación a nuevos tópicos como la integración de información y la «minería de textos». La integración de información tiene que ver con encontrar y combinar información relevante a partir de varias fuentes heterogéneas (que son abundantes en la red), mientras que la minería de textos se refiere a extraer automáticamente información a partir de textos no estructurados (como virtualmente lo son todos los textos de la red). [...]

El que la investigación en argumentación jurídica [se refiere a sistemas como los antes mencionados en (2) (3) y (4)] no hayan dado lugar a aplicaciones prácticas no se debe a que los investigadores involucrados en ello estuvieran interesados puramente en la teoría [...] El principal problema con los sistemas de computación en la fase de prototipos para mostrar su viabilidad en el campo de IA y Derecho es que los mismos dependen críticamente de la posibilidad de adquirir una gran cantidad de conocimiento y de representarlo en una forma que pueda ser manejada por el sistema. Es un ejemplo del bien conocido «embotellamiento en la adquisición de conocimiento», que ha mostrado ser una gran barrera para la explotación práctica de técnicas inteligentes en muchos campos. En un momento se confió en que esa barrera sería menor en el campo jurídico a causa de la disponibilidad de fuentes documentadas, pero esto resultó ser así sólo para tareas rutinarias, que dependen de regulaciones.

De hecho, la automatización de tales tareas rutinarias es una de las principales historias de éxito práctico de IA y Derecho. El problema de modelizar el texto de regulaciones en forma computacionalmente procesable ha sido esencialmente resuelto, y esto ha resultado ser especialmente útil en la Administración Pública. Aquí, el uso de sistemas basados en reglas puede reducir de manera importante dos grandes fuentes de errores en el proceso de aplicación de beneficios sociales por «burócratas a nivel de calle»: su conocimiento incompleto de las regulaciones relevantes, y su incapacidad para tratar con las condiciones (frecuentemente complejas) de las regulaciones. Este éxito de los sistemas expertos basados en reglas puede quedar oculto para muchos profesionales del Derecho, dado que esos sistemas se aplican principalmente dentro de la Administración Pública, pero, sin embargo, tal éxito es considerable. [...]

Expresé [en una conferencia en 2001] mi temor de que si una línea de investigación teórica como la investigación de IA y Derecho sobre argumentación jurídica no lleva a ningún subproducto práctico en absoluto, la misma desaparecería como campo de investigación (al menos en IA). Sin embargo, veía alguna razón para el optimismo, a saber, el desarrollo de sistemas de estructuración de los argumentos.

Los argumentos, tal y como se encuentran en las colecciones de casos y de decisiones judiciales, pueden ser con frecuencia bastante complejos, de manera que entender la red de relaciones resulta difícil. [...]

Los sistemas de estructuración de los argumentos tienen usos en áreas donde la presentación clara del argumento es de primera importancia, tales como la investigación preliminar sobre hechos, la enseñanza o el manejo de casos. [...] La estructura captaría: las cuestiones principales; las posiciones y argumentos principales sostenidos por las partes en relación con las cuestiones; las pruebas disponibles relacionadas con ellos; etcétera. [...] El trabajo en esquemas de ar-

gumentación puede además aumentar la utilidad de tales sistemas. Cuando se construyen argumentos, los esquemas de argumentación proveen un repertorio de formas de argumento que hay que considerar y una plantilla que sugiere cuáles son las piezas que se necesitan; cuando se ataca argumentos, proveen una serie de cuestiones críticas que pueden identificar potenciales debilidades en la posición del oponente. Dos sistemas de investigación que sirven de apoyo para el uso de esquemas de argumentación son Avers y Araucania.

Dado que los sistemas de estructuración de los argumentos evitan el embotellamiento en la adquisición de conocimiento, pueden llegar a alcanzar un tamaño realista más fácilmente que los sistemas de argumentación basados en conocimiento. Además, hay razones de sobra para creer que tales sistemas pueden satisfacer necesidades prácticas. [...]

En cualquier caso, en mi opinión, el santo grial de la argumentación de IA y Derecho en argumentación jurídica radica en incrustar representaciones naturales y flexibles de argumentos jurídicos en modelos formales y rigurosos de argumentación jurídica (Prakken 2008: 450-454).

1) ¿Qué conexiones ve entre el enfoque argumentativo del Derecho desarrollado en este libro y la investigación en IA y Derecho en argumentación jurídica?

2) En el mundo latino, la investigación en IA y Derecho es bastante escasa. ¿Merecería la pena potenciarla? ¿Podría contribuir a ello un mejor conocimiento por parte de los juristas de la teoría de la argumentación jurídica? ¿Facilitaría eso que juristas e informáticos pudiesen trabajar «en equipo»?

3) Al final de su texto, Rissland se refiere a la posibilidad de que algunos juristas sintieran preocupación de que el uso de modelos de IA llevara a «trivializar el razonamiento jurídico haciéndolo parecer demasiado simple», lo cual minaría la importancia de abogados y jueces «relegándolos al papel de meros usuarios de sistemas que harían todo el razonamiento interesante, o deshumanizándonos al describir la conducta inteligente en términos bien definidos». Y, sobre este temor, opinaba así: «Yo creo que la investigación en inteligencia artificial muestra justamente lo opuesto. Cuanto más entendemos el razonamiento humano, tanto más nos maravillamos de su riqueza y flexibilidad, tantas más cuestiones nos hacemos cuando tratamos de entender cómo funciona y tanto más requerimos de programas de ordenador que muestren inteligencia» (p. 1980) ¿Está de acuerdo en que siempre será necesario contar con abogados y con jueces, y que existe algo así como una sinergia entre la inteligencia artificial y el Derecho? ¿Tiene que ver todo ello con el hecho de que la argumentación jurídica está anclada en la argumentación en la vida ordinaria, en el sentido común? ¿Lo está?

1,C) CÓMO HACER UN DICTAMEN

En *Cómo hacer dictámenes. Ensayo sobre la formación del jurista*, Manuel González-Meneses caracteriza el dictamen como «una respuesta jurídica

razonada a una cuestión jurídica concreta que se nos plantea». Diferencia por ello la actividad de dictaminar (típica del juez, el árbitro, el fiscal, el abogado, el notario o el registrador) de la que lleva a cabo el legislador o la doctrina, pues esta última se centra en problemas generales y abstractos. En particular, González-Meneses se ocupa del «dictamen de escuela», esto es, el caso práctico inventado que se propone a los estudiantes o a quienes concurren a una «oposición» (para ser notario, registrador, juez...) con la finalidad de que muestren sus conocimientos, teóricos y prácticos o, quizás mejor, que son capaces de trasladar sus conocimientos teóricos (que se les supone) a un caso práctico. En el capítulo 6 del libro, propone una serie de reglas prácticas dirigidas de manera muy especial a los opositores a notarías que, precisamente, en uno de los ejercicios a los que tienen que enfrentarse para ingresar en la profesión (tal y como está tradicionalmente organizada en España), tienen que elaborar un dictamen a un caso práctico. Las recomendaciones se refieren a 8 aspectos o fases que distingue en el proceso de resolución del caso: distribución del tiempo; lectura del supuesto; lectura analítica o «despiece» del caso; elaboración de un esquema; calificación jurídica; identificación de alternativas; argumentos a favor y en contra, y decisión; redacción del texto. Presento a continuación un extracto de ese capítulo:

a) *Nos situamos. La distribución del tiempo disponible*
[...] Pues bien, lo que yo considero más razonable para una prueba de seis horas es lo siguiente: dos horas y media para la lectura del supuesto de hecho, para hacer el esquema y para reflexionar sobre lo que vamos a escribir; y tres horas y media para la redacción definitiva del texto del dictamen. [...]

b) *La lectura del supuesto*
[...] En principio, vamos a leerlo tres veces.

La primera lectura sólo sirve para quitarnos los nervios y para empezar a hacernos una idea del caso. [...]

La segunda lectura debe ser ya más reposada, y su objetivo es entender bien el supuesto de hecho. [...]

c) *La lectura analítica o despiece del caso*
La tercera lectura es la más importante, porque empezamos ya el análisis o «despiece» del caso.

[...] [D]e lo que se trata es de aislar e identificar —siguiendo una tradición muy conocida en los estudios jurídicos— los diferentes elementos personales, reales y formales que aparecen en el supuesto de hecho.

Evidentemente, los «elementos personales» son todos los sujetos —personas físicas o jurídicas— a los que de cualquier forma se hace referencia en el supuesto de hecho. [...]

Nuestro siguiente paso consiste en la identificación de los elementos objetivos o «reales» del supuesto de hecho. Así, marcaremos cada uno de los bienes de cualquier tipo [...] a los que se hace referencia en el texto. [...]

Por último, en esta lectura analítica o selectiva del supuesto, vamos a fijarnos en los elementos «formales» [...] Por tales no entiendo sólo los elementos formales propiamente dichos, en el sentido de documentos negociales, sino más bien todos

aquellos negocios jurídicos, actos jurídicos o simplemente hechos jurídicos a los que se hace alguna referencia en el texto que contiene el supuesto de hecho. [...]

d) *Reconstrucción, reordenación y división del caso. El esquema*

[...] Y el juego comienza con una reconstrucción del caso limitada a lo jurídicamente significativo y con un orden que ya no tiene por qué ser el mismo que ha seguido el redactor del supuesto de hecho. Con ello entramos ya en lo que es el esquema de nuestro dictamen, que es donde se encuentra precisamente la clave de nuestro éxito o fracaso. [...]

Pues bien, ¿según qué criterio vamos a reordenar y esquematizar el caso y, en consecuencia, estructurar nuestro dictamen? No es posible establecer una regla fija [...] pero creo que puedo proponer algún criterio:

1. En primer lugar, antes de hacer ningún esquema, vamos a ir precisamente al final del supuesto de hecho y nos vamos a fijar en la pregunta o preguntas que se nos formulan. [...]

Esta pregunta [...] suele ser de dos tipos:

— Una serie de preguntas concretas en relación cada una de ellas con determinados elementos personales, reales o formales. [...]

— No obstante, por lo menos en el examen de la oposición, lo normal [...] es [...] más bien una solicitud de dictamen formulada en términos mucho más genéricos. [...]

En tales casos, tenemos menos ayuda (porque las preguntas concretas siempre orientan) y sobre todo más libertad a la hora de elegir el esquema de nuestro dictamen. [...]

2. Pues bien, en tales casos, [...] lo más práctico es seguir un esquema de tipo «objetivo», es decir, por bienes. [...]

3. En cualquier caso, lo fundamental es que, por muy interrelacionados que puedan estar los hechos y los diferentes problemas jurídicos que suscita el supuesto de hecho, siempre será posible diferenciar y aislar una serie de hechos como relativos sólo a unas personas determinadas o a un bien determinado o a un problema jurídico determinado. [...]

Así [...] una vez que hemos identificado todos los elementos singulares relevantes (de tipo subjetivo, objetivo o «formal»), debemos proceder a «dividir» o separar el supuesto en cada una de las «historias» independientes que se han combinado para redactar el caso propuesto.

Pues bien, vamos a suponer que la índole del supuesto de hecho nos permite seguir un esquema de tipo objetivo [...], y entonces, ¿qué es lo que debemos hacer?

Simplemente, cogemos nuestros folios para escribir en sucio, escribimos un número uno y al lado indicamos el primer bien a que se hace referencia en el texto, por ejemplo, el piso de la calle X. A continuación, anotamos en columna y según un estricto orden cronológico todos los acontecimientos que han afectado al bien en cuestión. [...]

e) *La calificación jurídica. Fase silogística y fase dialéctica. Los nudos problemáticos*

Una vez que tenemos seleccionados y ordenados cronológicamente los hechos con relevancia jurídica respecto de cada uno de los bienes [...] empezamos a introducir [...] elementos propios con los que vamos a tratar jurídicamente ese material fáctico.

Pues bien, en ese tratamiento jurídico del caso, yo distingo dos fases: la fase silogística y la fase problemática o dialéctica.

La fase que llamo «silogística» consiste simplemente en realizar las subsunciones legales directas y elementales que suscitan los hechos en cuestión. [...] Así, tenemos que fulanito y menganita se casaron y, como no nos dicen nada, presuponemos que en gananciales (por aplicación directa y no problemática del artículo 1315 CC). Cuando posteriormente el marido adquiere un inmueble sin mayor indicación sobre la procedencia del precio, aplicamos las normas de los artículos 1361 y el 1347 CC y concluimos que el bien adquirido tiene carácter ganancial. [...]

Ahora bien, hay un momento en que necesariamente —porque si no, no habría dictamen— nuestra cadena de silogismos se atasca y no podemos seguir adelante. Es el momento de lo que me gusta llamar un «nudo problemático», y que es lo que da lugar a la siguiente fase en nuestra elaboración del esquema y posteriormente del dictamen.

¿Qué es un nudo problemático? Pues, simplemente, una cuestión que no podemos resolver con la formulación directa del silogismo legal. ¿Y por qué? Pues porque no está muy claro si el concreto supuesto planteado [...] debe ser realmente subsumido en esa norma [...], o porque a una cuestión podrían ser aplicables dos o más normas [...], o porque se trata de un caso no previsto [...], o porque la norma en que parece subsumible el caso no tiene una interpretación única e indiscutible, o porque la aplicación de la norma [...] da lugar [...] a un resultado que parece inicuo o inadecuado, etc. [...]

La clave de la emisión de un dictamen de examen se encuentra [...] en ser capaz de identificar estos nudos problemáticos. [...] Al respecto, creo que pueden ser interesantes las siguientes observaciones: [...]

[A]unque a veces el dictamen incurre en el posible defecto que acabo de comentar [hacer cuestión de algo que normalmente no se discute], es mucho más común el defecto contrario, es decir, no advertir la existencia de determinados problemas sobre los que precisamente nos quiere ver argumentar el tribunal. [...]

Pues bien, ¿cómo se despierta este peculiar sentido que nos permite percibir lo que son problemas jurídicos [...]? Básicamente de tres formas.

Primero, leyendo monografías jurídicas. [...] No obstante, el opositor no suele tener mucho tiempo para leer monografías. [...]

Por eso, resulta mucho más práctico un segundo método: la lectura de jurisprudencia. [...]

Por último, la tercera forma de adquirir sensibilidad para los problemas jurídicos no es otra que, simplemente, hacer ejercicios de dictamen jurídico. [...]

En cuanto a cómo se plasma todo esto en nuestro esquema en sucio, ya señalé cómo el esquema parte de la división del caso en varias partes o bloques, según un criterio a ser posible «objetivo». Pues bien, el desarrollo de cada una de estas partes lo plasmo en dos columnas paralelas: en una columna a la izquierda indico en riguroso orden cronológico los acontecimientos con relevancia jurídica respecto del bien en cuestión; y en una columna a la derecha voy señalando las calificaciones u observaciones jurídicas que suscitan cada uno de tales acontecimientos. [...]

f) Identificación de las alternativas posibles ante cada nudo problemático

Evidentemente, cada uno de los nudos problemáticos [...] nos está reclamando una determinada decisión [...] Ahora bien, antes de decidir nada, debemos tener muy claras dos cuestiones:

1. En primer lugar, tenemos que identificar claramente las opciones que tenemos ante cada uno de tales nudos. Así, lo normal es que tengamos que optar sólo entre dos decisiones posibles: el bien es ganancial o es privativo [...] Pero en otros casos tenemos tres o incluso cuatro opciones. [...]

2. En segundo lugar, hemos de tener muy claro, antes de decidir nada, cómo puede influir la decisión de esta cuestión en el curso del resto de nuestro dictamen. [...]

El dictamen de escuela y de examen está sujeto por su propio propósito a unas peculiares convenciones y reglas de juego que nos exigen un planteamiento un tanto «estratégico» de su resolución, no necesariamente coincidente con lo que sería el dictamen ante un caso real. [...]

g) Hallazgo y ponderación de los argumentos a favor de las distintas soluciones. La decisión

[...] ¿Y cómo decidimos? Pues, en principio, a favor de aquella opción que nos convenza más. ¿Y qué es lo que más nos convence? Pues aquello que tiene a su favor más y, sobre todo, mejores argumentos. [...]

En este momento es cuando precisamente entran en juego esas dos aptitudes o cualidades del jurista a las que me referí anteriormente: la invención, para encontrar los argumentos atinentes al caso, y el tacto o juicio, para valorar correctamente esos posibles argumentos y dar con la solución más correcta, sensata y razonable al problema planteado.

[...] Si vamos así avanzando [empezando a escribir la parte del caso que vemos clara] y algunas partes las hemos completado ya de forma más o menos satisfactoria, lo normal es que disminuya nuestra tensión y quizás desde una visión más madura del caso (porque, por muy importante que sea el esquema, lo cierto es que muchas veces hasta que no se pone uno a escribir y a desarrollar con cierta extensión los argumentos no termina de llegar la luz) nos resulte más fácil decidir esa cuestión que en un momento anterior nos tenía bloqueados.

También puede suceder que le demos vueltas a los argumentos y nos parezcan tan buenos unos como otros, de manera que realmente no sepamos qué decidir acerca de una determinada cuestión. [...] Sin embargo, nuestra posición como dictaminantes de escuela o de examen es más bien la propia de un juez que, lo vea o no claro, ha de dictar necesariamente sentencia. [...]. [U]na vez que hemos elegido una de las soluciones, no podemos hacer ver que nuestra decisión ha sido azarosa, es decir, irracional, sino todo lo contrario: es una exigencia sustancial de todo dictamen como de toda sentencia judicial que aquella decisión que se toma sea postulada por el dictaminante o el juzgador como la única correcta y ajustada a derecho. De manera que, aunque a nosotros, en conciencia, no nos convenzan más unos argumentos que otros, sin embargo, hemos de exponer tales argumentos de manera que quede claro que la opción por la que finalmente nos inclinamos es la que tiene mejores argumentos a su favor. Esta cuestión, como digo, es absolutamente fundamental, porque un dictamen no es una decisión discrecional de un caso, sino una decisión necesariamente razonada y fundamentada. [...]

Continuemos. Estábamos en que en nuestro esquema habíamos indicado los nudos problemáticos encontrados, las posibles soluciones de cada uno de ellos, los argumentos a favor de cada tesis y la decisión que tomamos (todo ello, por supuesto, de forma completamente esquemática, con un simple enunciado de cada cuestión). Con ello se supone que llegamos ya a una opinión final sobre cada una de las partes del caso, es decir, sobre la situación jurídica resultante que vamos a sostener sobre cada uno de los bienes o asuntos en que hemos dividido el supuesto. Y ya podemos dar por terminado el esquema (en el mejor de los casos, porque ya he anticipado que casi nunca podremos empezar a escribir teniendo concluido todo el esquema y absolutamente clara nuestra postura ante la totalidad del caso).

b) *La redacción del texto del dictamen*

Pasemos ya a lo que es la redacción definitiva de nuestro dictamen. Las reglas prácticas que propongo al respecto se pueden condensar en las siguientes observaciones:

1. En primer lugar, hay que tener muy en cuenta que nuestro dictamen es lo que vamos a hacer ahora y no todo lo anterior. [...]

2. Mi segunda observación es la siguiente. Aunque acabo de insistir en el carácter formal que como texto escrito ha de tener nuestro dictamen, sin embargo, ello no quiere decir que no podamos gozar de una cierta flexibilidad en su redacción. [...]

3. ¿Y qué es lo que vamos a escribir y cómo?

En primer lugar, escribiremos una breve introducción. [...]

¿Y qué podemos decir para empezar y romper el hielo? [...]

Por mi parte, propongo dos ideas [respecto a la propuesta de empezar con un resumen de los temas generales y abstractos]:

Primero, una cosa es que podamos anticipar la índole de los problemas que vamos a tratar y otra que anticipemos ya la solución a los mismos. Respecto a esto, no conviene precipitarse. [...]

Y segundo, como posible contenido de nuestra breve introducción me parece muy conveniente [...] que hagamos explícito el orden o estructura de todo lo que vamos a ir diciendo a continuación. [...]

A continuación y sin más preámbulos podemos empezar ya a desarrollar una de las partes independientes que hemos diferenciado en nuestro esquema. ¿Cuál? La que queramos [...] Normalmente, yo empezaba a redactar aquella [...] que tenía más clara. [...]

¿Y cómo se redacta cada una de esas partes del dictamen? Lo que considero más procedente es lo siguiente:

— Primero, resumo brevemente los hechos [...]. [E]xpongo los hechos en su orden cronológico, reducidos a lo que pueda ser jurídicamente relevante y con omisión de toda la literatura con que hayan podido ser presentados en el supuesto de hecho.

— A continuación, no empiezo a calificar jurídicamente tales hechos [...] sino que más bien me voy al final: a las pretensiones encontradas que en el momento final suscita la cadena de hechos expuesta.

[...] Lo que pretendo con ello es hacerles ver, y que así se ponga de manifiesto en su dictamen, que las disposiciones sobre cuestiones jurídicas no surgen nunca en abstracto, por razones meramente intelectuales, sino ante pretensiones o reclamaciones concretas de seres humanos determinados. [...]

— Sea como sea, hemos de llegar al «nudo problemático» e identificarlo como tal. Y lo procedente al respecto es formular la cuestión o tema controvertido en términos generales y abstractos antes de comenzar a exponer sus posibles soluciones con sus correspondientes argumentos. [...] ¿Y por qué tenemos que hacer esta formulación general del problema? Primero, por una razón estratégica: para que el tribunal tenga claro que hemos identificado uno de los problemas [...]; y segundo y sobre todo, por una razón de racionalidad o razonabilidad de nuestro discurso: nuestra solución es racional y jurídica en la medida en que la postulamos no como solución de este único caso, sino como solución aplicable a cualesquiera otros casos singulares en que concurran las mismas circunstancias. [...]

— Una vez que hemos formulado en términos generales el problema, pasamos a indicar las posibles soluciones que podrían sostenerse, así como los argumentos que sirven de apoyo a cada una de tales soluciones. [...]

Siempre que tengamos tiempo, es muy conveniente que nuestro dictamen termine con una recapitulación general de todas aquellas conclusiones a las que hemos ido llegando para cada una de las cuestiones que hemos ido tratando separadamente. [...]

Y con esto ya podemos dar por terminada cada una de las partes en que dividimos nuestro dictamen y sólo nos queda redactar —si todavía nos queda tiempo— esa recapitulación o conclusión general a la que antes he aludido. [...]

Y aún nos queda una cosa. Tanto si recapitulamos como si no, nuestro dictamen debe ser cerrado con una frase como «Éste es mi dictamen, que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho», o cualquier otra semejante.

¿Y ello por qué? Pues, simplemente, porque es lo acostumbrado entre los juristas, a cuyo gremio aspiramos a pertenecer, y forma parte de la cortesía profesional que secularmente se ha observado en el foro el adoptar un gesto de humildad al final de la exposición de nuestra opinión sobre un asunto jurídico (González Meneses 2007: 117-151).

1) ¿Hasta qué punto podría decirse que la anterior propuesta de elaboración de un dictamen es una especificación del modelo de resolución de problemas visto en el capítulo VIII? ¿Hay alguna diferencia significativa entre una y otro?

2) ¿Coincide la distinción que el autor del texto efectúa entre fase silogística y fase dialéctica (apartado *e*) con la que en su momento vimos entre justificación interna y justificación externa?

3) En el apartado *g*), González-Meneses aproxima la perspectiva del dictaminante en cierto aspecto a la del juez. ¿Pero en qué se diferencia? ¿Quizás, entre otras cosas, en la manera de entender el significado de la tesis de la única respuesta correcta? ¿Podría decirse que el autor defiende la tesis de la única respuesta correcta en el sentido de entenderla como una ficción útil (*vid.* VII,3)? ¿Sería conveniente introducir aquí la distinción entre el contexto de descubrimiento (o de decisión del dictamen) y el de justificación?

4) La «obligación» de terminar el dictamen con una frase como la que el autor sugiere, ¿es una simple cláusula de estilo (de cortesía jurídica) o tiene un significado más profundo? Si fuera esto último, ¿cuál sería ese significado?

1,D) UNA PECULIARIDAD DE LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

En un trabajo dedicado a comentar los planteamientos constitucionalistas de Francisco Tomás y Valiente (un historiador del Derecho español que llegó a ser presidente del Tribunal Constitucional y murió asesinado por ETA), Victor Ferreres (2012) plantea el problema de la tensión que puede darse entre el textualismo interpretativo, por un lado, y el recurso a ciertos valores y principios constitucionales de carácter abstracto, por el otro.

Considerado el ordenamiento jurídico en su conjunto, parece obvio que el problema ha de resolverse a favor de los valores y los principios constitucionales: simplemente, sería una consecuencia de la primacía de

la Constitución. Si una norma infraconstitucional va en contra de la dignidad, de la libertad, de la igualdad, de la justicia o del pluralismo político (que son los «valores superiores» de la Constitución española; algo parecido puede encontrarse en todos los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales), entonces a esa norma habrá que considerarla inválida (por inconstitucional), con independencia de los problemas interpretativos que puedan existir para afirmar que efectivamente atenta contra la dignidad, la libertad, etc. Pero la cuestión es más complicada de resolver cuando la contradicción (la tensión) tiene lugar en el interior de la propia Constitución. En el caso de la Constitución española, hay dos ejemplos que han sido objeto de discusión: el de la sucesión a la Corona (en la que se da primacía al varón sobre la mujer) y el del matrimonio entre personas del mismo sexo. Y la discusión aquí gira en torno a si todos los preceptos constitucionales tienen el mismo rango, o bien hay que dar cierta primacía a los que recogen esos valores abstractos, de manera que, si se optara por esta segunda tesis, sería posible considerar que ciertas cláusulas constitucionales son inválidas porque lesionan valores fundamentales.

Los dos ejemplos planteados por Ferreres son entre sí algo distintos, porque la contradicción a propósito del matrimonio entre personas del mismo sexo es menos evidente —considera— que la otra y, de hecho, algunos autores han negado que exista. Ferreres, sin embargo, argumenta que también en este caso se plantea una contradicción, fundamentalmente porque en la fórmula del artículo 32, «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio», habría que entender que está implícita, «por un elemental principio de interpretación sistemática», la expresión «entre sí»:

> La Constitución española, como todos sabemos, regula la sucesión en el trono en unos términos que resultan discriminatorios por razón de sexo. El artículo 57.1, en efecto, da prioridad al varón frente a la mujer, en igualdad de línea y grado, en el orden de sucesión, lo que no encaja con el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo que el artículo 14 consagra, y que concreta el valor superior de la igualdad del artículo 1. ¿Qué hacer ante esta colisión normativa?
>
> La respuesta más habitual es entender que debe operar aquí el criterio de la *lex specialis*. Nos encontramos, en definitiva, ante una regla general (el derecho a la igualdad por razón de sexo del artículo 14), que el propio constituyente deroga singularmente en el caso concreto del acceso a la Corona (art. 57.1). Ambas normas tienen el mismo rango, al estar instaladas en la cúspide constitucional del sistema jurídico, por lo que no puede jugar en este contexto el criterio de la *lex superior*. Y, obviamente, habiendo sido aprobadas las dos disposiciones en liza como parte integrante del texto constitucional originario de 1978, tampoco cabe recurrir aquí al criterio cronológico (*lex posterior*). El único modo, pues, de afrontar la contradicción entre las dos normas es entender que una de ellas introduce una excepción a lo dispuesto en la otra. [...]
>
> De acuerdo con esta tesis, pues, si se desea desactivar la excepción que la Constitución ha incorporado a una de las reglas que ella misma ha establecido, no hay otra salida que la reforma constitucional. Así, si se quiere suprimir la desigualdad por razón de sexo, habrá que modificar el artículo 57.1. [...]

[...] El problema, como es notorio, es que tanto el artículo 57.1 como el 61 están ubicados en el Título II, y la Constitución ha estipulado un procedimiento enormemente complejo para modificar ese Título. [...]

Hasta aquí, la que podríamos llamar la «tesis oficial». Frente a este planteamiento, sin embargo, es posible defender una aproximación muy distinta al problema que suscita el conflicto entre el artículo 14 y el artículo 57.1 (o el 61). De acuerdo con una teoría alternativa, que bebe en fuentes doctrinales y jurisprudenciales alemanas, el conflicto no se debe resolver con el criterio de especialidad, sino con el jerárquico. En efecto, la Constitución se asienta en un núcleo intangible de valores y principios fundamentales que deben prevalecer, en caso de conflicto, no sólo frente a la legislación ordinaria, sino también frente a las propias disposiciones secundarias del propio texto constitucional, tanto si se trata de disposiciones agregadas al texto por medio de una reforma constitucional como de disposiciones que ya figuraban en el documento originario. Es interesante indicar que Tomás y Valiente pareció inclinarse a favor de esta teoría. Así, en su artículo sobre los valores, nuestro autor cita con aprobación la tesis de Eduardo García de Enterría, quien se inspira, a su vez, en Otto Bachof, según la cual, la existencia de valores superiores «implica forzosamente [...] la posibilidad, no sólo hipotética, de calificar desde los mismos como inconstitucionales normas constitucionales actuales o futuras». Si adoptamos esta postura, no parece necesario entonces modificar el artículo 57.1 a través de una complicada reforma constitucional. Basta con estimar parcialmente inoperante este artículo, en la medida en que conculca el derecho a no ser discriminado del artículo 14, en conexión con el valor superior de la igualdad del artículo 1. [...]

El caso de la sucesión en la Corona es el ejemplo más llamativo de colisión entre disposiciones constitucionales, lo que ha dado pie a propuestas y debates en la opinión pública. Pero hay otro ejemplo, también relevante, que afecta al matrimonio entre personas del mismo sexo. [...]

El artículo 32 dispone que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». En el año 2005, el Código Civil fue reformado para posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo. ¿Es válida la ley, a la vista del artículo 32 del texto constitucional?

También aquí se pone de manifiesto la existencia de una tensión en el seno de la Constitución, en este caso, entre el artículo 32, por un lado, y el derecho a la igualdad del artículo 14, por el otro. Y también aquí, por tanto, cobra importancia la pregunta acerca de si la Constitución erige ciertos valores y principios como prevalentes frente a lo que la propia Constitución dispone en preceptos secundarios. Ahora bien, mientras que en el supuesto del acceso a la Corona, la colisión entre el artículo 57.1 y el 14 es evidente, en el caso del matrimonio, en cambio, no se aprecia tan fácilmente la existencia de un desajuste entre el artículo 32 y el 14. [...]

A la vista de todo lo anterior, parece que debemos concluir que, en efecto, se produce una tensión entre los artículos 32 y 14. [...] Debemos preguntarnos entonces si aplicamos aquí el criterio de especialidad, con lo que la «excepción» introducida por el constituyente se mantiene, o aplicamos, en cambio, el criterio de la jerarquía, en cuyo caso hacemos prevalecer el principio de igualdad, por estar ligado a un valor superior del artículo 1. Si aceptamos la tesis de Tomás y Valiente, en el sentido de que puede haber cláusulas constitucionales inconstitucionales, podemos concluir que la ley de 2005 que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo es constitucional, a pesar de chocar con el artículo 32, por la prevalencia del derecho a la igualdad del artículo 14 y el valor superior de la igualdad del artículo 1. Es importante destacar que, a la luz de este plantea-

miento, la ley no sólo resulta constitucionalmente lícita, sino que, además, deviene constitucionalmente obligada, en virtud del principio anti-discriminatorio contenido en el artículo 14. Se da, en efecto, la circunstancia de que la única manera de entender que la ley es «válida» lleva a la afirmación de que es «necesaria»: el legislador no puede no reconocer el matrimonio homosexual. [...]

A través de los dos ejemplos que he comentado, he tratado de ilustrar la relevancia de algunas de las reflexiones de Francisco Tomás y Valiente acerca del uso jurisprudencial de los valores y principios. Nuestro autor no tuvo tiempo de construir una teoría que ensamblara de forma armónica el mayor peso de esos valores y principios, por un lado, con una aproximación textualista en materia de interpretación, por el otro. Ése es el problema que dejó abierto, sin darle una respuesta elaborada. Y ése es ahora nuestro problema. ¿Cómo tomar en serio el texto constitucional, dejando para el procedimiento de reforma lo que sólo éste puede lograr, al mismo tiempo que descubrimos en la Constitución fricciones importantes entre su corazón ético y determinadas disposiciones secundarias? ¿Cuándo podemos, por la vía de la noción de jerarquía interna, evitar los trámites del procedimiento de reforma constitucional? Desde luego, hay que ser sensible al contexto político e institucional de cada país al afrontar este tipo de preguntas. En el caso de España, quizás resulta más peligrosa esa noción de jerarquía en el interior de la Constitución, pues la nuestra se basó, y se sigue basando, en un complicado juego de equilibrios. ¿Habrá que estimar preferible el criterio de la *lex specialis*, en casos como los que hemos discutido aquí, en lugar del criterio de la jerarquía interna, al objeto de mantener en buen estado los demás equilibrios, evitando así la tentación de que cada grupo político defina a su manera, a la luz de su propio programa ideológico, cuál es el núcleo de convicciones básicas en las que se asienta la Constitución? Para mostrar los peligros de la teoría de la jerarquía interna, no han faltado autores que sostienen que, en última instancia, existe una contradicción entre la apuesta por una «democracia avanzada» en la que la soberanía reside en el pueblo, según se anuncia en el Preámbulo de la Constitución, y la pervivencia de la institución monárquica. Aunque la observación es exagerada, no deja de apuntar correctamente al riesgo de que, por medio de la teoría de la jerarquía interna, se llegue a desarticular el complejo entramado de principios y reglas en que se tradujo la política de consenso constitucional de 1977-1978 (Ferreres 2012: 162-171, 177-180).

1) Con independencia de la diferencia existente entre los dos supuestos examinados en el texto, referida al grado de explicitud de la contradicción, ¿no habría otra diferencia (a la que apunta al final el texto de Ferreres) relativa a la justificación de la instituciones en las que cada una de esas «peculiaridades constitucionales» se inserta? O sea, considerar constitucional el matrimonio entre personas del mismo sexo no pone en cuestión la constitucionalidad del matrimonio en general y es coherente con el conjunto de la Constitución (una vez «reinterpretado» así el art. 32). Pero esto no ocurre con la sucesión a la Corona, simplemente porque todo lo que tiene que ver con esa institución contradice obviamente el principio de igualdad. Ferreres parece considerar esto último como «una observación exagerada», ¿pero tiene razón?

2) ¿Es posible aceptar un principio de jerarquía en el interior de la Constitución sin desconocer el carácter autoritativo de la Constitución (y del Derecho)? O sea, ¿puede realmente un Tribunal Constitucional como

el español suscribir la tesis interpretativa del artículo 32 que defiende Ferreres (de donde se sigue que el matrimonio entre personas del mismo sexo va en contra de ese precepto) y, al mismo tiempo, declarar constitucionalmente válida la ley que autorizó ese tipo de matrimonio? Repárese en que aquí no parece tratarse de que el Tribunal Constitucional tenga que ponderar entre diversos principios o valores que el Constituyente dejó abiertos, sino que tendría que reconocer (como presupuesto necesario de su razonamiento) que el Constituyente ponderó mal esos valores y, por tanto, que el artículo 32 es fruto de un error. Quizás cuando se trata de constituciones antiguas podría defenderse algo así: las referencias a la libertad, a la igualdad, etc., no pueden entenderse hoy de la misma manera que en tiempos pretéritos. ¿Pero si se trata de textos constitucionales recientes? Por ejemplo, si se introducen cambios constitucionales (como de hecho ha ocurrido en varios países latinoamericanos) aprobando artículos que explícitamente rechazan ese tipo de matrimonios o que se pueda despenalizar el aborto en las primeras semanas del embarazo, ¿podría un tribunal constitucional entender que, a pesar de ello, el matrimonio entre personas del mismo sexo o la despenalización del aborto son constitucionales? ¿No supondría eso incurrir en activismo injustificado?

3) ¿No parece más razonable entender que los principios abstractos juegan naturalmente un papel en la interpretación de preceptos más específicos, pero que, cuando se plantea (lo que seguramente tendrá lugar en circunstancias muy excepcionales) un tipo de conflicto como el señalado por Ferreres, la única vía jurídicamente abierta (para «reparar» esa injusticia) es la reforma constitucional? ¿No es eso simplemente una consecuencia de aceptar que nuestros Derechos (nuestras constituciones) pueden contener normas o instituciones injustas? Si tomáramos en consideración el procedimiento de argumentación en dos niveles descrito por Nino (*vid.* IV,6,D) para dar cuenta del razonamiento jurídico —judicial— justificativo, ¿podría servirnos de base para sostener alguna de las soluciones sugeridas para los casos anteriores?

2,A) RECURSOS Y ARDIDES LEGÍTIMOS PARA ABOGADOS

Un experimentado y exitoso abogado español resume en diez normas su versión particular de «los recursos y ardides legítimos que cada abogado emplea para intentar que la balanza de la justicia se incline a su favor». Las normas son las siguientes:

Primera. CUIDADO CON EL DIAGNÓSTICO

Nunca se debe anunciar categóricamente que un pleito está ganado o perdido porque la experiencia nos demuestra que se gana el pleito que suponíamos perdido y viceversa.

Para ganar un pleito no es indispensable contar con la razón. Ciertamente es conveniente que la razón esté de nuestra parte, pero hay que tener en cuenta

que, quitando los casos extremos que invaden descaradamente la inmoralidad o la injusticia, lo normal es que la razón esté compartida o que se presente de forma muy confusa, con lo cual el abogado que mejor consiga proyectar la luz sobre sus razones será la parte que gane el pleito.

Segunda. EL PLEITO ES EL ÚLTIMO RECURSO

Antes de promover conflictos ante los tribunales hay que esforzarse por lograr un arreglo entre las partes. Se dice, con razón, que es mejor un mal arreglo que un buen pleito. [...]

Tercera. DEJAR SIEMPRE LA PUERTA ABIERTA PARA LA TRANSACCIÓN

En mi opinión, todos los pleitos deben plantearse buscando subrepticiamente la transacción. [...]

Para no estropear la posibilidad de la transacción, conviene no ser muy agresivo en los términos de los escritos que se presentan en el juzgado y mantener buenas relaciones con el abogado contrario, aunque hay que reconocer que el entendimiento entre abogados no depende de la amistad sino del talante. [...]

Cuarta. APROVECHAR LOS FALLOS PROCESALES

Lo primero que hay que hacer al contestar una demanda es examinar los fallos que presenta la acción del contrario. Puede que la reclamación se presente ante un juzgado incompetente, que la acción esté caducada [...] Cada vez las leyes procesales y el criterio de los tribunales son más contrarios al ejercicio de estas habilidades, pero todavía se puede sacar mucho provecho a este tipo de errores.

Quinta. NO AGOTAR TODOS LOS ARGUMENTOS EN LOS PRIMEROS ESCRITOS

Algunos abogados se vuelcan en el escrito de demanda o de contestación apurando todos los argumentos de que disponen para enervar la acción del contrario, con lo que hacen inoperantes los escritos posteriores, que serán una pura repetición de lo ya dicho; además, le descubren al contrario todas las armas y se facilita la réplica. Es muy conveniente reservar para el informe oral alguna sorpresa argumental que pueda desorientar al contrario.

Sexta. LA PSICOLOGÍA DEL JUEZ

Mucho más importante que saberse las leyes es conocer la psicología del juez que ha de fallar el pleito.

Es necesario saber, de antemano, si al juez le gustan los escritos breves o muy largos y razonados; si en los divorcios es machista o feminista [...] y cuantos detalles revelen la personalidad del magistrado. Es indudable que [...] los planteamientos y argumentos que se empleen conviene configurarlos de acuerdo con la psicología del juez, pues, al final, de lo que se trata es de convencer a una persona determinada de la Justicia [*sic*] que nos asiste, y no se puede razonar de la misma manera con personas de carácter e idiosincrasia diferentes. [...]

Séptima. NO ABUSAR DE LA RAZÓN NI DESPRECIAR AL CONTRARIO

En ocasiones, hay que ser hasta condescendientes con la parte contraria. Puede que estemos cargados de razón y que el contrario haya cometido errores importantes. Es muy tentador machacar al abogado contrario; sin embargo, yo estoy convencido de que es una mala táctica, primero, porque a los jueces les molesta el tono de superioridad de una parte o los ataques personales para intentar demostrar que un abogado sabe mucho y que el otro es un ignorante. [...]

Octava. CUIDAR ESPECIALMENTE LAS PRUEBAS

La mayoría de los abogados se vuelcan en los argumentos jurídicos y no cuidan suficientemente la proposición y práctica de la prueba. Yo creo que el Derecho se lo saben los jueces, por lo que las consideraciones jurídicas que argumente el abogado deben ser muy breves; en cambio, las pruebas hay que mimarlas e incluso preconstituir todas las que se pueda antes de la interposición del pleito. [...]

Novena. BUSCAR UNA FRASE REDONDA

Cuando ya se tiene esbozado un escrito importante o preparada una intervención ante los tribunales, hay que ponerse a buscar una frase feliz que sirva como núcleo a la meditación del juez. Esa frase es importantísima, porque si se acierta a provocar la atención del juzgador, todo el juicio lógico de la sentencia se puede construir alrededor de esa frase. Según las características, la frase elegida unas veces se remarca para destacarla y otras se deja caer disimuladamente según convenga que la asimile el tribunal. Por poner un ejemplo: en un pleito donde se han encontrado grandes dificultades de prueba, emplear la frase de Oscar Wilde que dice: «La verdad, aunque cuesta mucho trabajo, también puede ser probada».

Décima. NO DAR NUNCA UN PLEITO POR PERDIDO

Si la sentencia de primera instancia es mala, debemos recurrirla aunque, naturalmente, el cliente tiene que dar su autorización. También hay que tener en cuenta que en la ejecución de sentencia se pueden pelear muchos aspectos y que casi plantea otro pleito. [...]

Como final podemos decir que si se siguen estas normas, será más fácil ganar los pleitos, pero sin darlo nunca por seguro [...] (De la Riva 2006: 86-91).

1) ¿Qué papel juegan, en lo anterior, los elementos argumentativos y los no argumentativos? Dentro de los argumentativos, ¿qué peso tiene cada uno de los tres tipos de prueba distinguidos por Aristóteles: las basadas en el *logos*, en el *ethos* y en el *pathos*?

2) ¿Qué consejos faltarían por añadir? ¿Juega algún papel en lo anterior la «moral del abogado»?

2,B) LA TEORÍA DEL «¡AJÁ!»

Uno de los más famosos abogados estadounidenses, Alan Dershowitz (el abogado del caso von Bülow y también uno de los asesores en el caso O. J. Simpson), usa la denominación de «Teoría 'iajá! de la abogacía!» para ofrecer el siguiente consejo a los abogados noveles que buscan cómo ganar un caso ante un tribunal de jurado:

En relación con los aspectos más generales de la abogacía referida al jurado, tengo un consejo que dar que puede parece contraintuitivo, pero que estoy convencido de que es correcto. Trata de que el jurado no crea que estás procurando persuadirles sobre algo.

Deja que *ellos* lleguen a la conclusión a la que tú quieres que lleguen. En mi novela *Just Revenge* (*Pura venganza*) explico el origen del término «¡ajá!»:

¡Ajá! se había convertido en una palabra clave en la familia Ringel debido al estilo de hacer preguntas retóricas durante sus alegatos, que Abe había desarrollado a lo largo de los años. Ello llevaba a los jurados a interactuar con él. Creía firmemente que la defensa más efectiva tenía lugar no cuando el abogado empujaba un argumento a través de la garganta de un jurado, sino más bien cuando el abogado permite que el jurado sugiera el argumento o al menos piense que podría hacerlo. Ello hace que el jurado participe más en el argumento. Abe lo llamaba la «teoría ¡ajá! de la abogacía» por el chiste que Haskell le había contado una vez del judío que había pedido sopa de pollo en el mismo restaurante todas las noches durante años. Esta vez el camarero se dio cuenta de que el cliente no iba a comérsela, de manera que le preguntó: «¿Está demasiado caliente?». No hubo respuesta. «¿Demasiado fría?». Tampoco. «¿Hay una mosca en el plato?». Tampoco. Finalmente, desesperado, el camarero dijo: «Voy a probarla yo y ver qué es lo que está mal». El camarero se dispuso a probarlo, pero no había cuchara. El cliente miró al camarero y dijo: «¡Ajá!».

Abe creía que los jurados eran como el camarero. Tenían que descubrir por ellos mismos qué es lo que faltaba, y entonces puedes decir: «¡Ajá!» (Dershowitz 2005: 116-117).

1) El «descubrimiento» de Dershowitz (o de Abe) había sido hecho ya por Aristóteles en su *Retórica*. En el libro II se puede leer: «A su vez, entre todos los silogismos refutativos y demostrativos, los que obtienen mayor aplauso son los que están de tal manera hechos que, sin ser superficiales, nada más comenzar se prevé su conclusión (pues los oyentes se sienten entonces muy satisfechos consigo mismos por haberlos previsto), y, después, aquellos otros que sólo tardan en comprenderse el tiempo que transcurre en su enunciado» (1400b: 29-34).

¿Valdría esa regla para lograr la persuasión (basada en las emociones del oyente: en el *pathos*) también cuando el destinatario de los argumentos no son los jurados (un auditorio no especializado) sino los jueces? ¿Por qué?

2,C) CONSEJOS PARA ABOGADOS NOVELES

En los años setenta del siglo XX, Genaro Carrió dio varias charlas en la Asociación de Abogados de Buenos Aires que años después publicó como un librito que tituló *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*. Carrió caracteriza ahí un *caso* como un problema práctico en el que una persona *C* (el cliente) que se encuentra en las circunstancias *H* (un conjunto de hechos) desea obtener un resultado *R* (un cierto estado de cosas); el conjunto de medios que permiten llegar a *R* partiendo de *H* constituyen la solución, *S*. La labor de los abogados, nos dice Carrió «es, pues, una labor *técnica*; consiste en usar

ciertos medios para alcanzar un resultado a partir de una situación inicial dada» (p. 26). Los casos jurídicos, vistos desde la perspectiva de los abogados, guardan ciertas semejanzas con los problemas de ajedrez, aunque hay también grandes diferencias: en el caso jurídico no hay una solución, sino varias; puede incluso que no haya ninguna (que lleve de *H* hasta *R*); la situación inicial, *H*, no puede ser descrita totalmente; es posible que el principio de la solución consista en alterar la posición inicial; las reglas de Derecho (a diferencia de las del ajedrez) son muy numerosas; el contexto incluye problemas morales, políticos, económicos...; etc. Un aspecto de la actividad técnica del abogado (también en esto diferente de la del ajedrecista) consiste en presentar un alegato ante un tribunal para que éste acepte la solución propuesta para el caso en cuestión. He aquí las diez recomendaciones (o familias de recomendaciones) propuestas por Carrió:

[L]a exposición siguiente asumirá la forma de un decálogo. Los dos primeros consejos o recomendaciones, como se advertirá fácilmente, son de distinta naturaleza que los restantes.

I. DOS RECOMENDACIONES ELEMENTALES

1. *La primera recomendación.* [...]

La recomendación que debe encabezar todo tratamiento del tema «Cómo argumentar ante un Tribunal» es ésta:

Tratar, ante todo, de que el Tribunal nos oiga. [...]

2. *La segunda recomendación.* En cierta medida es complementaria de la anterior. Puede formularse así:

Tratar de que el Tribunal nos entienda bien.

En relación con esto vale la pena hacer las siguientes indicaciones sintéticas, quizás un poco pedestres.

a) Ser breve, claro, conciso. Usar un estilo llano.

b) Describir con la mayor precisión y, en lo posible, sin tecnicismos, el conflicto de intereses en juego.

c) No escatimar el punto y aparte, los títulos y los subtítulos.

d) Presentar ordenadamente los argumentos, distinguiendo cuidadosamente los principales y los subsidiarios, y dando el necesario relieve a los primeros.

e) Hacer una síntesis de nuestra posición o mejor dos. Una al comienzo, en la que se precisará cuáles son las cosas que nos proponemos demostrar [...]. Otra al final, en la que se resumirá de qué modo creemos haber demostrado lo que nos habíamos propuesto. [...]

Claro está que de poco valdrá que consigamos que el Tribunal nos oiga, y que nos entienda bien, si lo que decimos carece de idoneidad para persuadir. Los siguientes mandamientos se refieren a este otro aspecto —el sustancial— de la cuestión.

II. LAS OCHO RECOMENDACIONES RESTANTES

3. *La tercera recomendación.* Es menester esforzarse por ver las cosas como uno las vería, sucesivamente, si fuera: *a*) el abogado de la otra parte, y *b*) el juez. [...]

4. *La cuarta recomendación.* Conceder sin vacilar todo aquello en lo que razonablemente no podemos hacernos fuertes [...]. En cambio, no ceder un pal-

mo de terreno en todo aquello que, tras un análisis riguroso de nuestra posición, nos sentimos seguros.

5. *La quinta recomendación*. Presentar nuestro caso de modo que la solución que propugnamos aparezca lo menos alejada posible de lo ya establecido. [...]

6. *La sexta recomendación*. Si no podemos presentar nuestro caso de manera tal que su solución se apoye en lo ya establecido, tratar de demostrar que lo ya establecido *no se refiere* a nuestro caso. [...]

Aunque desde cierta perspectiva pueda parecer lo mismo sostener: *a*) que en nuestro caso no se aplican las reglas *x*, *y*, *z* porque el mismo pertenece a una familia de casos que constituyen una excepción a esas reglas, o *b*) que éstas no se aplican porque ellas no se refieren a un caso como el nuestro, que queda fuera de su dominio, *siempre es más conveniente* argüir de la segunda manera. [...]

7. *La séptima recomendación*. Evitar que nuestros argumentos puedan ser exitosamente rebatidos con el contra-argumento de que la solución que propugnamos no puede ser generalizada sin grave detrimento para la seguridad jurídica. [...]

8. *La octava recomendación*. No usar argumentos puramente formales o que impliquen un manifiesto sacrificio de valores sustantivos a cuestiones adjetivas o rituales. [...]

9. *La novena recomendación*. No olvidar que —contra lo que pudiera parecer— la Constitución Nacional forma parte del derecho positivo argentino. [...]

10. *La décima recomendación*. No usar la agresión verbal como arma de persuasión. [...]

El terrorismo verbal, los abusos de lenguaje, el sarcasmo encarnizado, no conducen a nada bueno. Más bien disponen en contra de quien recurre a tales expedientes. Vistos con objetividad, parecen recursos retóricos dirigidos a ocultar el hecho de que no se cuenta con buenos argumentos. El abogado que tiene buenos argumentos, o que sabe usar bien los que tiene, puede permitirse ser cortés y comprensivo. Eso ayuda a ganar pleitos. Ayuda también —cosa nada desdeñable— a merecer el respeto y la consideración de los demás y a ser mejor de lo que uno es, no ya simplemente como abogado, sino como ser humano (Carrió 1987: 64-78).

2,D) EL INTERROGATORIO COMO TIPO DE DIÁLOGO: EL ARTE DE LA DUDA

En *El arte de la duda*, Gianrico Carofiglio (un juez italiano convertido luego en novelista famoso) estudia, basándose en ejemplos concretos, el llamado «interrogatorio cruzado». Su objetivo no es otro que facilitar a los abogados italianos el manejo de una técnica que se volvió muy importante desde que, a finales de los años ochenta, se produjo en Italia el paso (en el procedimiento penal) de un sistema inquisitivo a otro de tipo acusatorio; como se sabe, esto último ocurrió también poco después en diversos países latinoamericanos. Carofiglio va mostrando de manera particularmente clara y en ocasiones también divertida, cómo se debe y cómo no se debe interrogar. Lo que sigue (que forma parte del Prefacio de su libro) es un elocuente ejemplo de esto último:

Un hombre estaba acusado del delito de lesiones porque en el curso de una pelea había mordido a su adversario en la oreja y le había arrancado un trozo. Ya el fiscal había interrogado al testigo principal de la acusación, que presenció el

altercado, y ahora tocaba al defensor interrogarle a su vez para intentar poner en duda la fiabilidad de su relato.

Abogado: Así pues, ¿afirma usted que mi cliente arrancó la oreja al ofendido?

Testigo: Sí.

Abogado: ¿A qué distancia de la pelea se encontraba usted?

Testigo: A unos veinte metros, o puede que algo más.

Abogado: ¿Qué hora era, más o menos?

Testigo: Las nueve de la noche.

Abogado: Y ustedes estaban fuera, en el aparcamiento del supermercado, ¿es exacto?

Testigo: Sí, exacto.

Abogado: ¿El aparcamiento estaba bien iluminado?

Testigo: No mucho.

Abogado: ¿Podemos decir que sucedió todo medio a oscuras?

Testigo: Pues sí, algo así, vamos, que no había mucha luz.

Abogado: En tal caso, permítame usted recapitular: los hechos ocurrieron a las nueve de la noche, en un aparcamiento mal iluminado, y usted se encontraba a más de veinte metros del lugar preciso donde se estaba desarrollando la pelea. ¿Es exacto?

Testigo: Exacto. [...]

Abogado: ¿Y pretende usted hacernos creer que en esas condiciones le fue posible ver cómo mi cliente le arrancaba a su adversario un pedacito de la oreja?

Testigo: Pero es que yo no le vi arrancárselo...

Abogado: Entonces, ¿cómo sostiene usted que...?

Testigo: ... yo lo que vi fue cómo luego lo escupía (Carofiglio 2010: 21-23).

En el Prólogo a la traducción castellana de esa obra se presenta un elenco de las reglas analizadas e ilustradas por Carofiglio y se muestra que, a pesar de la primacía que la dimensión pragmática tiene en este peculiar tipo de argumentación, la lógica desempeña también un papel de gran importancia:

El siguiente es un catálogo (por supuesto, abierto) de las reglas para el interrogatorio que se pueden encontrar en *El arte de la duda*:

1. La primera condición para interrogar bien es prepararse bien.
2. No proceda a efectuar un contrainterrogatorio si no existen perspectivas de obtener un resultado útil, esto es, si no hay nada que ganar en términos probatorios.
3. El contrainterrogatorio procede si se puede obtener alguno de estos resultados: limitar los efectos negativos del interrogatorio directo; invalidar el testimonio atacando la fiabilidad del testigo; anular el resultado del interrogatorio directo, la fiabilidad del relato.
4. Interrogue con un objetivo claro y preciso.
5. Interrogue sobre la base de un buen conocimiento de la situación: del sujeto a interrogar, de la impresión que ha causado en los jueces, etcétera.
6. Elija la modalidad de interrogatorio a utilizar tras considerar el probable efecto psicológico que pueda causar en los jueces.
7. Evite que durante el contrainterrogatorio se generen las condiciones para un enfrentamiento directo entre interrogado e interrogador.
8. Evite ante todo que el interrogatorio se desarrolle de manera que pueda tener efectos negativos para la posición del interrogador.

9. Interrogue con cortesía. Sólo es lícito destruir la imagen del interrogado si ha mentido, pero no si se trata de un testigo falso involuntario.

10. En todo caso, no trate nunca con agresividad a un testigo desfavorable, a no ser que disponga de datos que le permitan demostrar que está mintiendo o que su relato es erróneo.

11. Extreme el cuidado en el caso de sujetos débiles, como niños o ancianos.

12. No haga comentarios sarcásticos. Va en contra del deber de cortesía y no causarán buena impresión en los jueces.

13. Planifique la secuencia de las preguntas siguiendo el esquema de una argumentación, de modo tal que cada pregunta constituya un paso en el desarrollo progresivo de la argumentación completa.

14. No haga preguntas arriesgadas, esto es, preguntas que podrían llevar a una respuesta gravemente perjudicial para los intereses del interrogador.

15. No formule nunca preguntas de importancia crucial cuya respuesta no conozca o no pueda prever por pura lógica.

16. Si, con todo, se ve en la necesidad de hacer una pregunta arriesgada, minimice sus posibles efectos adversos. Esto último se puede lograr planificando bien la secuencia de las preguntas; planteando las preguntas (sobre todo si se trata de interrogatorios a expertos) en tono neutro y sin agresividad; o abandonando la línea de preguntas una vez advierta que una de ellas ha sido contestada en forma contraria a sus intereses.

17. Cese de interrogar en el momento en que haya obtenido el objetivo que perseguía.

18. Al diseñar una estrategia para el contraexamen, tenga en cuenta la impresión que haya causado el declarante en el interrogatorio previo. En particular, moldee la sucesión de preguntas con miras a que el efecto de credibilidad que hayan generado los indicadores positivos (apariencia relajada y extrovertida, actitud espontánea, etc.) se atenúen o, al contrario, el efecto causado por los indicadores negativos (actitud reticente o arrogante, expresión farragosa, etc.) quede reforzada.

19. Trate de que las preguntas tengan una estructura sintáctica simple y evite el uso de muletillas, anacolutos, etcétera.

20. Tenga siempre bajo control al interrogado: esfuércese para que el interrogatorio sea ágil y fluido, y maneje con inteligencia las pausas para que el ritmo sea el adecuado.

21. Utilice conscientemente la mirada para lograr que el interrogatorio sea vivo y fluido y para mantener la atención de los jueces.

22. No olvide que todas las reglas anteriores pueden tener excepciones. La eficacia de un interrogatorio depende esencialmente del contexto que, por definición, es abierto. [...]

El conocimiento y el manejo de las formas lógicas de los argumentos es de una extraordinaria importancia para interrogar con eficacia, como el libro de Carofiglio se encarga de mostrar, si se quiere, de manera indirecta.

En efecto, en una de las anteriores reglas (la 13) se había señalado que la secuencia de las preguntas debía hacerse siguiendo el esquema de una argumentación. Pues bien, si uno se esforzara, a partir de los ejemplos de contrainterrogatorios analizados por Carofiglio, por identificar esas estructuras, con lo que se encontraría, en mi opinión, es siempre con un mismo esquema lógico que, no por casualidad, es la reducción al absurdo. Al igual que ocurre en los diálogos socráticos, el interrogatorio de un testigo está dirigido a mostrar que algo de lo que éste (el testigo o el interlocutor de turno de Sócrates) afirma lleva a contradicción; de la misma manera que en el debate dialéctico teorizado por Aristóteles, lo que tie-

ne que hacer el que pregunta es obligar al que contesta a incurrir en contradicción (o a hacerle hablar sin sentido), en cuyo caso habrá salido vencedor del debate. En definitiva, si se analiza el texto de un interrogatorio exitoso, se verá que tiene la forma lógica de una reducción al absurdo (o, lo que resulta equivalente, de un *modus tollens*). Veámoslo con un ejemplo.

En el capítulo 3, titulado «Testigos falsos involuntarios», Carofiglio pone un ejemplo (utilizado también en una de sus novelas: *Ragionevoli dubbi*, cap. 1) de un abogado que contrainterroga a un testigo (y víctima) de un robo; este último, en el interrogatorio directo, se había ratificado en la identificación fotográfica, que había hecho en su declaración ante la policía, de una determinada persona como cómplice de dicho delito. El hábil abogado (Guido Guerrieri) va haciendo preguntas para mostrar que, en realidad, al testigo (que estaba a notable distancia del acusado en el momento de la comisión del robo) le sonaba la cara del acusado (habían jugado juntos al fútbol, pero en equipos distintos, poco antes de producirse el delito) y, por ello, de buena fe (no había sido consciente de esa coincidencia en el momento del reconocimiento fotográfico), había incurrido en el error de considerarle partícipe en el robo. Pues bien, el esquema lógico del razonamiento vendría a ser el siguiente: «Supongamos que la persona identificada mediante la foto fue en efecto el que participó en el robo. Si esa persona era conocida del testigo, entonces éste lo habría declarado así ante la policía y en el interrogatorio. Pero no lo hizo. Por lo tanto, esa persona (el acusado) no era conocida del testigo. Ahora bien, el acusado sí que era conocido del testigo: habían jugado juntos al fútbol, aunque en equipos diferentes. La suposición con que empieza el argumento lleva a dos afirmaciones contradictorias: el acusado era y no era conocido del testigo. Por lo tanto, no es cierto que la persona identificada mediante la foto había sido cómplice del delito». O, puesto en la forma de un *modus tollens*: «Si la persona identificada mediante la foto y acusada del delito fue quien participó en el robo, entonces esa persona no era conocida del testigo. Pero la persona en cuestión sí que era conocida del testigo. Por lo tanto, la persona en cuestión no fue la que participó en el robo».

Naturalmente, llevar a cabo con éxito ese interrogatorio requiere de una serie de habilidades, argumentativas y no estrictamente argumentativas (agudamente analizadas por Carofiglio), que van mucho más allá de la capacidad de identificar una reducción al absurdo o un *modus tollens*. Pero esto último tiene su importancia. Cabría decir que esa forma lógica viene a ser algo así como la «justificación interna» de la argumentación llevada a cabo por el interrogador y que equivale, en cierto modo, a la «justificación interna» de la decisión judicial, esto es, al famoso silogismo judicial o subsuntivo, en el que, a partir de una premisa normativa (la norma aplicable al caso) y una premisa fáctica (los hechos considerados probados) se concluye la obligación de realizar una determinada acción (el fallo de la sentencia). En el caso del interrogatorio, se necesitan fundamentalmente dos premisas: una es un enunciado condicional que conecta una determinada afirmación del testigo con ciertas consecuencias; y la otra, un enunciado empírico que señala que esas consecuencias no se han producido; la conclusión es que, entonces, la afirmación del testigo es falsa (o no es aceptable). En la justificación judicial, el esfuerzo argumentativo (en los casos difíciles) se sitúa en la «justificación externa», o sea, en las razones que pueden aducirse para interpretar una norma de determinada manera, para dar como probado un hecho, etc. Pues bien, lo mismo pasa con la argumentación llevada a cabo por el interrogador, donde lo verdaderamente difícil es imaginar una consecuencia que se derive de la afirmación del testigo y que pueda ser desmentida, e idear cómo hacerlo, cómo desmentirla. La clave está, pues, en la «justificación externa», en cómo establecer las premisas. Pero para llegar ahí sigue siendo importante la lógica, aunque no sea el único instrumento para ello;

también cuentan —e incluso más— una serie de factores, como el estudio pormenorizado de la situación: el propio Carofiglio pone de manifiesto que al abogado (a Guerrieri) no se le habría ocurrido la idea clave que lleva al éxito del interrogatorio (el testigo se confundió en el reconocimiento fotográfico) si previamente no hubiese desarrollado una adecuada labor investigadora. Lo que quiero decir, en definitiva, es que la preparación lógica constituye un ingrediente importante tanto en la motivación de las sentencias como en la argumentación que se lleva a cabo en un interrogatorio. Un juez británico, autor de un libro influyente dedicado (entre otras cosas) al contrainterrogatorio (Hyam ^{3}1995: 171), da el siguiente consejo, que podríamos agregar como una regla más al anterior catálogo:

13'. «Base sus preguntas en las líneas de un argumento, pero no siga el orden lógico del argumento al plantear sus cuestiones si el hacerlo así supusiera que su interrogatorio pierde eficacia» (Atienza 2010c).

1) ¿Qué norma se incumple en el ejemplo del mordisco en la oreja? ¿Cómo tendría que haber sido el interrogatorio?

2) ¿Está de acuerdo en que la «justificación interna» de la argumentación desarrollada en un interrogatorio cruzado (por parte de quien interroga) es un *modus tollens* o una *reducción al absurdo*?

2,E) TRES TIPOS DE PREGUNTAS

En su libro *Advocacy Skills*, Michael Hyam señala que el propósito del interrogatorio cruzado es el de destruir o debilitar los elementos de prueba proporcionados por los testigos de la otra parte, o bien minar su credibilidad, y que también debe usarse para obtener medios de prueba favorables y para exponer la versión de los hechos que se trata de defender frente a los testigos de la otra parte. Para resultar efectivas, las cuestiones tienen que plantearse como si fueran los pasos de un argumento cuya estructura, por razones tácticas, puede convenir ocultar. En ese contexto resulta útil, en su opinión, distinguir (siguiendo a Munkman) entre tres tipos de preguntas: inquisitivas (*probing questions*), sugestivas (*insinuation questions*) y de confrontación (*confrontation questions*).

Las preguntas inquisitivas están destinadas a obtener información y a atar al testigo a un relato preciso de los acontecimientos; son, característicamente, las preguntas de quién, qué, por qué, cuándo, dónde y cómo. Las preguntas sugestivas cumplen muchas funciones: pueden constituir el mejor método para plantear tu tesis a los testigos, pero también para presentar al tribunal una versión alternativa de los hechos. Y las preguntas de confrontación consisten en poner al testigo frente a un hecho incontrovertible. Obviamente, se trata de una clasificación que tiene amplias zonas de solapamiento, como puede verse con el siguiente ejemplo, en el que se ventilaba un caso de posible falsificación de un testamento y en el que el testigo tenía un claro interés económico en que se declarara la validez del documento:

P. [Warren] (poniendo su pulgar sobre el sello y sosteniendo el testamento) Entiendo que usted dice que vio al testador firmar este documento.

R. [Testigo] Así es.

P. Y usted firmó a petición suya como testigo fedatario.
R. Así es.
P. ¿Fue sellado con cera roja o negra?
R. Con cera roja.
P. ¿Le vio usted sellarlo con cera roja?
R. Sí.
P. ¿Dónde estaba el testador cuando firmó y selló su testamento?
R. En su cama.
P. Le ruego, ¿cómo era de largo el trozo de cera roja que usó?
R. Como de tres pulgadas de largo.
P. Y ¿quién dio al testador ese trozo de cera?
R. Yo.
P. ¿De dónde lo sacó?
R. Del cajón de su escritorio.
P. ¿Cómo hizo para derretir el trozo de cera?
R. Con una vela.
P. ¿Cómo consiguió la vela?
R. La saqué de un armario de la habitación.
P. ¿Cómo de larga diría que era la vela?
R. Quizás cuatro o cinco pulgadas de larga.
P. ¿Recuerda quién encendió la vela?
R. Lo hice yo.
P. ¿Con qué la encendió?
R. Pues con una cerilla.
P. ¿Dónde consiguió la cerilla?
R. En la balda de la chimenea de la habitación.
[Warren] Milord, observará que este testamento está sellado en relieve (Hyan 1995: 111).

1) ¿Comete algún tipo de falacia el abogado Warren? ¿Quizás la falacia de la pregunta sugestiva? ¿Por qué?
2) ¿Cuál es la estructura argumentativa que sigue Warren a lo largo de su interrogatorio al testigo?

2,F) CÓMO ATACAR UN ARGUMENTO

En una breve obra titulada «Tácticas del razonamiento jurídico», Pierre Schlag y David Skover se proponen estudiar los movimientos argumentativos que efectúan los abogados y los juristas en general a la hora de atacar una argumentación. Ellos distinguen en la argumentación (que obviamente entienden en sentido pragmático: como una combinación de dialéctica y retórica) tres partes o etapas: las *premisas*, esto es, lo que se espera que el otro acepte, los puntos de partida; la *argumentación*, la elaboración de las premisas con el propósito de lograr la persuasión; y la *conclusión*, la proposición última que trata de establecerse.

En relación con las premisas, los ataques pueden dirigirse: *a*) a la definición de los términos (pueden carecer de precisión, ser ambiguos, controvertibles por razones morales o políticas, o resultar incompletos); *b*) a su base empírica (puede haber contraejemplos, o ser improbable); *c*) a su

base en la autoridad (no se ha interpretado correctamente, la autoridad no es competente, hay otra autoridad que sostiene otra tesis); *d*) al juicio valorativo en que se apoyan las premisas (su fundamentación, o bien su aplicación al caso es cuestionable); *e*) a la hipótesis planteada en las premisas (cuando se trata de premisas hipotéticas, como en la reducción al absurdo); *f*) a la existencia de conflictos acerca de en qué se basan las premisas (el fundamento aducido no es el real, o bien el fundamento de la premisa resulta inválido a la luz de otros fundamentos); *g*) a la existencia de consecuencias o implicaciones indeseables; *h*) a que la premisa supone circularidad (presupone ya la conclusión) o exageración ideológica (que impide ver otros puntos de vista).

A propósito de la argumentación propiamente dicha, tendríamos ataques: *a*) sobre analogías (se presenta una ristra de resultados horribles y absurdos que ocurrirían si se adopta tal posición, o se traza una falsa analogía); *b*) sobre oposiciones (se construye una falsa dicotomía, los términos contrapuestos se solapan en parte, no se puede establecer una separación nítida, se califica equivocadamente el contenido o el alcance de un concepto); *c*) sobre cambios de significado (las premisas se usan con un significado distinto al establecido previamente); *d*) sobre niveles de abstracción (el nivel de abstracción es, en algún sentido, inadecuado).

Y, sobre la conclusión, los ataques pueden provenir: *a*) de la definición de los términos (como ocurría en relación con las premisas); *b*) de la imposibilidad de que sea aplicable o realizable (por falta de poder por parte del tribunal, por falta de contenido operativo o porque la conclusión sólo permitiría alcanzar tal objetivo bajo determinadas circunstancias); *c*) de su justificación (la regla establecida para justificar la conclusión resulta infrainclusiva o suprainclusiva, hay perspectivas no consideradas).

Quizás el aspecto más interesante del libro sea que todos esos posibles ataques se ilustran con ejemplos de la práctica jurídica, y que su modelo de análisis lo aplican los autores a varios casos famosos del Derecho estadounidense. Veamos, por ejemplo, cómo plantean el ataque a la argumentación basado en una inadecuada combinación de niveles de abstracción:

> Los razonamientos jurídicos requieren a veces conciliar aspectos, valores o intereses («factores») dispares. Hay varias maneras de realizar esa conciliación, tales como asignar un valor absoluto, una prioridad de rango, ponderar o reducir los intereses en conflicto a un común denominador (como dólares o utilidades). Al usar cualquiera de esas técnicas, uno debe elegir un nivel adecuado de abstracción para describir los diversos factores. Si no lo hace, el argumento puede estar abierto a la objeción de que está «sesgado». Esto es, al describir los factores en diferentes niveles de abstracción, el razonamiento puede haber manipulado la importancia o la entidad relativa de esos factores, con lo que el resultado de la conciliación de los mismos incurriría en un prejuicio inaceptable.

Ejemplo 1

«*Este caso relativo a la Primera Enmienda exige que el tribunal pondere los valores de la libertad de expresión frente a los intereses del Estado en regular la expre-*

sión de las ideas. De acuerdo con ello, el Tribunal debe determinar el valor de la libre expresión de un hablante particular y ver si resulta compensado por el interés general de la sociedad al regular este tipo de expresión».

En este proceso de ponderación, puede ser impropio sopesar los intereses generales de la sociedad frente al interés de una persona. El problema aquí es que el nivel de abstracción utilizado para caracterizar los dos intereses opuestos produce un sesgo en el resultado: sin duda, el interés de un hablante casi siempre estará subordinado a los intereses de la sociedad en su conjunto. Una ponderación más apropiada se produciría comparando el interés de la sociedad en proteger la libertad de expresión frente al interés de la sociedad en regular la libertad de expresión.

Ejemplo 2

«Este Tribunal rechaza aplicar en este caso la doctrina del abuso contractual para impedir con ello la ejecución del contrato entre las partes. Es obvio que el demandado está tratando de evitar obligaciones onerosas. Aunque sea cierto que el demandado puede no haber sido consciente de la severa carga de esas obligaciones en el momento de la contratación, sin embargo, la seguridad de las transacciones que protege el Derecho de contratos debe prevalecer».

El argumento del Tribunal jerarquiza los intereses de la sociedad en la seguridad de las transacciones por encima del interés personal del demandado en evitar deberes imprevistos. Podría decirse que esta prioridad jerárquica combina impropiamente valores o intereses caracterizados en diferentes niveles de abstracción. Más específicamente, el Tribunal caracteriza, por un lado, el interés como interés de la sociedad en asegurar las transacciones y, por otro lado, caracteriza el interés como un interés meramente privado en evitar obligaciones imprevistas. Al efectuar la jerarquización, el Tribunal debería, o bien haber caracterizado a ambos como representativos de intereses de la sociedad, o bien a ambos como representativos de intereses privados (Schlag y Skover 1986: 41-43).

1) Los autores aclaran que las tácticas que describen en el libro deben verse como «movimientos de un juego, más que como descripciones de falacias del razonamiento jurídico». Y aclaran por qué: ««Ver las tácticas como falacias del razonamiento jurídico implica que existen errores objetivos ahí fuera, en los textos jurídicos. Si usted va por ahí pensando de esa manera, habrá otra gente que le echará la zancadilla. Lo harán al interpretar los textos jurídicos de maneras distintas a la suya. Muy a menudo, los errores jurídicos que cree que existen en los textos jurídicos parecerán desvanecerse. En contraste con ello, si ve las tácticas como contra-movimientos, no resultará sorprendido cuando otros contesten a sus ataques con sus propios contra-movimientos» (p. 7). ¿Tienen razón? ¿No conviene entonces hablar de falacias? ¿Cuándo no?

2) ¿Existe, en la teoría de la ponderación de Alexy o de algún otro autor, algún mecanismo para evitar la inadecuada combinación de niveles de abstracción a la que se refieren los ejemplos? ¿Por qué es importante en la argumentación jurídica, y en el tratamiento de los problemas jurídicos en general, seleccionar bien el nivel de abstracción?

3) El uso de las tácticas al que se refieren los autores, ¿es más propio de la argumentación de los abogados que de la de otros operadores jurídicos? Si fuera así, ¿por qué?

3,A) ARGUMENTOS Y AMENAZAS

Al plantearse el problema de la distinción entre negociación y argumentación, Raúl Calvo (2008) muestra la existencia de una ambigüedad en este último término, «argumentación»: en ocasiones se usa para hacer referencia a un método, a un proceso (la argumentación sería el diálogo racional), y otras veces para indicar un elemento o un instrumento de ese proceso (los argumentos, las razones). Para evitar el equívoco, Calvo propone hablar, respectivamente, de «diálogo» (para referirse al método) y de «argumentación» (en relación con el instrumento). Al diferenciar entre estos dos planos, resultaría lo siguiente: la negociación (que sería exclusivamente un método, un procedimiento: la ambigüedad en cuestión no afecta a esta expresión) está necesariamente vinculada con la existencia previa de un conflicto, mientras que el diálogo (o la deliberación) es un método que cabe usar también en escenarios no conflictivos (Calvo entiende por conflicto: «una relación social en la que dos o más sujetos sustentan objetivos incompatibles o percibidos como incompatibles», p. 78); y la negociación no excluye la utilización de argumentos, pero supone la posibilidad de utilizar además otro tipo de instrumentos, como las promesas, las advertencias o las amenazas:

> El objetivo de este trabajo es presentar una propuesta conceptual de la negociación que permita distinguirla, por un lado, de otros procesos de resolución de conflictos, como el diálogo o la deliberación y, por otro lado, de uno de los instrumentos que pueden ser usados por los actores en estos procesos: la argumentación. [...]
>
> No es extraño que en los ámbitos en los que ha surgido la confrontación entre estos dos métodos suela contraponerse a la negociación la noción de «argumentación». En mi opinión [...], esta contraposición puede conducir a ciertos equívocos en relación con dos categorías distintas. Por un lado, está el tema de los procesos o métodos que, siguiendo a Von Wright, son hechos que se caracterizan por su continuidad en el tiempo. A esta categoría pertenecen [...] las nociones de negociación y de diálogo. Pero, por el otro lado, están aquellos elementos que en el contexto de un proceso o método determinado son usados por los actores. Éste es el caso, por ejemplo, de la promesa, la amenaza, el compromiso, la advertencia y los argumentos.
>
> Cuando se establece la contraposición entre argumentación y negociación surgen dos cuestiones problemáticas: en primer lugar, está la cuestión de en qué medida la noción de argumentación recepta adecuadamente el aspecto de continuidad de los procesos. Y, en segundo lugar, aparece la duda acerca de si se está distinguiendo claramente entre el tema del proceso y el de los elementos o instrumentos usados en él. Para evitar estas posibles confusiones plantearé mi análisis en referencia a la contraposición entre negociación y diálogo, y dejaré el término de argumentación para referirme al plano de los elementos usados en un proceso. [...]
>
> Entiendo por instrumentos de la solución de un conflicto al conjunto de recursos que las partes pueden utilizar para conseguir sus objetivos. Los ejem-

plos de instrumentos en la solución de un conflicto son múltiples y variados y van desde el armamento, pasando por las promesas, los compromisos, las advertencias y las amenazas, hasta llegar a los argumentos.

Sin embargo, dentro del amplio abanico de posibles instrumentos hay dos que, en lo que aquí interesa, conforman dos referencias clásicas cuando nos referimos al tema del diálogo y de la negociación: las amenazas y la argumentación. Veamos someramente cada uno de ellos.

La amenaza es un instrumento de tipo coactivo que pretende condicionar la decisión del interlocutor a partir de un cálculo fundamentado exclusivamente en el análisis de costos y beneficios. La idea del sujeto que emite la amenaza es la siguiente: la propuesta de solución del conflicto respaldada en este elemento coactivo tiene sentido para el otro actor en tanto que el costo que para él significará que se cumpla la amenaza es mayor que el beneficio de rechazar la oferta de solución que se le realiza.

Lo relevante para entender el funcionamiento de este instrumento es que la amenaza actúa con independencia de las razones que puedan darse *a favor de la aceptación de la propuesta*. En este sentido, es irrelevante si el sujeto que amenaza tiene buenos argumentos para respaldar la idoneidad de su propuesta; se puede emitir una amenaza, aunque no haya ninguna razón que justifique o explique por qué es interesante la propuesta como una forma de finalizar con el conflicto. Dicho en otros términos, la fuerza de la propuesta se agota en los costos que traería aparejados el cumplimiento de la amenaza.

Por su parte, los argumentos, en tanto que un instrumento para la resolución de conflictos, pretenden producir una reflexión en el interlocutor; se trata de explicar o justificar la propuesta que se hace. Las razones funcionan, en el contexto de la solución de conflictos, como fundamentos acerca de la idoneidad de la propuesta como un marco de superación de la controversia.

Así planteada, la distinción entre argumentos y amenazas radica en que mientras que los primeros están relacionados (a favor o en contra) con el contenido específico de la solución del conflicto, las segundas, con ser relevantes para entender la dinámica de solución del conflicto, carecen de referencia en lo que hace propiamente a su contenido (Calvo 2008: 74, 80-81).

1) La distinción señalada por Raúl Calvo entre la argumentación como proceso o método y como instrumento, ¿es algo distinto a la ambigüedad proceso/producto que es frecuente señalar al caracterizar en qué consiste argumentar (*vid.* II,2 y II,2,A)? ¿Es posible (resulta pragmáticamente útil) suprimir esa ambigüedad tal y como se propone en el texto?

2) Aunque el autor no sea del todo claro en este aspecto, parecería que el diálogo excluye la utilización de amenazas. ¿Pero es así? ¿Tiene sentido aceptar esa exclusión en relación con cualquier diálogo, o sólo con uno muy especial, el diálogo racional o discurso crítico? En definitiva, así como la negociación no excluye el uso de argumentos, ¿podría decirse también que la argumentación (como proceso, como diálogo) no excluye (o no excluye del todo) la utilización de amenazas? (*vid.* V,3,G).

3) ¿Es aceptable la caracterización de amenaza y de razón o argumento que efectúa Calvo? Por ejemplo, si los argumentos «pretenden producir una reflexión en el interlocutor» y están relacionados «con el

contenido específico de la solución del conflicto», ¿habría que decir que las llamadas «razones autoritativas» o «razones independientes del contenido» (*vid.* IV,4) no son en realidad razones, argumentos, sino amenazas? ¿Cómo diferenciar, entonces, los argumentos de las amenazas?

3,B) FASES DE UN PROCESO DE NEGOCIACIÓN

La negociación es un proceso repetitivo que sigue razonablemente pautas predecibles a lo largo del tiempo. [...]

Puede efectuarse una descripción útil de la dinámica de la negociación jurídica aplicando de manera selectiva las intuiciones y observaciones disponibles en la actual literatura no jurídica a la dinámica de la negociación que puede observarse en ejemplos de grabaciones de video de negociaciones jurídicas. Basándose en ese análisis, pueden identificarse cuatro fases en una negociación jurídica.

A) FASE UNA: ORIENTACIÓN Y TOMA DE POSICIÓN

1. *Orientación*

a) Los abogados de cada parte entablan contacto unos con otros.

b) Se definen y establecen las relaciones.

2. *Toma de posición*

a) Los negociadores hablan, ante todo, acerca de los puntos fuertes o de las razones de fondo de la parte a la que representan en el caso (frecuentemente, en términos muy generales).

b) Los negociadores trabajan para establecer sus posiciones de partida. Las posibles incluyen:

(*i*) *Posición maximalista.* Pedir más (a veces, mucho más) de lo que esperas obtener.

(*ii*) *Posición equitativa*. Adoptar una posición que consideras es justa para ambas partes.

(*iii*) *Posición integradora.* Presentar o buscar, descubrir soluciones alternativas al problema como medio de llegar al conjunto de medidas más atractivo para todos los afectados.

c) Cada parte crea la ilusión de que está inalterablemente comprometida con la posición de partida.

d) La duración de esta fase se mide usualmente en meses o en años.

B) FASE DOS: ARGUMENTACIÓN

1. Cada parte trata de presentar su caso a la luz más favorable desde un punto de vista estratégico.

2. Cada parte trata de descubrir cuál es la posición *real* de la otra parte, al tiempo que procura evitar desvelar su propia posición real:

a) Los problemas pasan a quedar definidos con mayor claridad.

b) Los aspectos fuertes y débiles de cada parte se hacen más manifiestos.

3. Cada parte trata de descubrir y de reducir la posición real de la otra.

4. Las expectativas de cada parte acerca de lo que puede obtener en el caso experimentan cambios substanciales.

5. Se hacen concesiones por parte de una o de ambas partes.

C) FASE TRES: EMERGENCIA Y CRISIS

1. Los negociadores se sienten presionados para aproximar sus límites.
2. Cada parte se da cuenta de que una o ambas partes debe hacer concesiones importantes, presentar nuevas alternativas o admitir que están en un punto muerto y que tendrán que ir a juicio.
3. Cada parte busca y da pistas sobre áreas en las que pueden hacerse concesiones.
4. Se proponen nuevas alternativas; se hacen concesiones.
5. Se llega a una crisis:
a) Ninguna parte desea conceder nada más.
b) Ambas partes tienen miedo de ser explotados o de que el otro logre alguna ventaja.
c) Ambas partes han renunciado a más de lo que hubiesen querido.
d) Ambas partes saben que deben pararse en algún momento.
e) La línea de tope se cierne sobre ellos; una de las partes debe aceptar la oferta final de la otra, o bien se producirá un fracaso y un *impasse*.
f) El cliente muestra inquietud sobre si aceptar la recomendación del abogado de llegar a un acuerdo.

D) FASE CUATRO: ACUERDO O RUPTURA FINAL

1. Si las partes llegan a un acuerdo, la fase cuatro incluye:
a) Elaboración de los detalles finales del acuerdo.
b) Justificación y refuerzo entre sí y con los clientes acerca de la deseabilidad del acuerdo.
c) Formalización del acuerdo.
2. Si las negociaciones se rompen y no se restablecen, el caso va a juicio.

A pesar de lo simple que es el anterior esquema, resulta un instrumento sorprendentemente poderoso para el abogado practicante. El abogado no experimentado comete con frecuencia errores de percepción en relación con cuál es la fase del proceso en la que se encuentra el caso y usa tácticas que son innecesarias o incluso dañinas para la dinámica de la negociación. Un ejemplo de ello es la tendencia de los abogados de actitud cooperativa a pasar psicológicamente de una fase a otra de manera más rápida que un oponente duro, y entonces, cuando no se llega a un acuerdo, a asumir que se ha alcanzado ya la fase final y a precipitar una ruptura de las negociaciones (Williams 1983: 70-72).

1) Aunque sólo una de las fases de la negociación reciba el nombre de «argumentación», ¿significa eso que no se argumenta en el resto de las fases?

2) Compárense las fases de un proceso de negociación con las de una argumentación (en el sentido del discurso racional) ¿Qué analogías y diferencias ve entre unas y otras?

3,C) PUBLICIDAD Y ARGUMENTACIÓN

Un buen número de las controversias originadas en el mundo de la publicidad no son resueltas por órganos judiciales, sino por entidades privadas de autocontrol que cuentan con cierto respaldo legal (nacional y

supranacional). En España, Autocontrol es una asociación creada por los principales anunciantes, agencias y medios de comunicación, que se encarga de gestionar el sistema de autorregulación publicitaria en el país. De ese sistema forma parte un Código de Conducta Publicitaria elaborado por esa asociación y un Jurado de la Publicidad, encargado de la aplicación de sus normas. En concreto, el Jurado tiene competencias para resolver controversias que puede plantear cualquier persona física o jurídica con un interés legítimo a propósito de «piezas publicitarias» tanto de empresas asociadas como de terceros. Las resoluciones del Jurado tienen «fuerza vinculante» para las empresas asociadas, mientras que en relación con terceros se consideran como «opiniones no vinculantes» sobre la «corrección ética y deontológica» de la compañía publicitaria en cuestión, emitidas por «expertos en la materia». Por lo demás, esas resoluciones siguen un patrón judicial y tienen una estructura tripartita. En los «antecedentes de hecho» se da cuenta de los argumentos formulados por la parte reclamante y por la parte reclamada —a la que se notifica la reclamación para que presente un escrito de alegaciones—. En los «fundamentos deontológicos» se analizan los problemas planteados a la luz de la normativa aplicable que, básicamente, es el Código de Conducta Publicitaria antes mencionado; en algún caso se trata de problemas de prueba y, normalmente, de cuestiones de interpretación en las que pueden incidir a su vez elementos probatorios (que suelen tener que ver con el parecer de expertos). Y el «acuerdo» con el que concluye la resolución consiste en estimar o desestimar la reclamación planteada, en todo o en parte.

En la primera de las resoluciones seleccionadas se plantea, esencialmente, un problema de prueba. En las otras dos se trata de cuestiones de interpretación: sobre si una determinada pieza publicitaria integra un caso de «imitación publicitaria»; o si (en otro caso) cabe hablar de «publicidad de carácter denigratorio» o de «publicidad engañosa».

A) La Resolución de 6 de octubre de 2011 resuelve una reclamación presentada por dos particulares contra un anuncio televisivo (realizado por el director de cine Bigas Luna) que por su «tono erótico» podría resultar inapropiado para los menores:

> 2. [...] Dicho Código [de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia], suscrito en diciembre de 2004 por los operadores nacionales y los operadores públicos autonómicos, ha establecido limitaciones adicionales a las legalmente previstas, con objeto de mejorar la protección de la infancia prevista en la norma legal. El mismo, establece una serie de principios generales para mejorar la eficacia, dentro de la franja horaria comprendida entre las 6 y las 22 horas, de la protección legal de los menores respecto de la programación que se emita en dicho horario. Asimismo, el Código contempla unas determinadas franjas de protección reforzada para el público infantil (menores de 13 años), en las que las televisiones firmantes evitarán la emisión de contenidos inadecuados para esos menores; en concreto, se fija como horario de protección reforzada, de lunes a viernes, de 8 a 9 horas y de 17 a 20 horas, y sábados y domingos, entre las 9 y las 12 horas. [...]

3. Pues bien, en el caso concreto que ahora nos ocupa, la parte reclamada alega la inexistencia de infracción del Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia por no haber emitido la publicidad que se reclama en horario de protección reforzada.

Por otro lado, los reclamantes afirman, respectivamente, que la publicidad se emitió en «horario diurno» y en un pase a las 21:50 horas. Debe esta Sección [del Jurado] coincidir con la reclamada en entender que el hecho de que un anuncio se haya difundido en distintas franjas horarias no implica necesariamente que se haya difundido durante las franjas de protección reforzada de la infancia, ya que las mismas no abarcan todo el día, sino solamente parte de la mañana y de la tarde, según se explica en el fundamento primero. No es menos cierto que el pase que se llevó a cabo a las 21:50 horas se hizo claramente fuera de tales franjas.

Así las cosas, ciñéndonos a las alegaciones y pruebas aportadas por las partes, no cabe afirmar la existencia de una infracción del Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia, toda vez que, a la luz de aquellas alegaciones y de los datos obrantes en el expediente, no consta la emisión de la publicidad objeto del presente procedimiento dentro de las franjas horarias de protección reforzada de la infancia previstas en el citado Código.

B) La Resolución de 15 de septiembre de 2011 se refiere a una reclamación frente a un anuncio televisivo de un determinado producto. El antecedente de hecho 2 describe ese anuncio y en los fundamentos deontológicos 1 a 4, el Jurado argumenta por qué no se trata de un caso de imitación publicitaria:

2. La reclamación se formula frente a un anuncio difundido en televisión, que comienza con la imagen de una mujer que, con gesto preocupado, observa que su casa está llena de desperfectos y exclama: «¡No! ¡Y los vecinos llegan en una hora!», mientras un niño está jugando con un balón de fútbol dentro de la casa. Acto seguido se muestra el detalle de varios de los desperfectos en pantalla compartida, para dar paso a una voz *en off* que dice: «Tranquila, con Barrita Arreglatodo, todo quedará como nuevo. Pattex Barrita Arreglatodo: rellena, reconstruye y sella». Mientras, se muestra el producto y a la protagonista reparando los muebles afectados, hasta que suena el timbre de la casa y llegan los invitados. Finalmente, se muestra el producto y el logo de la marca, mientras puede oírse en audio lo siguiente: «Pattex Barrita Arreglatodo. Patex, el poder en tus manos. [...]»

1. Entrando ya al fondo del asunto, corresponde a este Jurado el análisis de la publicidad reclamada a la luz de la Norma 20.2 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, relativa a la imitación publicitaria. Dicha Norma dice así: «Los anuncios tampoco deberán imitar el esquema general, texto, eslogan, signos distintivos, presentación visual, música, ni los efectos sonoros de otros anuncios, nacionales o extranjeros, aunque sean de campañas ya concluidas, cuando cualquiera de estos elementos estén protegidos por derechos de propiedad industrial o intelectual, o la publicidad pueda generar un riesgo de confusión en los consumidores, o implique un aprovechamiento indebido del esfuerzo o de la reputación ajenas».

Esta Norma se encuentra en sintonía con el artículo 11 de la actual Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en cuyo apartado primero dispone lo siguiente: «*La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley*». No obstante —prosigue ese mismo artículo en su apartado segun-

do—, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajeno.

Así pues, si atendemos a lo dispuesto en el Código de Conducta Publicitaria, la imitación debe considerarse contraria a su Norma 20.2 en aquellos casos en que aquélla conlleve riesgo de confusión entre los consumidores o suponga aprovechamiento indebido del esfuerzo o de la reputación ajenas.

2. Partiendo de este marco normativo y de la doctrina previa del Jurado, esta Sección debe examinar la publicidad reclamada a fin de determinar, en primer lugar, si nos encontramos ante un supuesto de imitación publicitaria. Y, en caso afirmativo, indagar si esta imitación comporta riesgo de confusión para los consumidores o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno, tal y como se indica en la norma deontológica anteriormente transcrita.

Con carácter previo al análisis de la publicidad reclamada, debe recordarse que, como ya ha declarado este Jurado en ocasiones anteriores, más allá de similitudes y diferencias concretas, a la hora de apreciar la existencia de un riesgo de confusión se debe partir de una visión de conjunto de las prestaciones enfrentadas. Así nos lo indica la Norma 3.1 del Código de Conducta, cuando señala que «los anuncios y las expresiones publicitarias deben ser analizados en su conjunto, sin descomponer sus partes integrantes y atendiendo a la impresión global que generen en sus destinatarios».

Este extremo debe ponerse en relación, asimismo, con el apartado 5 de la citada Norma 3 del Código de Conducta, en virtud del cual «Al analizar un mensaje publicitario, el Jurado tomará en consideración la perspectiva de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, dentro del círculo de destinatarios a los que se dirija la publicidad».

3. Pues bien, en el caso que ahora nos ocupa debemos confrontar, de un lado, la publicidad frente a la cual se dirige la reclamación, esto es, el anuncio publicitario del producto «Pattex barrita arreglatodo» difundido por Henkel y cuya imitación se alega, con la publicidad del producto «Sellaceys secado express» de la que es responsable la reclamante Ceys.

Tras contrastar detenidamente los dos anuncios televisivos en conflicto, este Jurado considera que ambas piezas publicitarias parten de una misma idea común, que debe considerarse ciertamente genérica.

En efecto, ambos anuncios promocionan productos similares, con una finalidad parecida, como es la de reparar elementos e instalaciones del hogar actuando de una forma muy rápida, aspecto este que se presenta como elemento característico y destacado de ambos productos, pues no en vano el anuncio reclamado alude expresamente al elemento temporal, para trasladar al consumidor una impresión de urgencia a través de su expresión «los vecinos llegan en una hora», mientras que el anuncio de Ceys presuntamente imitado utiliza la expresión «en dos horas llegan los nuevos inquilinos [...] y seca en solo dos horas».

En definitiva, los anuncios enfrentados coinciden ante todo en la utilización de una idea o argumento de base común (utilización del producto promocionado para solventar un problema urgente derivado de una visita próxima al domicilio).

Pero, en relación con esta coincidencia, ha de destacarse ante todo que, según los datos que constan acreditados en el expediente, la mencionada idea publicitaria ha sido utilizada por Henkel de forma repetida y con anterioridad a que la reclamante difundiera el anuncio que ahora dice que se ha imitado. En este sentido, consta en el expediente un anuncio de la década de los ochenta del siglo pasado en el que se utiliza una idea similar.

Al margen de lo anterior, y en segundo lugar, este Jurado ya ha expresado en múltiples resoluciones anteriores que las meras ideas no son susceptibles de protección, versando esta última únicamente sobre la concreta forma de expresión de aquéllas.

4. En el caso que nos ocupa, a pesar de las eventuales similitudes en los elementos incidentales que puedan observarse entre ambos anuncios, el Jurado no ha apreciado que existan coincidencias suficientes en sus elementos esenciales que permitan calificar al anuncio de «Pattex barrita arreglatodo» como una imitación apta para generar un riesgo de confusión entre el público de los consumidores.

En efecto, este Jurado ha apreciado que, si bien la idea inicial de ambos anuncios pueda presentar —como hemos visto— ciertas similitudes conceptuales, aquéllos se han desarrollado de forma distinta por los dos anunciantes. Así, mientras que, por ejemplo, en el anuncio de Pattex la mujer que llega a casa se encuentra una serie de desperfectos en el mobiliario causados, por lo que parece, por un niño que ha estado jugando a la pelota en el interior de la vivienda, el anuncio de Ceys se centra, exclusivamente, en una mancha de humedad que aparece en la pared del baño a consecuencia de una filtración del agua de la ducha. También en este caso procede destacar que el primero de los anuncios se desarrolla con una mujer como protagonista única, si bien en el anuncio de Ceys aparecen un hombre y una mujer actuando conjuntamente. Por su parte, el anuncio de Pattex muestra cómo la mujer emplea el producto promocionado para reparar distintos elementos del hogar, en particular, la pata de una mesa, mientras que el anuncio de Ceys centra su atención en la capacidad de sellado de la silicona Ceys frente a eventuales filtrados de agua a través de los azulejos de la pared del baño. Finalmente, también en el desenlace de ambos anuncios se aprecian diferencias relevantes, pues si bien en el anuncio reclamado se observa cómo las personas cuya presencia se esperaba son un matrimonio con dos niños —a los que se identifica como vecinos—, en el anuncio de Ceys, la urgencia viene causada por la visita de unos nuevos inquilinos, quienes llegan a la casa con el fin de decidir si arriendan, o no, la vivienda en la que se desarrolla la acción.

A mayor abundamiento, debe señalarse que la reclamada utiliza con claridad y de forma preeminente sus propios signos distintivos, además de un eslogan final («Pattex, el poder en tus manos») donde se destaca la marca del producto que se pretende promocionar, frente a la parte final del anuncio de Ceys, en el que se emplean expresiones ampliamente conocidas por el público de los consumidores en relación al producto en cuestión («porque Ceys lo arregla todo. Hacéis Ceys») lo que aleja, aún más si cabe, un eventual riesgo de confusión.

Así pues, cabe concluir que, si bien es cierto que en la controversia que aquí nos ocupa ambos anuncios parten de una idea inicial similar, que por lo demás ya había sido utilizada previamente por Henkel, no es menos cierto que los anuncios enfrentados presentan numerosas diferencias en su desarrollo posterior, diferencias que ya han sido expuestas y que permiten concluir que los anuncios enfrentados generan en el público de los consumidores una impresión de conjunto diferenciada entre ambos anuncios, sin que pueda apreciarse el riesgo de confusión al que se refiere la Norma 20 del Código de Conducta Publicitaria.

C) En la Resolución de 13 de octubre de 2011, el Jurado estimó parcialmente una reclamación contra una campaña publicitaria que se describe en el antecedente de hecho 2. En los fundamentos deontológicos 2 a 5 se dan las razones para considerar que se trata de publicidad de carácter denigrante y engañosa:

1. La reclamación se formula frente a una campaña publicitaria de los productos de Creta Farms que está siendo difundida tanto en televisión como a través de Internet y en el etiquetado de dichos productos. El reclamante aporta copia del anuncio de televisión, que comienza con la imagen de una granja. Seguidamente, vemos a una mujer que dice: «A todos nos gusta la charcutería más sabrosa, el problema es la grasa animal, ¿verdad?». Detrás de ésta, observamos unas letras que forman la frase «Grasa animal», que son cambiadas por unos niños por la frase: «Aceite de oliva», a la vez que la mujer dice: «¿Y si sustituimos la mayor parte por aceite de oliva virgen extra? Pues eso es lo que hace 'Creta Granjas'». A continuación, vemos un bodegón de producto mientras aparece en la parte inferior de la pantalla la frase: «Ayuda a regular el colesterol». Seguidamente, vemos un par de planos de consumo tras lo que vemos una familia a la mesa y escuchamos: «La charcutería más sabrosa y más saludable. Creta Granjas, la única elaborada con aceite de oliva virgen extra». Finalmente, vemos el logotipo del anunciante bajo el que leemos: «Elaborado con aceite de oliva virgen extra» y la indicación de la página web [...]. De otra parte, alega Campofrío que se observa tanto en el *spot* publicitario como en la página web y en el etiquetado del producto el *claim* «Menos grasa animal con aceite de oliva virgen extra», enmarcado dentro de dos flechas roja y verde que forman un corazón. [...]

2. Entrando ya a valorar el fondo del asunto, corresponde ahora a este Jurado analizar la publicidad reclamada a la luz de las Normas 2, 14 y 21 del Código de Conducta Publicitaria. Desde una perspectiva también deontológica este Jurado debe remitirse asimismo al Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva de Confianza Online, en consideración a que la presente publicidad ha sido en parte difundida en una página web a través de Internet.

3. En primer lugar, esta Sección debe analizar el eventual carácter denigratorio de la publicidad reclamada, tal y como sostiene Campofrío en su reclamación. Para ello ésta ha de ser examinada a la luz de lo dispuesto en la Norma 21 del Código de Conducta Publicitaria. Según dispone esta norma, «la publicidad no deberá denigrar ni menospreciar, implícita o explícitamente, a otras empresas, actividades, productos o servicios. No se considerarán denigración las manifestaciones recogidas en el mensaje publicitario que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estimarán pertinentes las alusiones a las circunstancias personales del empresario o de su empresa».

En este concreto supuesto, parece evidente que la expresión «*A todos nos gusta la charcutería más sabrosa, el problema es la grasa animal*» contenida en la publicidad objeto de análisis en el presente procedimiento transmite un mensaje que es claramente apto para menoscabar el crédito en el mercado de cierta categoría de productos, como son los productos de charcutería que contienen grasa animal. A estos productos, conforme a lo expuesto, se les atribuye la condición de ser «Un problema», agregando, además, la expresión final: «¿Verdad?», que este Jurado entiende como una forma de subrayar dicha alegación y hacer partícipe al público destinatario de dicha afirmación.

En definitiva, en el presente caso, este Jurado considera que la publicidad reclamada transmite un mensaje que puede implicar un cierto menoscabo del crédito de los productos afectados. Es por ello que, en el presente caso, este Jurado aprecia denigración en la publicidad reclamada, por lo que estima la reclamación en este punto al considerarla contraria a la Norma 21 de dicho Código.

Frente a las conclusiones hasta aquí obtenidas, por lo demás, no cabe afirmar —como pretende la reclamada— que las alegaciones recogidas en la publicidad son exactas, veraces y pertinentes. La propia reclamada en su escrito de contestación, al tratar de justificarlas, alude en todo momento al exceso de grasa

animal o al consumo excesivo de este ingrediente. Pero no es a esta circunstancia a la que se alude en la publicidad. En ésta, un ingrediente alimentario como la grasa animal se califica en sí mismo como un problema, lo que —como queda expuesto— supone un descrédito de los productos que lo incorporan.

4. Dados los términos en los que se expresa la publicidad, ésta ha de ser también examinada a la luz de las normas reguladoras de la publicidad engañosa. Desde una perspectiva deontológica debemos remitirnos a la Norma 14.1.b) del Código de Conducta Publicitaria, según la cual «La publicidad no deberá ser engañosa. Se entiende por publicidad engañosa aquella que de cualquier manera induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: [...] *b*) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio».

5. A este respecto, y en relación a la alegación: «*¿Y si sustituimos la mayor parte por aceite de oliva virgen extra? Pues eso es lo que hace Creta Granjas*» contenida en la publicidad objeto del presente procedimiento, consta en el expediente una copia del etiquetado de los productos anunciados, aportado por el reclamante, en el que se establece que sólo uno de los productos supera el 60 % de sustitución de la grasa animal por aceite de oliva. De este análisis parece desprenderse que no puede afirmarse que «la mayor parte» de grasa animal haya sido sustituida por aceite de oliva virgen extra en la totalidad de los productos promocionados. Es el propio etiquetado de los productos promocionados el que revela que en algunos de éstos el porcentaje de sustitución sólo llega a la mitad de la grasa animal (no a su mayor parte) y en otro caso ni siquiera alcanza el 50 %. En estas circunstancias, la afirmación, aplicada a la totalidad de los productos promocionados, según la cual en los mismos se sustituye la mayor parte de la grasa animal por aceite de oliva virgen, debe ser considerada engañosa y contraria a la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria.

Una vez más, las conclusiones hasta aquí alcanzadas no pueden verse alteradas por las alegaciones de la reclamada recogidas en su escrito de contestación. En efecto, la reclamada alega que la veracidad de la alegación que nos ocupa debe ser examinada comparando el porcentaje de grasa animal presente en los productos promocionados con el presente en los productos competidores. Sin embargo, no es a esto a lo que se refiere la publicidad. En la publicidad no se habla de una comparación del porcentaje de grasa animal entre los productos promocionados y los competidores. Se habla de la sustitución, dentro de los mismos productos promocionados, de la mayor parte de la grasa animal por aceite de oliva. En este sentido, la alegación publicitaria que nos ocupa es completamente inequívoca: «*¿Y si sustituimos la mayor parte por aceite de oliva virgen extra? Pues eso es lo que hace Creta Granjas*». Por lo tanto, para justificar la veracidad de esta alegación no ha de atenderse a una comparación entre el porcentaje de grasa presente en los productos promocionados y el presente en otros productos competidores. Ha de atenderse al porcentaje de sustitución de grasa animal por aceite de oliva en los propios productos promocionados, porcentaje que el propio etiquetado de éstos revela que en algunos casos alcanza simplemente la mitad y en otros ni siquiera la alcanza.

1) La primera resolución parece referirse a un caso fácil, ¿pero es así? ¿No incurre el Jurado en *formalismo* al limitarse a considerar los elemen-

tos probatorios «que constan en el expediente», en lugar de indagar por su cuenta (lo que quizás no le resultara muy difícil; desde luego, más fácil que a los particulares que habían presentado la reclamación) en qué horario se había emitido el *spot* publicitario? ¿No es la «informalidad» una de las ventajas de los medios alternativos de resolución de disputas? ¿Es razonable crear un sistema de «autorregulación» empresarial cuando lo que se ventila en el mismo son intereses no exclusivamente empresariales (sino también de los consumidores y usuarios)?

2) Trate de construir sendas argumentaciones para justificar, en un caso, que existía «imitación publicitaria», y en el otro, que la publicidad no tenía «carácter denigratorio» ni era tampoco «engañosa».

3) ¿Hay realmente alguna diferencia significativa entre la manera de argumentar de un tribunal y la de un órgano extrajudicial como el Jurado de la Publicidad? ¿Debería haberla?

4,A) ARGUMENTACIÓN LEGISLATIVA Y LEY DE EXTRANJERÍA

El autor sostuvo, en un trabajo de 1989 (Atienza 1989), que el proceso de producción de las leyes puede verse como una serie de interacciones que tienen lugar entre los edictores, los destinatarios, el sistema jurídico, los fines y los valores; como cada uno de esos mismos elementos puede interpretarse de manera distinta, es posible hablar de diversos niveles de racionalidad de las leyes, a los que se ha hecho referencia en IX, 4. Todo ello se puede sintetizar en el cuadro de la siguiente página.

Años después, analizando la ley española de extranjería (Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) (Atienza 1992), mostró cómo los argumentos utilizados a lo largo de la discusión de la ley (esencialmente en la fase parlamentaria) podían clasificarse con facilidad en alguna de esas cinco categorías. Veamos algunos ejemplos referidos a los cuatro primeros niveles de racionalidad: lingüística, jurídico-formal, pragmática y teleológica:

> No pocas de las enmiendas presentadas por los grupos de la oposición al proyecto de ley de extranjería se basaban fundamentalmente en argumentos de tipo lingüístico. Así, en el pleno del Congreso de los Diputados en que se discutió el dictamen de la Comisión, el representante del Grupo Popular defendió, entre muchas otras, una enmienda al artículo 18 (situado dentro del título tercero), que es el que se refiere a las circunstancias que se apreciarán para la concesión y renovación del permiso de trabajo; concretamente, el apartado 1, letra *c*), establece que se ha de atender al «régimen de reciprocidad en el país de origen del extranjero». El diputado en cuestión entendía que esa expresión («país de origen») debía ser aclarada «porque este país de origen puede ser equívoco», y que debía ser sustituida por «trato de reciprocidad en el país cuya nacionalidad ostente el extranjero», ya que «el dato importante a la hora de la reciprocidad no es la nacionalidad de origen, sino la nacionalidad que actualmente se ostente». Se trataba, por tanto, de evitar la utilización de un término, «país de origen», que podía resultar *ambiguo* cuando el extranjero hubiese tenido más de una nacionalidad y, por tanto, su «na-

	Editores	*Destinatarios*	*Sistema jurídico*	*Fines*	*Valores*
R_1	Emisor	Receptores del mensaje (legal)	Conjunto de enunciados (mensajes) y de canales para transmitirlos	Claridad, precisión	Comunicación
R_2	Órgano al que se le atribuye capacidad de producir Derecho legislado	Individuos y órganos a los que se dirigen las leyes	Conjunto de normas (en sentido amplio) válidamente establecidas	Sistematicidad, plenitud y coherencia	Seguridad, previsibilidad
R_3	Órgano al que se le presta obediencia (soberano)	Burocracia e individuos que prestan obediencia (súbditos)	Conjunto de normas eficaces (o bien de comportamientos)	Cumplimiento del Derecho (traducción de las normas en acciones)	Mantenimiento del orden, eficacia
R_4	Portadores de intereses sociales (particulares, grupos de presión, etc.)	Afectados por la regulación del interés o necesidad social	Conjuntos de medios para conseguir fines sociales	Cumplimiento de objetivos sociales: redistribución de la riqueza, aumento o disminución de la protección social, reducción del desempleo, mantenimiento de ventajas políticas, económicas, etc.	Eficiencia social
R_5	Autoridad legítima	Obligados moralmente a obedecer las leyes	Conjunto de normas, acciones e instituciones evaluables éticamente	Libertad, igualdad, justicia	Naturaleza, dignidad humana, consenso, etc.

cionalidad de origen» no coincidiese con su «nacionalidad actual». Esa enmienda no fue ni siquiera tomada en consideración, en el turno de réplica, por el representante del Grupo Socialista; fue de nuevo planteada en el Senado, pero tampoco allí corrió mejor suerte, a pesar de que cualquiera podría decir que significaba una mejora en la redacción del texto de la ley. [...]

En la enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Popular, el argumento decisivo fue precisamente el de la seguridad jurídica. En su intervención ante el pleno del Congreso, el representante de ese grupo se mostró de acuerdo con los objetivos que perseguía el proyecto de ley y, en particular, con el de procurar un máximo de seguridad jurídica a que hacía referencia la exposición de motivos —luego rebautizada como «preámbulo»— de la ley. Sin embargo, en su opinión —y es una opinión mantenida después por el grupo en la discusión en comisión y en el pleno—, de aprobarse así la ley, se generarían innumerables lagunas, dado que el texto de la misma hacía constantes remisiones —y en aspectos fundamentales— a su desarrollo reglamentario. [...]

El artículo 7 del proyecto —y luego de la ley— reconocía a los extranjeros que se hallaran legalmente en territorio español el *derecho de reunión y de manifestación*, pero, en su inciso segundo, lo limitaba en el sentido de que establecía la obligación de «solicitar del órgano competente su autorización, el cual podrá prohibirlas si resultaran lesivas para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los españoles». En su intervención, el diputado al que me he referido [Fernando Pérez Royo] argumentó que el requisito de la autorización previa contravenía el artículo 21.1 de la Constitución «que reconoce a todos, es decir, a todas las personas, españolas y extranjeras, el derecho de reunión pacífica y sin armas, eximiendo de autorización previa el ejercicio de este derecho, y estableciendo, sólo para el caso de reuniones en lugares de tránsito público y manifestación, la obligación de dar comunicación previa a la autoridad». A ello añadía que el artículo 3.1 de la Ley Orgánica (9/1983, de 15 de julio) reguladora del derecho de reunión «exonera de la necesidad de autorización a todo tipo de reunión, sin hacer referencia alguna a aquellas que sean promovidas o en las que participen extranjeros»; y señalaba también que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional «advierte que la modulación del ejercicio de un derecho por razones de nacionalidad no puede vaciar de contenido y sentido la titularidad del mismo». Por otro lado, en relación con las causas de posible prohibición, proponía suprimir «la referencia a los derechos y libertades de los españoles por razones de obviedad, ya que el ejercicio de todo derecho está limitado por el respeto a los derechos de los demás, sean éstos españoles o extranjeros». [...]

Por otro lado, la disposición transitoria segunda de la ley establecía la posibilidad de que los extranjeros que se encontraran en España insuficientemente documentados en la fecha de entrada en vigor de la misma pudiesen regularizar su situación «siempre que los extranjeros o los empleadores, en su caso, así lo soliciten, presentando la documentación necesaria, dentro del plazo de tres meses, a contar desde la indicada fecha». Ese plazo de tres meses —en el proyecto era inicialmente de dos—, iba a suponer, en opinión de los representantes de diversos grupos parlamentarios, que la norma resultara poco eficaz, pues no iba a ser posible que muchos extranjeros pudiesen regularizar su situación con esa premura de tiempo. El Grupo Popular, por ejemplo, propuso que el plazo, de tres meses, se contara a partir de la entrada en vigor del reglamento de ejecución. [...] Otros grupos parlamentarios propusieron ampliar el plazo a un año (el Grupo Mixto, tanto en el Congreso como en el Senado) o a seis meses (el grupo parlamentario Cataluña al Senado). En este último caso, se argumentaba así: «No puede desconocerse la realidad social que constituye el entorno de un gran número de extranjeros

en situación irregular y que no contribuye a que éstos se hallen informados con exactitud de sus derechos y posibilidades. Sólo una importante movilización de los medios de información a los que tienen acceso aquellos a los que va destinada la norma permitirá que ésta cumpla su función. Ahora bien, es insuficiente el plazo para la información y más escaso aún para la obtención de la documentación que permitiría regularizar las situaciones, de tal forma que de mantenerse la redacción primitiva, tan sólo podrían regularizar su situación aquellos que no la tienen regularizada porque no quieren». Y lo que ocurrió después fue que, en efecto, por estas —y quizás por otras— razones, la ley no resultó en este punto muy eficaz. [...]

[S]e puede estar de acuerdo en cuáles son las finalidades de la ley —como, al menos aparentemente, ocurrió en la discusión a propósito de la ley de extranjería— pero, sin embargo, discrepar en cuanto a cómo deben jerarquizarse esos fines. Un ejemplo de ello es la discusión a propósito de si los recursos contra resoluciones administrativas deben tener o no carácter suspensivo (el inciso segundo del artículo 34 de la ley, declarado inconstitucional luego por el Tribunal Constitucional). Las enmiendas del Grupo Popular y de los diputados del Grupo Mixto —Pérez Royo y Bandrés— daban prioridad —cabría decir— a la finalidad de tutelar los derechos y libertades de los extranjeros, mientras que el Grupo Socialista atendió sobre todo al objetivo de terminar con las situaciones de ilegalidad y facilitar, en consecuencia, la expulsión de los extranjeros. «Los tres enmendantes —sostuvo el representante de este último grupo en el debate en el pleno del Congreso— [...] desean que se suprima o, en todo caso, se matice la posibilidad de que el recurso no sea suspensivo [...] Es éste un punto realmente delicado, pero mi grupo está en la idea de que hay suficientes garantías [...] y que, habiéndose ofrecido todas esas garantías con carácter previo, una vez llega la resolución de expulsión, no debe darse ocasión a lo que podría constituir un fraude habitual de ley, alargando indefinidamente los plazos de presencia del extranjero no deseado por la autoridad en nuestro país [...] Para evitar lo que podríamos llamar fraude o abuso constante de recursos, nosotros estamos por no aceptar estas enmiendas». «El Grupo Popular —añadía— matiza y dice que debía ser sólo en casos de perjuicios de difícil o imposible reparación. Creemos que es un afán de detalle elogiable, pero debo decir a los ponentes del Grupo Popular que consideren cómo en esta materia todo extranjero expulsado sería siempre un sujeto que podría alegar fácilmente difícil o imposible reparación. Es una materia realmente grave en la que una persona es desplazada contra su voluntad fuera de las fronteras del Estado y siempre habría una alegación, por lo cual el detalle sería prácticamente inútil (Atienza 1992: 203-204, 210-212, 220-221, 225-226).

1) ¿Qué ventaja supone para el análisis, la evaluación y la realización de argumentaciones legislativas poder clasificar los argumentos de la manera indicada en el texto?

4,B) LA DELIBERACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL

José Luis Díez Ripollés ha llevado a cabo, durante los últimos años, un giro en la dogmática jurídico-penal española consistente en trasladar el centro de atención de la misma de la aplicación a la producción de las normas penales. En ese contexto, ha desarrollado un modelo completo de racionalidad de las leyes penales, que toma en consideración no solamente el contenido de las mismas, sino también el proceso de elaboración

de las leyes, la dinámica legislativa (Díez Ripollés 2003). A este respecto, distingue tres fases: prelegislativa, legislativa y postlegislativa, y en cada una de ellas diferencia, a su vez, varias etapas. Su estudio está referido, de manera particular, al Derecho penal español, pero, con algunas adaptaciones, podría extenderse a otras materias jurídicas y a otros sistemas.

En su opinión, en la fase prelegislativa podrían distinguirse las siguientes etapas: 1) el éxito de algún agente social en hacer creíble la existencia de una disfunción social necesitada de algún tipo de intervención penal; 2) la conversión de esa disfunción en un malestar social, en lo que juega un papel importante la preocupación y el miedo al delito; 3) la conformación de una opinión pública al respecto, en donde juegan un papel fundamental los medios de comunicación social; 4) la transformación de un estado de opinión en un programa de acción, con la intervención de grupos de expertos, pero también de grupos de presión mediáticos o de grupos de víctimas o de afectados; 5) la conversión de ese programa de acción en un proyecto o proposición[4] de ley, lo que supone la intervención de las burocracias gubernamentales o partidistas.

En cuanto a la fase legislativa, las etapas serían: 1) la presentación del proyecto o de la proposición ante el Parlamento y su aceptación para ser discutida; 2) la presentación de enmiendas, la remisión a la comisión correspondiente, el debate en el pleno de las enmiendas a la totalidad, la designación e informe de la ponencia, el dictamen de la comisión y el debate y votación en sesión plenaria; 3) la aprobación de la ley.

Finalmente, en la fase postlegislativa tendríamos: 1) la activación de un interés en conocer las consecuencias de la ley; 2) la evaluación de la ley (para lo que se necesitan medios personales, materiales y metodológicos); 3) la transmisión de los resultados obtenidos.

Los fragmentos que siguen se refieren: *a*) al papel de la opinión pública y de los medios de comunicación; *b*) a la pérdida de influencia de los expertos en beneficio de *la plebe*; *c*) al papel de las burocracias (en la última etapa de la fase prelegislativa); *d*) a la relevancia (en la fase legislativa) de la ponencia y la escasa trascendencia del pleno:

> Todo ese proceso [el proceso comunicativo que se lleva a cabo en los medios de comunicación social] da lugar a la conformación de la opinión pública sobre el tema en cuestión. Por opinión pública ha de entenderse, en el plano operacional en el que nos movemos, la opinión de un colectivo cualificado de personas, más concretamente, de aquellas que determinan los contenidos de los medios creadores de opinión. Me refiero, entre otros, a los redactores, guionistas o editorialistas, a los articulistas y comentaristas habituales y, en general, a todos aquellos que tienen capacidad significativa para seleccionar las materias a tratar, y para decidir el modo de aproximación y énfasis en ellas; y no se puede olvidar, desde luego,

4. En el Derecho español, se habla de «proyecto» cuando la iniciativa ha corrido a cargo del Gobierno; en otro caso son «proposiciones».

a los diferentes sectores privados, corporativos, políticos... que en el entorno de esos medios, se las arreglan para condicionar o influir en sus contenidos.

No es, por tanto, la opinión mayoritaria de la sociedad, sea cual sea su modo de verificación, ni el total espectro de opiniones existente en la sociedad sobre el tema de que se trate, si es que tal espectro se puede presentar de un modo coherente, ni siquiera es la opinión del conjunto de personas que controlan los contenidos de los medios de comunicación, pues hay que restringir la referencia a los medios más relevantes. Por otra parte, tampoco hay que exigir que la opinión pública así definida sea uniforme o unánime, pero sí debe mostrar mayorías inequívocas o tendencias significativas.

La opinión pública es, en definitiva, la opinión de unos *expertos*. Pero no de cualesquiera, sino de aquellos que pueden hipostasiar su opinión sobre la de la sociedad, dada su capacidad, reiteradamente acreditada, para conseguir que una amplia mayoría de ella comparta, aunque sea superficialmente, sus puntos de vista. [...]

En el primer sentido [de desconsideración de la pericia: la respetabilidad de un programa de acción no va ligada a un grupo de expertos] hay que señalar la frecuencia cada vez mayor con que una opinión pública favorable es capaz de desencadenar por sí sola respuestas legislativas penales. De este modo, los *grupos de presión mediáticos* anticipan y sustituyen la intervención de los grupos expertos *stricto sensu*. Es cierto, como ya hemos visto, que la opinión pública es fruto de una tarea experta, y que ella es realizada por lo que se podría considerar un grupo de presión, el mediático, pero su nivel de análisis se ha estimado durante mucho tiempo que no alcanzaba la profundidad necesaria para satisfacer los requisitos de respetabilidad social inherentes a todo programa de acción. La modificación de este punto de vista supone uno de los mayores éxitos en el progresivo incremento de la función social de los medios de comunicación, que pasan a considerarse expertos a todos los efectos y con una polivalencia desconocida en los grupos de presión expertos propiamente dichos.

[...] Se otorga la hegemonía en casi toda la fase prelegislativa a un único agente social, el grupo de presión mediático, dada la capacidad que ya tiene de influir, en la primera etapa, en la puesta de relieve del desajuste social, y la frecuencia con la que juega un papel importante en la siguiente etapa, de aparición de un malestar social. [...]

En el segundo sentido [de desconsideración de la pericia: se renuncia a la respetabilidad social del programa de acción], cabe apuntar la aparición en algunos países de la *plebe* como agente suficiente para activar la fase legislativa penal. [...] [S]e trata de los grupos de víctimas o afectados, acrecidos en su composición y consolidados en sus posibilidades de éxito por la solidaridad que generan en círculos sociales cercanos y mayores numéricamente. Los grupos de víctimas realizan una anticipación y sustitución de las dos siguientes fases del proceso prelegislativo: ya no sólo se prescinde de los grupos de presión expertos, sino que la propia opinión pública, entendida como mediadora experta de las preocupaciones sociales, queda en buena parte desconectada de tales iniciativas. [...]

El caso californiano de la ley denominada «a la tercera va la vencida» (*three strikes and you're out*) es un ejemplo paradigmático: la ley fue *redactada* por un fotógrafo, padre de una víctima de un asesinato, y miembro de un grupo de víctimas. Sustancialmente viene a decir que, tras la comisión de un tercer delito (*felony*) cualquiera, una persona ha de ser obligatoriamente condenada a una pena efectiva de 25 años a reclusión perpetua (entendido esto último en sentido estricto). [...] La iniciativa estuvo fuera de la agenda política hasta que ocurrió el asesinato de una joven de 12 años, tras ser raptada de su propia casa y violada, asunto que tuvo una enorme cobertura mediática [...]. Se avecinaba la elección

de gobernador, a la que optaba el ejerciente, un republicano en una situación delicada, con una asamblea legislativa dominada por los demócratas. La asamblea respondió a la llamada del gobernador elaborando cinco alternativas para hacer frente a los reincidentes, siendo la última y más extrema de ellas *literalmente* la propuesta de Reynolds, el fotógrafo, pero no eligió ninguna, comprometiéndose a aprobar la que el gobernador escogiera: el cálculo político era que el gobernador se vería obligado a elegir una alternativa razonable [...]. Pero el gobernador pidió que se aprobara la propuesta de Reynolds. [...]

Esta etapa prelegislativa burocrática [la elaboración de un proyecto o proposición de ley] se ha convertido en la práctica en el momento determinante de las decisiones legislativas, en detrimento de la fase legislativa, la única formalmente competente para tomar la decisión. Ello es consecuencia, por un lado, de la primacía que han adquirido los partidos políticos en el funcionamiento de nuestras democracias: aunque los parlamentarios se rigen por un modelo de mandato representativo en virtud del cual no están sometidos a mandato imperativo alguno, de hecho funcionan bajo un régimen de pseudomandato imperativo de los partidos políticos, que neutraliza de diversos modos la imposibilidad legal de los partidos de revocar los nombramientos de los parlamentarios. [...] Por otro lado, las burocracias son, precisamente, el brazo ejecutor de las decisiones políticas tomadas por los partidos, y eso reza también para la burocracia gubernamental. [...]

Este trámite [el de la ponencia, en la segunda etapa de la fase legislativa] constituye, desde luego, un buen momento para reforzar la autonomía parlamentaria, dado que es en él donde se deciden la mayor parte de las modificaciones de la iniciativa legislativa que van a incorporarse al dictamen de la comisión, y que su funcionamiento informal y discreto permite todo tipo de negociaciones y transacciones sin temor a controles rígidos de otras instancias. Pero pierde elementos de pericia y de apertura a agentes sociales externos, ya que la elección de los ponentes se realiza por los grupos parlamentarios primariamente en función de su capacidad para expresar las directrices políticas respectivas, y las posibles consultas a agentes externos suelen estar fuertemente condicionadas por afinidades personales o políticas. [...]

El *debate en el pleno* de la cámara es un trámite de muy diversa relevancia según los casos, pudiendo ser una mera formalidad, con rechazo de todas las enmiendas persistentes y mantenimiento del dictamen de la comisión, o bien suponer un momento clave para la obtención de compromisos al más alto nivel. Parece existir una relación inversa entre cuantía de la mayoría parlamentaria y trascendencia de las deliberaciones plenarias (Díez Ripollés 2003: 28-29, 34, 36-38, 43-44, 54-56).

1) A la vista de lo anterior, ¿tiene algún sentido afirmar que la argumentación legislativa (y para el establecimiento de leyes penales: las que se supone inciden de manera más directa en los derechos fundamentales de los individuos) obedece al modelo del discurso racional? ¿Cuál sería una descripción realista de la deliberación parlamentaria? ¿Cabría afirmar que aquí no se trata en realidad de argumentación *jurídica* cuando (al menos, en la fase legislativa) el proceso deliberativo está claramente regulado por normas jurídicas?

2) Díez Ripollés pone también de manifiesto un fenómeno que no estaría ocurriendo únicamente en España: la pérdida de influencia de la doctrina jurídica (de la dogmática jurídica) en el proceso de elaboración

de las leyes (él se refiere a la fase de transformación de un estado de opinión en un programa de acción) en beneficio de la judicatura, lo que valora negativamente: «supone una predominancia significativa de un grupo de presión sustancialmente corporativo frente a otro científico» (p. 33). ¿Está de acuerdo con que se está produciendo ese fenómeno y con esa valoración del mismo? Si fuera así, ¿a qué se debe esa pérdida de influencia de la dogmática? ¿Quizás a una forma equivocada de entender el quehacer dogmático?

4,C) UN DEBATE SOBRE LOS EFECTOS SOCIALES DE LAS NORMAS. A PROPÓSITO DE LA LEY DE «MATRIMONIO HOMOSEXUAL»

En *Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario*, Daniel Oliver-Lalana presenta un modelo de argumentación legislativa próximo al descrito en IX,4; por lo que hace a la racionalidad teleológica o instrumental, distingue tres sub-niveles: adecuación medios-fines, impacto social y eficiencia (costes). Oliver-Lalana ilustra el modelo con la discusión parlamentaria a propósito de la llamada «ley del matrimonio homosexual», o sea, la ley española (de 2005) que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo (y que está pendiente de un recurso ante el Tribunal Constitucional)[5], básicamente agregando un párrafo al artículo 44 del Código Civil: «el matrimonio tendrá los mismo requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». El debate parlamentario se centró en dos extremos: en la interpretación del artículo 32 de la Constitución («el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica») con vistas a determinar si resultaba o no compatible con la nueva redacción del Código Civil; y en la racionalidad instrumental o efectividad de la medida. Veamos la sistematización que el autor efectúa de la discusión parlamentaria en relación con esta última cuestión (que, obviamente, está vinculada con la primera):

> La mayor parte de los argumentos esgrimidos aluden a la racionalidad instrumental y al impacto y efectos sociales de la ley, es decir, operan en el orden de la efectividad (esto no es raro, porque toda ley es un medio para un fin, y J4 [el nivel de justificación instrumental] tiene una fuerza «atrayente»). Se trata de una discusión muy compleja en términos de estructura y contenido [...]. Se comienza con la descripción (y valoración) de la *situación social actual* [I]. Abundan aquí las alusiones a la evolución de la sociedad en los últimos tiempos, en relación con unos modelos de familia y de pareja cada vez más plurales, así como a una más favorable percepción social y una creciente visibilidad de los homosexuales. A grandes rasgos, todos vienen a coincidir en la descripción de la realidad social y también la valoran (desde razones morales/constitucionales) como discriminatoria, al menos en el sentido de ser necesaria alguna acción legislativa. A los partidarios del proyecto les interesa resaltar además que hay una fuerte demanda social de un cambio jurídico, así como el hecho de que una persona soltera, sin importar su orientación sexual,

5. El recurso se resolvió en noviembre de 2012 en el sentido de declarar la constitucionalidad de la ley.

tenía ya posibilidad de adoptar. En vista de esa situación se abordan los *fines* [II]. El objetivo que explícitamente declaraba el proyecto era eliminar la discriminación que sufren los homosexuales en cuanto a desarrollo afectivo y familiar. Todos de acuerdo. La justificación de los fines obedece a razones morales/constitucionales que todos comparten, pero, en J4, lo que se discute es el *medio elegido* [III] para alcanzarlos: ampliar el derecho a contraer matrimonio recogido en el artículo 32 a personas del mismo sexo. Contra ello se elevan dos objeciones básicas: de un lado, que la ley no acabará con la discriminación (no es idónea); de otro, que resulta demasiado polémica y provocará efectos sociales negativos que pueden evitarse con medios alternativos (no es necesaria). El grueso de la confrontación atañe a este aspecto. El impacto y los efectos de la ley se discuten respecto de la sociedad en su conjunto, respecto del matrimonio heterosexual y respecto de los niños adoptados; y, como en la interpretación de la realidad social actual, los parlamentarios intercalan aquí dos modos de argumentación, el empírico (se producirá o no un efecto) y el normativo (se valora un efecto como positivo o negativo). En el plano más general, la crispación política generada y la quiebra de la estructura social a que lleva el proyecto —al socavar pilares institucionales, como la familia y el matrimonio— son las bazas argumentativas de sus detractores; frente a quienes predicen la desintegración y la fractura de la sociedad, se arguye que ésta será más justa y menos discriminatoria; y, ante el argumento de la reacción social adversa (detectable mientras se debatía), el Gobierno alega que cuenta con el respaldo electoral de los ciudadanos. Esa discusión se junta con la de los efectos sobre la propia institución matrimonial: para unos, la ley implica desvirtuarla y hacerla irreconocible (enlaza con la interpretación jurídica del artículo 32 que restringe la institución a las parejas heterosexuales), y para otros no afecta al matrimonio convencional. La polémica más enconada se plantea en relación con la adopción y los efectos sobre los niños, en especial, el impacto psicológico y la repercusión sobre sus vínculos afectivos y relaciones sociales. Los detractores del proyecto sugieren serios perjuicios para el desarrollo de la personalidad, pero no aportan argumentos empíricos específicos. Se centran en la configuración jurídica de la adopción y en equiparar la filiación adoptiva y biológica, y sólo destacan efectos negativos conexos (imposibilidad de adopción internacional) o hipotéticos (daño irreparable que sufrirían los niños si la ley se declara inconstitucional). El otro bando replica que la homosexualidad del adoptante es irrelevante para el adecuado desarrollo infantil, y que hasta podría traer consecuencias positivas, como actitudes de mayor tolerancia; la ley aseguraría además el reconocimiento de los hijos que ya viven en familias homoparentales. En la discusión de efectos empíricos dominan dos recursos argumentativos. Sólo a favor de la ley vemos, de una parte, argumentos comparativos referidos tanto a su impacto en otros países como al [impacto] de medidas igualmente polémicas en legislaturas pasadas. De otra, en la adopción se invocan evaluaciones de expertos (sociólogos y psicólogos), bien provengan de comparecencias en el Parlamento (algunas muy sonadas), o de informes de diversos organismos. Parlamentarios de ambos signos se acusan mutuamente de tergiversar o descontextualizar las evaluaciones, pero admiten que no es fácil hacer previsiones, que no hay datos suficientes para pronunciarse o que el discurso científico también está marcado por conflictos axiológicos. Según la oposición, los escasos precedentes internacionales, las posibles repercusiones negativas y la ausencia de evidencias empíricas concluyentes aconsejan, en un ejercicio de prudencia legislativa, una ley distinta. Y por esa vía se trae a examen, junto a la racionalidad instrumental del medio elegido, la de las *medidas alternativas* [IV]. Fueron dos las propuestas consideradas: la denominación de «unión civil estable» (en vez de «matrimonio») y el recurso a figuras como el acogimiento o la tutela (frente a la adopción). Para la oposición, ambas tenían

un mayor respaldo social, eran menos controvertidas y más efectivas. El argumento central para rechazarlas es la idoneidad: según los partidarios de la ley, no harían sino mantener o profundizar la discriminación. En la argumentación sobre efectividad hallamos también referencias a la eficiencia. El coste de la ley resultó ser un punto particularmente polémico. En la práctica legislativa española, los proyectos de ley han de acompañarse «de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos» (art. 88 CE). En esta ocasión no se presentó informe económico, y la falta de estimación de costes fue subrayada como una carencia principal. Sin embargo, frente al argumento del coste, se invoca el carácter esencialmente moral de la ley y el principio constitucional de igualdad. Al menos si se trata de erradicar «esta» discriminación, el coste económico no importa (Oliver-Lalana 2008: 552-559).

1) La argumentación tiene, obviamente, la forma de un debate entre dos contendientes (aunque sea en abstracto: los defensores y los detractores de la ley) que, a propósito de una serie de cuestiones consideradas relevantes para el resultado final (los fines más o menos compartidos) optan por respuestas distintas y dan razones a favor de cada una de esas respuestas. ¿Podría, entonces, representarse la argumentación en un esquema que contuviera esos elementos: los contendientes, los fines, las cuestiones, las respuestas a las cuestiones y las razones? ¿De qué manera?

2) ¿Le parece justificada la institución del matrimonio homosexual? El texto anterior se refiere —como se ha visto— al debate parlamentario que dio lugar a la aprobación de esa ley en España, pero en los últimos años hay una discusión abierta en muchos países (en una fase que cabe llamar «pre-legislativa» y en la que predominan los razonamientos de carácter moral y político) sobre ese tipo de matrimonio. Como ejemplo puede servir la columna de opinión de Carlos Peña publicada en un diario chileno en mayo de 2011 y titulada «Matrimonio de homosexuales»:

¿Deben tener derecho los homosexuales a contraer matrimonio entre sí o, en cambio, ha de permitírseles apenas alguna forma de regulación patrimonial de sus relaciones o incluso ninguna?

El ministro de Cultura Luciano Cruz-Coke dijo que, en su opinión, debían tener derecho. La sexualidad, dijo, es un asunto civil y no de fe. Y al preguntársele si eso sería un «verdadero matrimonio», sugirió que al menos sería algo equivalente y que, en cualquier caso, no había que sacralizar las palabras.

El ministro Cruz-Coke —desató la molestia de Carlos Larraín quien, sin dar mayores detalles, murmuró que esos dichos le parecían «un poco extraños»— tiene toda la razón.

Y es que, como comprende el ministro, el único argumento para impedir a un par de homosexuales contraer matrimonio no parece estar al alcance de las sociedades democráticas; aunque sí de aquellas sociedades en que la política y las convicciones religiosas se encuentran tan confundidas que es difícil discernir cuál es una y cuál es otra.

Usted puede, en efecto, creer que el matrimonio es un sacramento, es decir, un acto en el que el mismo Dios comparece y del que el sacerdote es un testigo. Las reglas de ese sacramento —justo porque es un sacramento— no dependen de la voluntad humana, sino de la voluntad divina que, podría usted concluir, quiso que las creaturas humanas fueran hombre y mujer: Dios los hizo hombre y mujer y les dijo sean fecundos y habiten la Tierra (Génesis 2, 21-25). Así las cosas no hay duda:

el matrimonio es un acto heterosexual y se transgrede gravemente su naturaleza si son dos hombres, o dos mujeres, quienes pretenden contraerlo.

Suena como un buen argumento.

Pero ¿está ese argumento a disposición de una sociedad democrática?

Parece que no. En una sociedad democrática las instituciones estatales (el Ejecutivo y el Congreso Nacional) no se deben guiar por ningún tipo de convicción religiosa, porque si lo hicieran, atropellarían irremediablemente las creencias, o la falta de ellas, de alguna porción importante de ciudadanos a los que, de esa forma, se les dejaría de tratar con igual respeto y consideración que a todos los demás.

Así entonces, huérfanos de argumentos religiosos, ¿qué otra razón podría esgrimirse para impedir que dos sujetos adultos del mismo sexo se prometan amor eterno, fidelidad a toda prueba, junten sus bienes y juren auxiliarse y acompañarse hasta la muerte delante de un funcionario público?

Una vez que los argumentos religiosos se dejan de lado —debido a que ninguna autoridad pública puede esgrimirlos sin lesionar la igualdad de trato a creyentes y no creyentes— no parece haber razones para oponerse a ese tipo de matrimonio.

El argumento según el cual la unión de dos personas del mismo sexo no sería «verdadero matrimonio» es, obviamente, pueril ¿Qué es esto de que las palabras —como matrimonio o cualquier otra— tienen significados verdaderos? No se requiere haber leído a Wittgenstein para darse cuenta de que las palabras significan al interior de ciertas prácticas sociales que, cuando varían, hacen variar también su significado. La expresión «ser humano» incluyó durante algún tiempo sólo a hombres blancos y europeos, y es probable que ya entonces hubiera alguien que dijera —de hecho lo hubo y uno de ellos fue el teólogo Ginés de Sepúlveda— que esos seres morenos, semidesnudos, que hablaban una lengua ininteligible y que habitaban las Indias no eran «verdaderos» seres humanos. Si el mundo hubiese creído a Ginés de Sepúlveda, los descendientes de esos seres a quienes el teólogo no consideraba verdaderos seres humanos (entre los cuales se cuentan, por supuesto, algunos conspicuos conservadores) no serían hoy día ciudadanos.

Así entonces no hay un «verdadero» matrimonio por la simple y sencilla razón de que se trata de un contrato civil, una convención, a la que las sociedades van regulando al compás de las costumbres y de las convicciones morales que están en cada caso vigentes. Y lo que cabe discutir no es cuál es el «verdadero» matrimonio, sino si acaso puede negarse a las personas contraerlo atendiendo a su orientación sexual, sin violar el igual respeto que, en una sociedad democrática, merecen todas las formas de vida, sexuales, religiosas, alimenticias o deportivas, a condición de que sean libremente consentidas.

Por supuesto, nada de lo anterior impide que quienes piensan que el «verdadero» matrimonio es entre un hombre y una mujer, lo enseñen así a sus hijos y orienten en base a esa convicción sus decisiones personales. Y es que una sociedad democrática respeta todas las creencias: incluso las lingüísticas (Peña 2011).

¿Está de acuerdo en que por razones de *igualdad* no se puede impedir el acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo? ¿Por qué no tiene sentido hablar de «verdaderos matrimonios»? ¿O sí lo tiene? ¿Qué tipo de argumento se contiene en el párrafo que empieza así «Si el mundo hubiese creído a Ginés de Sepúlveda...»? ¿Es una reducción al absurdo? ¿No suena más bien como un tipo de argumentación *ad hominem* (contra los «conspicuos conservadores» que se oponen a la ley), en cuyo caso sería más bien una falacia? ¿Podría tratarse de un argumento *ad hominem* que

utiliza la forma de la reducción al absurdo? En todo caso, ¿es un buen argumento? ¿Por qué?

5,A) LA ARGUMENTACIÓN DOGMÁTICA COMO ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA DE CARÁCTER TÉCNICO

En el curso de una polémica con Roberto Vernengo, el autor defiende la tesis de que la dogmática jurídica no es, en sentido estricto, una *ciencia*, sino una *técnica* social. Se basa para ello en la caracterización que de la técnica (o de la *tecnología*: la técnica basada en conocimiento científico) hace Mario Bunge. Este filósofo considera que aunque las ciencias y las tecnologías comparten muchos elementos, sin embargo, se pueden trazar ciertas diferencias entre unas y otras. Trasladado ese análisis al campo de la dogmática jurídica, el autor del texto llega a la conclusión de que el saber tradicional de los juristas constituye una técnica (más bien que una tecnología: hay poco uso de conocimiento científico; su base está constituida más bien por una combinación de experiencia y sentido común) en la que se pueden destacar rasgos paralelos a los que Bunge señala para las tecnologías: el conocimiento de la dogmática es, en razón de su objeto, un conocimiento relativamente cerrado, al igual que son cerradas las comunidades de los dogmáticos; la filosofía inherente a la dogmática es una concepción pragmática del saber; los problemas característicos de la dogmática son de tipo práctico, al igual que son prácticos sus objetivos o funciones; la forma de proceder de la dogmática se asemeja más que al método científico al tecnológico, en el que funcionaría la secuencia: problema práctico-diseño-prototipo-prueba-corrección del diseño o reformulación del problema; en la actividad de la dogmática jurídica, los juicios de valor —morales y políticos— desempeñan un papel relevante.

Como ilustración de esa manera de concebir la dogmática (sobre todo, por lo que hace a la caracterización de los problemas dogmáticos y del modo de proceder), el autor acude a un trabajo del conocido administrativista español Eduardo García de Enterría:

> Pasando ahora a la cuestión de cuáles sean los problemas que puedan considerarse como característicos de la dogmática jurídica, me parece que la respuesta aquí no es tampoco dudosa. El dogmático del Derecho se plantea y pretende resolver esencialmente problemas de tipo práctico como el siguiente.
>
> La Constitución española atribuye al Tribunal Constitucional la facultad de resolver recursos de amparo que puede interponer cualquier ciudadano para recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en los artículos 14 a 30 de dicho texto. Ahora bien, algunos de estos derechos fundamentales son de una enunciación tan general (piénsese, por ejemplo, en el derecho a la tutela efectiva del artículo 24 o en el principio de igualdad ante la ley del artículo 14) que existe el riesgo de ampliar en forma desmedida dicha competencia, convirtiendo al recurso de amparo en una especie de supercasación; con ello se desnaturalizaría tal institución y se impediría, de hecho, el buen funcionamiento del Tribunal, ante la práctica imposibilidad de hacer frente a esa enorme competencia. El problema es,

pues, éste: ¿cómo «delimitar el ámbito del recurso constitucional de amparo respecto de las vías ordinarias de protección judicial» (García de Enterría 1984: 138), de manera que se eviten las consecuencias negativas que se acaban de señalar y, al mismo tiempo, se respete tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional? [...]

Volveré ahora de nuevo al problema relativo a los límites del recurso de amparo en nuestro ordenamiento jurídico para ilustrar cuál es —según creo— el método característico de la dogmática. La forma de proceder de un dogmático solvente y cuyos trabajos gozan de prestigio indiscutido entre los otros cultivadores de la dogmática, cuando aborda el tema en cuestión, nos puede servir para reconstruir dicho método (cf. García de Enterría 1984).

Tal forma de proceder podría esquematizarse a partir de los siguientes pasos. 1) En primer lugar, se plantea el problema en los términos que ya nos son conocidos. 2) Luego, se reconstruye el modelo de solución que hasta la fecha parece haber guiado al Tribunal Constitucional y que consiste, básicamente, en distinguir entre cuestiones de Derecho constitucional (propias del Alto Tribunal) y cuestiones de Derecho ordinario o no constitucional (reservadas a los jueces y tribunales ordinarios). 3) Ahora bien, semejante distinción (y otras análogas utilizadas también por el tribunal o en que pudiera pensarse acudiendo al Derecho comparado, o bien a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal) resulta insatisfactoria, ya que tiene un alcance puramente formal y lleva, en consecuencia, a soluciones formalistas. 4) Para justificar lo anterior se acude al siguiente ejemplo. Hay cuestiones, como es el caso de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas, que son de pura legalidad ordinaria, pero que obstaculizan el ejercicio de los derechos fundamentales susceptibles de amparo (en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE). Si el Tribunal Constitucional operase —y eso es lo que parece haber hecho hasta la fecha— con el criterio indicado, entonces no se podría alcanzar de hecho una tutela efectiva del derecho fundamental por el que se reconoce el amparo. El Tribunal se limita, en efecto (cuando reconoce el amparo) a requerir a los tribunales contencioso-administrativos para que ejerciten sus facultades en orden a alcanzar la ejecución de sus sentencias, pero no entra en la cuestión (que sería ya de administración ordinaria de la justicia) de cuáles sean los obstáculos legales que hacen que las facultades de tales tribunales en esa materia carezcan de eficacia en la práctica (la Administración —y no los jueces— es, según la legislación preconstitucional no derogada expresamente, competente para la ejecución de las sentencias que la afectan). 5) Finalmente, inspirándose en las soluciones dadas, para casos análogos, por el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Supremo estadounidense, se diseña una posible solución que permitiría resolver el problema y que además estaría en conformidad con la Constitución (con los valores materiales de la Constitución) y con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Según ella, el Tribunal Constitucional debería «concentrarse en la resolución de las grandes cuestiones, que afectan a las directrices generales del ordenamiento y, en particular, a la efectividad de los valores constitucionales, en nuestro caso, de los derechos fundamentales» (García de Enterría 1984: 158). De esta manera se conseguiría, por un lado, que el Tribunal Constitucional interviniera también cuando «esa legalidad y esa actuación judicial ordinaria no reflejasen esos valores y mucho más si los hiciesen obstáculos» (*ibid.*) y, por otro lado, puesto que el Tribunal podría imponer criterios efectivos para la actuación posterior judicial (de los jueces ordinarios), aquél «no tendría por qué perder tiempo en insistir de nuevo en casos idénticos» (*ibid.*: 159), de manera que se lograría también evitar que un exceso de competencias paralizase —o al menos hiciera extremadamente lenta— la actividad del Tribunal (Atienza 1986: 303-306).

1) ¿Es realmente ése un tipo de trabajo característico de la dogmática jurídica, o bien habría que decir que está situado en un nivel de abstracción inferior al habitual (o al de los trabajos que podrían considerarse «paradigmáticos»)? ¿Hay, en definitiva, diversos «modelos» de trabajo dogmático? ¿Obedecen todos a un mismo esquema?

2) Tiene algún significado, desde el punto de vista argumentativo, caracterizar la dogmática como una técnica más que como una ciencia?

5,B) ARGUMENTACIÓN DOGMÁTICA Y OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN POR EL POSEEDOR DE MALA FE

El autor de los textos que siguen, Jesús Delgado, es un ejemplo infrecuente de jurista (civilista) consciente de los problemas metodológicos de la dogmática y buen conocedor además de la teoría del Derecho contemporánea.

A) En los primeros apartados de una obra dirigida a reflexionar sobre la civilistica española (Delgado Echeverría y Rams Albesa 2011)[6], Delgado muestra cuál ha sido el origen y la evolución de la disciplina, subrayando el cambio provocado por la Constitución del 78, que habría actuado, en su opinión, como un verdadero «parteaguas». Propone luego, como reto fundamental para la dogmática civil española, contribuir a la elaboración de un nuevo código civil «vertebrador del Derecho privado». Y termina señalando los cambios que se estarían produciendo en la «matriz disciplinaria» de la dogmática civil, para lo cual, tiene muy en cuenta una reciente discusión entre Aarnio y Laporta sobre la naturaleza de la dogmática, del saber jurídico tradicional. Siguiendo a estos dos autores (las diferencias entre ambos serían relativamente de matiz), Delgado entiende la dogmática como una «ciencia» cuyas características específicas serían éstas: su objetivo es satisfacer el interés de la sociedad por el conocimiento de las normas válidas que la rigen; su punto de partida es el estudio de ciertas normas dadas; parte de la hipótesis de que los valores juegan un papel en la deliberación jurídica; asume ciertos compromisos lingüístico-conceptuales para interpretar y sistematizar el material jurídico; al igual que, también, ciertos compromisos sobre las fuentes jurídicas; y adopta principios metódicos que señalan cuáles son los argumentos aceptables en la deliberación jurídica (pp. 93-94). A propósito de esto último, el autor subraya la importancia de la argumentación moral y política (y de los argumentos económicos y de eficacia) en el modelo de dogmática que él propone; esa importancia iría ligada a la irrupción del Estado constitucional, a los cambios introducidos por la Constitución del 78 o a la aparición de nuevas «especializaciones» en la dogmática civil, como la que significa la perspectiva de género:

6. El libro, *Retos de la dogmática civil española*, contiene un primer texto de Delgado (con el mismo título que el conjunto de la obra), un trabajo de Rams (comentario al anterior) y otra contribución de Delgado.

En el Estado constitucional de Derecho la labor de los juristas resulta realzada, puesto que colaboran en la formación del Derecho mediante su participación en el discurso práctico de manera mucho más visible que en épocas anteriores. Para realizar adecuadamente esta labor no podrán limitarse sus saberes y sus métodos a los estrictamente jurídicos en la tradición del positivismo normativista, vinculados a la interpretación de las leyes dadas. El Derecho ha perdido su autonomía frente a la moral y la política (no en el sentido de que no conserve ninguna autonomía, sino en el de que es permeable al razonamiento moral y político), por lo que ha dejado de ser acertado el *dictum* de Wincheid, según el cual «la reflexión moral, política o de economía política no es propia del jurista en cuanto tal». Los ordenamientos constitucionales requieren juristas competentes también en filosofía moral y política y en economía. Los civilistas, obviamente, también han de adquirir estas competencias, puesto que en su trabajo, especialmente en materias de Parte general y de Derecho de la persona, han de utilizar y utilizan argumentos morales y políticos, así como, especialmente en el Derecho patrimonial, argumentos económicos. [...]

Que los valores representan un papel en la deliberación jurídica de la dogmática civil española es un hecho indudable y de primera magnitud. La existencia de la Constitución de 1978 no sólo lo explica, sino que, al reconocerse su carácter de norma superior que garantiza los derechos fundamentales y que expresa los valores y principios compartidos por la comunidad jurídica, sirve de justificación y propiamente exige la introducción de argumentos morales en la deliberación jurídica. Puesto que todo reto puede verse como una amenaza (de hecho, éste parece el significado originario de retar), la introducción de argumentos morales (como, por otra parte, los de eficacia y eficiencia) en el discurso jurídico podría considerarse en efecto una amenaza que movería a la defensa de un positivismo de corte legalista o formalista. No es esperable tal reacción en la dogmática civil española. Ni, en mi opinión, deseable: la introducción de argumentos morales no es una elección libre de la ciencia, sino una exigencia que los cambios en el Derecho (tanto en las normas estatales y supraestatales como en la práctica social del Derecho) plantean a la dogmática jurídica.

Aarnio observa que «la dogmática jurídica continúa siendo dogmática incluso si se aceptan razonamientos no jurídicos en su grupo de argumentos». Afirmación que creo debe relacionarse con su descripción del objetivo de la dogmática: ésta habrá de incorporar los argumentos y métodos que sean adecuados para satisfacer la necesidad de la sociedad de conocer el contenido de las normas jurídicas por las que se rige. De este modo el Derecho deja de ser una ciencia autónoma (que reclama su aislamiento, tal como quiso el positivismo), no arbitrariamente o por convención de los dogmáticos, sino porque han cambiado los sistemas normativos jurídicos. [...]

En particular, la perspectiva de género supone o incluye de algún modo los siguientes elementos transformadores [de la matriz del Derecho civil y de las pautas de trabajo académico de sus cultivadores]:

1. Práctica del razonamiento moral, basado en principios y valores.
2. Crítica ideológica a las formas jurídicas, como encubridoras de situaciones discriminatorias.
3. Atención a la eficacia social o efectividad de las normas y, consiguientemente, a los datos empíricos (estadísticas, indicadores, análisis de impacto).
4. Necesidad de leer en inglés (leer o no en inglés es ya criterio de clasificación —no digo, necesariamente, de jerarquización— en la civilística española). Leer en inglés supone, para un civilista, ponerse en contacto con formas y tipos de trabajo académico muy distintos de los practicados entre nosotros.

5. Inserción en redes, comunidades y asociaciones, nacionales e internacionales, en las que la referencia al Derecho civil es poco relevante (Delgado Echeverría y Rams Albesa 2011: 49-50, 96-97 y 118-119).

B) Un problema clásico de la dogmática civil es el de la posesión. Delgado, en un trabajo escrito poco antes de la entrada en vigor de la Constitución (en 1975), se plantea exactamente la cuestión de los efectos de la posesión en lo relativo a sus frutos, y bien se trate del poseedor de buena fe (que adquiere los frutos) o de mala fe (que debe restituirlos). A propósito de la posesión de mala fe (que es una cuestión peor regulada en el Código que la otra; el artículo 455 establece que «el poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir»), la pregunta que Delgado considera crucial es la de cuál es el fundamento de ese deber de restitución, o sea, si la restitución se justifica porque quien reclama los frutos es el propietario (opinión dominante en la doctrina), o bien (ésa sería su tesis) porque se trata de un deber de pagar una deuda (en dinero) basado a su vez en la represión del beneficio obtenido por hecho ilícito y en el resarcimiento del daño consistente en la privación del goce de una cosa. A su juicio, esta segunda tesis es la que resulta más coherente en relación con los principios del Código y de la dogmática civil a propósito de los efectos de la posesión y de la función social de la propiedad. Y es también la que permite llegar a soluciones más justas, por ejemplo, en relación con los «gastos de producción» o con los «gastos de 'cambio de destino económico' de la cosa poseída». A propósito de esto último, escribe:

> Quien [el poseedor de mala fe que] transforma un campo de secano en huerto de regadío, o quien levanta un edificio que alquila por pisos en terreno que sabe ajeno, no puede pedir indemnización alguna por los gastos realizados en poner en regadío o en edificar. Pero tampoco ha de abonar en concepto de frutos percibidos el valor de los productos de la huerta o de los alquileres cobrados [como tendría que hacer si la restitución se basara en la idea de que quien reclama los frutos es el propietario de esos bienes], en cuanto exceda de lo que el vencedor en la posesión habría percibido según la anterior destinación de la cosa, y mientras no exceda [el beneficio obtenido] de lo que el poseedor de mala fe ha gastado en alterar la destinación. Pues sólo hasta el límite de lo que el propietario pudo percibir con arreglo a la anterior destinación del fundo ha sufrido perjuicio que deba indemnizársele, y sólo en lo que lo percibido en bruto exceda de los gastos hechos (y que no son abonados al poseedor) habrá enriquecimiento por parte del poseedor de mala fe. Y si no ha habido enriquecimiento del poseedor ni se trata de resarcir el daño causado por la privación del goce de la cosa, el desplazamiento patrimonial a favor del vencedor en la posesión carecería absolutamente de toda causa justificativa [supondría un enriquecimiento injusto por parte del propietario] (Delgado 1975: 632).

Pues bien, para justificar su tesis (sobre la naturaleza de la obligación de restitución), Delgado muestra que la tesis contraria (o sea, la de que el abono de los frutos se basa en la propiedad de quien los reclama) resulta insostenible, tanto en relación con los frutos naturales percibidos

como con los frutos civiles o los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir. He aquí su (compacta) argumentación en relación con los frutos naturales:

El de los frutos naturales (con cuya denominación entiendo aquí también los industriales) es el supuesto tomado como punto de partida en la teorización sobre el abono de frutos, ya que es también históricamente el primero. Los datos referidos al mismo —o, mejor, a ciertos subcasos del mismo— son los que, generalizados acríticamente, desembocan en la consideración tradicional de los frutos como propiedad de quien los reclama.

Colocándonos de momento en el punto de vista más desfavorable a la tesis aquí mantenida, tendríamos que, en efecto, el propietario de la cosa fructífera lo es también de los frutos naturales producidos por la misma, de modo que podría reivindicarlos o, en ciertos casos, pedir por acción personal su entrega *in natura*.

Ahora bien, la lógica de la acción reivindicatoria sobre los frutos naturales tendría como consecuencia el abono del precio de los vendidos, o del valor de los consumidos, en el momento de la enajenación o del consumo; y, en la lógica del crédito de cosa cierta debería aplicarse la disciplina de la pérdida de la cosa con o sin culpa del deudor. No parece que nadie haya entendido nunca tal cosa, sino que, por el contrario, es doctrina común que la restitución *in natura* ha de hacerse únicamente de los frutos existentes todavía en manos del poseedor de mala fe, mientras que por los perdidos y los consumidos (incluidos los enajenados) habrá de abonarse su valor en el momento de la reclamación, sin pretender la reconstrucción de las vicisitudes de los frutos (en cuanto cuerpos ciertos) que se perdieron, consumieron o enajenaron.

La reivindicación o la pretensión de entrega de los frutos como *res certae* quedaría así reducida a los frutos naturales existentes. Respecto de ellos, la posibilidad teórica de tales pretensiones puede admitirse; advirtiendo inmediatamente la dificultad de su actuación y su escaso sentido práctico, ya que comportarán la exigencia de identificar los frutos reclamados (lo que puede resultar muy difícil), sin que se vea cuál puede ser en general el interés de una tal pretensión, siendo los frutos cosas fungibles, que el actor nunca ha poseído y que no parece que hayan de importarle sino como valor económico (no en cuanto *corpora*).

Ni siquiera en el ámbito ya muy limitado de los frutos naturales existentes puede decirse que siempre sean propiedad de quien tiene derecho a su abono: así, cuando el poseedor de mala fe lo es mediato, siendo su mediador posesorio de buena fe (vg., en concepto de dueño y de arrendatario, respectivamente), el segundo hace suyos los frutos naturales, sin que ello exima al mediato del abono de su valor.

Sobre todo, tanto la praxis de los Tribunales como las normas procesales sobre liquidación de frutos reflejan una concepción distinta, en que lo que se pide y otorga en concepto de frutos (naturales percibidos) es una cantidad de dinero calculada de determinada forma, como parte de la liquidación de la situación posesoria (es decir, liquidación de frutos, gastos, mejoras, pérdidas y menoscabos).

Según el artículo 360 LEC, «cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Sólo en el caso de no ser posible ni lo uno ni lo otro, se hará la condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia».

Como puede verse, el legislador presupone que la condena en frutos se resuelve en el abono de una cantidad de dinero. A regular esta liquidación en ejecución de sentencia (cuando ésta condenare al pago de frutos en cantidad

ilíquida, señalando o no las bases para su liquidación), acuden los artículos 932 y siguientes LEC.

En la doctrina extranjera, se dice que la obligación de abonar los frutos percibidos que no están *in natura* es una deuda de valor, debiendo calcularse el valor de los frutos en el momento del pago.

Éste es el criterio del artículo 947 LEC, según el cual «la reducción de los frutos a metálico se hará por el precio medio que tuvieren en el mercado del lugar donde deba verificarse la entrega, y en su defecto en el más próximo, el día fijado en la sentencia, y si en ésta no se determinare, el del cumplimiento de la misma».

Se ha suscitado en alguna ocasión si deberá el poseedor obligado a pagar frutos pagar también intereses sobre los frutos y desde qué momento. En la doctrina italiana suele sostenerse que la obligación de intereses nace desde el día de cada una de las adquisiciones de frutos. Esta idea parece incompatible con la de la valoración de los frutos al precio corriente en el momento de su pago. En todo caso, no está de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre no deberse intereses por cantidades ilíquidas, y ha sido rechazada con este fundamento por el Tribunal Supremo.

Recapitulemos los resultados hasta aquí obtenidos. Puede suceder en ocasiones que quien reclame frutos naturales tenga propiedad sobre ellos. Pero esta posibilidad contingente no puede fundar de manera unitaria la obligación de abonarlos en todos los casos. De otra parte, la obligación establecida en el artículo 455 parece resolverse siempre en el pago de una cantidad de dinero, para cuyo cálculo se utilizan ciertos criterios que contrastan con la lógica de la acción reivindicatoria o de la pretensión de restitución de cosa determinada

Estos resultados se verán corroborados al analizar los frutos civiles y los *fructus percipiendi* como «objeto» de restitución, y al comprobar posteriormente que la cantidad debida como «frutos percibidos» es el beneficio neto efectivamente retraído por el poseedor de la cosa fructífera, lo que excluye definitivamente que la pretensión de abono de frutos *ex* artículo 455 tenga, en ningún caso, como objeto los frutos percibidos en cuanto *corpora* (Delgado 1975: 613-615).

1) Tiene alguna consecuencia para el modelo de dogmática civil que defiende Delgado (en el primero de los textos) el que esa actividad se vea como científica (como él la ve) o como de carácter técnico? ¿Es cierto que el objetivo fundamental de la dogmática es dar a conocer a la sociedad las normas válidas que la rigen? ¿Es ése el objetivo que se trasluce en el segundo de los textos reproducidos (apartado B)?

2) ¿Qué paralelismo puede trazarse entre los criterios de evaluación de los argumentos judiciales y de los argumentos dogmáticos? ¿Son en esencia los mismos criterios?

3) Trate de esquematizar la argumentación de Delgado dirigida a fundamentar que la obligación de restitución de los frutos naturales percibidos por el poseedor de mala fe no se basa en que quien los reclama es su propietario. ¿Sería útil acudir para ello al modelo de análisis de los argumentos basado en diagramas de flechas (*vid.* VI,2 y VI,3) ¿Juegan las razones morales un papel importante en la argumentación contenida en el texto? ¿Podrían caracterizarse como «razones de corrección» (*vid.* IV,5,A)?

4) El trabajo de dogmática escrito en 1975, ¿obedece al modelo defendido en el otro texto (de 2011)? Cuando se habla de cambios en la

matriz de la dogmática, ¿se trata de cambios propiamente metodológicos, o más bien de cambios sustantivos, en el sentido de que afectan al mayor o menor peso atribuido a determinados tipos de argumentos?

5,C) EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA

El artículo de Enrique Gimbernat del mismo nombre que el anterior título ofrece un excelente ejemplo de trabajo (modélico) de dogmática penal. El esquema del mismo se corresponde, de manera muy exacta, con el modelo de argumentación dogmática indicado en el texto.

Gimbernat (1999) comienza por plantear un problema importante para el Derecho (y la dogmática) penal: «cuándo hay que imputar un resultado típico a un no-hacer exactamente igual que si aquél hubiera sido causado mediante un comportamiento positivo» (p. 525) (delitos de omisión impropia o de comisión por omisión); y muestra (con diversos ejemplos) que las doctrinas existentes no proporcionan, en muchos casos, una solución satisfactoria (inequívoca), sino que más bien generan un verdadero caos: «lo único seguro en los delitos impropios de omisión es que no hay nada seguro» (p. 526). A partir de ahí detecta la existencia de «dos errores fundamentales» que habrían generado la anterior situación, esto es, que serían responsables de que no exista una respuesta aceptable para ese problema: considerar «que el delito de omisión impropia es menos grave que el de acción» (p. 533); y «mantener que en los tipos de delitos de lesión, que supuestamente sólo estarían concebidos para acciones, no serían subsumibles inactividades» (p. 533). La constatación y superación de esos dos errores le lleva a plantear el problema de otra manera: se trataría de ver «qué requisitos deben concurrir en una inactividad para que pueda ser encuadrada en la descripción legal de un delito de lesión [las omisiones impropias son delitos de lesión] de la misma manera que se encuadra una actividad» (p. 534), o sea, cuándo tiene sentido decir que un «comportamiento pasivo es desvalorativamente equivalente a uno positivo» (p. 534). Y el autor considera que la respuesta a ese problema, así replanteado, consiste en partir de los requisitos establecidos para los casos de las acciones (pues «la dogmática de los delitos de acción está más elaborada y avanzada que la de los delitos de omisión» [p. 534]), y trasladarla a las omisiones. A su vez, para llevar a cabo esta última operación, hace una división entre los delitos imprudentes y los dolosos.

En la mayor parte de los delitos imprudentes de acción, el resultado «es causado *con toda seguridad por un foco de peligro que, como consecuencia de una acción imprudente e igualmente con seguridad*, se ha trasformado de permitido en ilícito» (p. 543). Por ejemplo, la conducción de vehículos supone un riesgo permitido, que puede ser rebasado por una acción imprudente (como la velocidad excesiva), lo que haría que el foco de peligro se transforme en ilícito, de manera que si se produce un resultado típico (muerte o lesiones), se le imputaría el resultado al con-

ductor. Trasladado el criterio a la omisión, lo que tendríamos es que la comisión por omisión imprudente se caracterizaría «porque el resultado ha sido causado *con toda seguridad* por un foco de peligro que, *como consecuencia de una omisión imprudente y asimismo con seguridad*, se ha transformado de permitido en ilícito» (*id*.). Por ejemplo, si «el médico encargado de atender al paciente, y por negligencia, no diagnostica una peritonitis, falleciendo aquél posteriormente de esa enfermedad, *omitiendo* en consecuencia la medida (terapéutica) de precaución de atajar o de disponer que otro atajara el curso de la enfermedad» (p. 545), el médico habría cometido homicidio imprudente. Pero para llegar a esa conclusión, lo que habría que preguntarse (lo que requiere el criterio que defiende Gimbernat) no es «si las medidas quirúrgicas médicamente indicadas hubieran evitado el resultado», sino lo siguiente: si «consta con seguridad que un foco de peligro generado por la naturaleza —a saber: la peritonitis— ha causado la muerte, y asimismo se puede afirmar con seguridad que la omisión de las acciones médicamente indicadas ha provocado la desestabilización del foco, pues si el paciente hubiera sido tratado conforme a la *lex artis*, entonces el foco de peligro procedente de la naturaleza habría permanecido dentro del riesgo permitido» (p. 546).

En la mayor parte de los delitos dolosos de acción (a diferencia de lo que ocurre con las imprudencias), no hay un foco de peligro preexistente y lícito (que se desestabiliza transformándolo en prohibido), sino que lo característico es que «mediante un comportamiento activo, se crea un riesgo *ab initio prohibido* que posteriormente causa un resultado típico. El autor, por ejemplo, mata de un disparo o envenena a la víctima, detiene ilegalmente a una persona o falsifica un documento» (p. 547). Trasladado al campo de la omisión (la omisión impropia dolosa), lo que tendríamos es que el criterio para decidir si ha existido o no una «cuasicausalidad» no radica en preguntarse «si la acción omitida hubiera evitado el resultado»; lo que hay que exigir (como en el delito doloso de acción) es: «la seguridad de que, como consecuencia normativa de la desestabilización, por inactividad, de un foco de peligro, éste haya desembocado *con seguridad* (aspecto objetivo) y, en este caso, intencionadamente (*aspecto subjetivo* del tipo doloso) en un resultado típico» (p. 548). Gimbernat considera que ese criterio significa una «*drástica reducción*» frente a la doctrina dominante del ámbito de los delitos dolosos de omisión impropia; por ejemplo, no se podrían incluir (serían, en su caso, «omisiones propias») supuestos en los que el resultado se produce por una «amenaza *súbita*» para un determinado bien jurídico cuya lesión no era previsible: la esposa que «aprovecha» la «circunstancia inesperada de una enfermedad súbita para ver si, así, puede liberarse del cónyuge al que aborrece» (p. 549); pero sí respondería por un delito doloso contra la vida en comisión por omisión «la esposa que, ante un foco de peligro preexistente encomendado a su vigilancia —un marido enfermo— le abandona durante seis días, produciéndose la muerte de éste», y ello no como consecuencia de «un

deber extrapenal genérico», sino sobre la base de «una *obligación específica de vigilancia*» (p. 551).

En los fragmentos que siguen se puede leer, por extenso, la argumentación del autor referida a la solución propuesta al problema:

En lo que sigue voy a continuar ocupándome de la relación de causalidad en los delitos de acción, pero para una mayor claridad en la exposición, voy a tratar separadamente el nexo causal en los delitos imprudentes y en los dolosos, para de ahí extraer las consecuencias correspondientes, en lo que a equivalencia (des) valorativa se refiere, sobre, respectivamente, los delitos *de* omisión impropia imprudentes y dolosos. [...]

Desde el punto de vista de la concatenación objetiva entre comportamiento *activo* y resultado, el delito imprudente de acción se manifiesta en alguno de estos dos grandes grupos.

En el primer grupo, el comportamiento consiste en crear un riesgo *ab initio ilícito* —y hasta entonces inexistente— que causa (condiciona) el resultado. Por ejemplo: con la pistola de su padre, que cree descargada, A, para dar un susto a su amigo B, dispara contra éste, quien resulta muerto porque en la recámara del arma se alojaba una bala.

Pero el grueso de los delitos imprudentes de acción que tienen lugar en la realidad pertenece al segundo y último grupo. Éste viene caracterizado por que mediante un comportamiento activo se crea (o se incide en) un foco de peligro *ab initio licito* —riesgo permitido— que, no obstante y como consecuencia de la acción, rebasa ese riesgo permitido hasta convertirlo en prohibido, desembocando entonces el foco de peligro, causalmente, en un resultado típico. Dentro de este grupo y por ejemplo, hay que incluir los delitos imprudentes de la circulación, donde el riesgo permitido del tráfico rodado (conducción de vehículos) es rebasado como consecuencia de una acción imprudente (adelantamiento incorrecto, velocidad excesiva), causando entonces el foco de peligro (no permitido ya) un resultado típico de, por ejemplo, muerte o lesiones.

En este segundo grupo, muchas veces es imposible constatar si el resultado es reconducible o no a la acción imprudente, y es fácil de comprender por qué ello es así: un foco de peligro que se mantiene dentro del riesgo permitido, por definición y ya que es, en sí, peligroso, también —y a pesar de no estar prohibido— puede producir resultados típicos (si no, no sería peligroso): conducciones de automóviles correctas, anestesias, transfusiones de sangre o intervenciones quirúrgicas ejecutadas conforme a la *lex artis*, locales públicos construidos de acuerdo con las normas reglamentarias de prevención de incendios, postes de alta tensión bien señalizados, todos estos focos de peligro *permitidos* pueden, no obstante, desembocar en resultados de muerte o lesiones. Si ello es así —*y* así es—, entonces, cuando a consecuencia de una acción imprudente el foco de peligro rebasa el riesgo permitido y causa un resultado típico, a menudo nos encontraremos con dificultades simplemente insuperables para responder a la pregunta de si, por ejemplo, las lesiones obedecen al segmento permitido o al no permitido de ese foco de peligro, «porque un riesgo no se puede escindir en una parte permitida y en otra prohibida averiguando para cada una de ellas, por separado, la realización del peligro».

Sobre todo ello un ejemplo: La Jefe del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital Príncipes de España, de Bellvitge, fue condenada por dos delitos de lesiones imprudentes porque, a finales de 1986, entregó para sendas intervenciones quirúrgicas sangre no sometida al test antisida, resultando infec-

tados dos pacientes con el virus (así el supuesto de hecho en TS 18 de noviembre de 1991). La acusada alegó en su defensa que no se había podido comprobar si la sangre suministrada se encontraba o no en el «periodo ventana» —un periodo transitorio de tiempo que tiene que transcurrir antes de que puedan ser detectados en el test los anticuerpos de la sangre ya infectada—, por lo que no podía excluirse que, aunque hubiera llevado a cabo el test exigido por la *lex artis*, los pacientes hubieran sufrido las mismas infecciones, pues si la sangre transfundida se hubiera encontrado todavía en dicho periodo, el test antisida habría dado como resultado la no contaminación de la sangre.

Si se razona así, entonces, y, por ejemplo, dentro del campo de la medicina, no sólo se podrían hacer transfusiones de sangre sin someterlas al test antisida, sino que también podrían llevarse a cabo intervenciones quirúrgicas con un índice alto de mortalidad (peritonitis aguda o complicados trasplantes de órganos, por ejemplo) sin observar la *lex artis*, pues si el enfermo resulta infectado con el sida o el paciente fallece en la mesa de operaciones, entonces el autor siempre podría acudir al argumento de que, aunque hubiera actuado cuidadosamente, no obstante, se podrían haber producido las mismas consecuencias dañosas. Pero esta argumentación no puede ser correcta, porque «ello significaría renunciar a cualquier requisito de diligencia precisamente allí donde viene exigido un cuidado especialmente importante» [...]

[S]abemos ya [...] cuál es el camino que debemos tomar: si en los delitos de acción el hacer sólo cumple el tipo del delito consumado cuando consta *con seguridad* que es el comportamiento positivo el que ha causado la lesión del bien jurídico, entonces sólo puede ser equivalente a un delito de acción aquella omisión (impropia) de la que podamos decir que, *de alguna manera e igualmente con seguridad*, ha causado o cuasicausado el resultado típico.

El grueso de los delitos imprudentes de acción se caracteriza por que el resultado es causado *con toda seguridad* por un foco de peligro que, *como consecuencia de una acción imprudente e igualmente con seguridad*, se ha transformado de permitido en ilícito. De acuerdo con ello, la comisión por omisión imprudente vendrá caracterizada por que el resultado ha sido causado *con toda seguridad* por un foco de peligro que, *como consecuencia de una omisión imprudente y asimismo con seguridad*, se ha transformado de permitido en ilícito.

Pero si la omisión no causa nada (*ex nihilo nihil fit*), ya que la causalidad exige una aplicación de energía que sólo puede ser generada por un movimiento corporal, ¿cómo se puede explicar que se le pueda atribuir a un no-hacer (normativamente), como consecuencia suya, la transformación de un riesgo permitido en uno ilícito, esto es: que se le pueda atribuir el *efecto* de un *aumento* del riesgo?

Ello es así porque, a diferencia de la *lesión* de un bien jurídico, que sólo puede ser causada por una acción, en cuanto que supone *una modificación material dañosa en el mundo exterior* que necesariamente ha de tener su origen en una aplicación de energía, el peligro, en cambio, no supone todavía una *modificación dañosa* en el mundo exterior: es una amenaza de ésta, cuya presencia se establece sobre la base de un *juicio de probabilidad* que se elabora *intelectualmente* teniendo en cuenta los dos siguientes elementos: el primero, de carácter material y positivo, consiste en la existencia (o en la creación) en el mundo exterior de un foco de peligro; el segundo tiene un carácter especulativo, pero se fundamenta en el dato, *absolutamente real*, de que la *ausencia* o la *presencia* de medidas de precaución hace más o menos probable que el foco de peligro desemboque en una lesión efectiva. De todo ello se sigue que el *índice de riesgo* viene determinado por dos factores: por una parte, por la

mayor o menor peligrosidad del foco, y, por otra, por que esa peligrosidad sea contrarrestada (y en este caso, con mayor o menor eficacia) o no por medidas de precaución.

El legislador tolera la existencia de focos de peligro. Unas veces porque no tiene más remedio que hacerlo, en cuanto que su origen está en fenómenos que no puede controlar: enfermedades, tormentas con grandes vertidos de agua que amenazan con destruir una presa si no se abren los desagües, etc. Y otras, porque su creación, aunque es reconducible a la actividad humana (tráfico ferroviario, instalación y funcionamiento de ascensores, construcción de edificios, excavación de minas o túneles, etc.), se estima imprescindible o conveniente para el mejor desarrollo de la sociedad y de los individuos que la integran, dentro del cual hay que incluir, entre otros, los fines de diversión (corridas de toros, carreras de automóviles, etc.). Pero, por su lesividad potencial, el legislador tolera (o, porque le vienen previamente dados, se conforma con) esos focos sólo en la medida en que no excedan de un determinado índice de peligrosidad, y es allí donde sitúa el nivel de lo permitido, prohibiendo (*penalmente*, si ello desemboca en un resultado típico) cualquier desequilibrio que lo eleve por encima de ese nivel. Ese desequilibrio se produce por acción cuando mediante un movimiento corporal se incide en el foco de peligro transformando lo hasta entonces permitido en prohibido. Y *también* por omisión, porque como el foco de peligro suele tener una tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido, el legislador ha *previsto normativamente* que determinadas personas (médicos, encargados de obras, guardas de paso a nivel) apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión. [...]

Si lo que caracteriza al grueso de los delitos imprudentes es, de acuerdo con todo ello, la *causación del resultado típico por un foco de peligro que ha rebasado el riesgo permitido*, el *responsable* del resultado será: en el *delito culposo de acción,* quien, *mediante su comportamiento activo*, ha desestabilizado el foco transformándolo de permitido en prohibido; y en el *delito culposo de comisión por omisión,* quien, *al no adoptar una medida de precaución a la que venía obligado*, igualmente ha desestabilizado un foco que, si se hubiera aplicado aquella medida, se habría mantenido dentro del riesgo permitido. [...]

Y así como en la acción imprudente, para poderle imputar el resultado, no hay que preguntarse si, suprimiéndola, el resultado desaparecería, porque esa pregunta muchas veces es imposible de contestar, sino sólo si esa acción *efectivamente* ha elevado a prohibido un foco de peligro que, a su vez *y efectivamente*, ha causado el resultado, de la misma manera en la comisión por omisión imprudente, *y* en contra de lo que mantiene la doctrina dominante, tampoco hay que preguntarse si la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino únicamente si la omisión de aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara *efectivamente* el riesgo permitido (ya que se habría mantenido dentro de éste, si se hubiera adoptado aquella medida) y si, a su vez, ese foco de peligro (ya prohibido) ha causado *efectivamente* el resultado.

Para ilustrar todo ello con un ejemplo: Si el médico encargado de atender al paciente, y por negligencia, no diagnostica una peritonitis, falleciendo aquél posteriormente de esta enfermedad, *omitiendo*, en consecuencia, la medida (terapéutica) de precaución de atajar o de disponer que otro atajara el curso de la enfermedad, entonces la condena del médico por homicidio imprudente no puede fundamentarse —tal como hace, sin embargo, el TS— en que «la actuación del médico procesado, ahora recurrente, contribuyó con su actuación a un resultado que era previsible y también evitable, *dentro de la relatividad con*

que estos conceptos han de manejarse en el campo del Derecho y especialmente del Derecho penal». De acuerdo con la opinión que aquí se sustenta no hay que preguntarse —tal como hace el TS, poniendo de manifiesto su desconcierto— si las medidas quirúrgicas médicamente indicadas hubieran evitado el resultado. Lo único decisivo es, más bien, lo siguiente: consta con seguridad que un foco de peligro generado por la naturaleza —a saber: la peritonitis— ha causado la muerte, y asimismo se puede afirmar con seguridad que la omisión de las acciones médicamente indicadas ha provocado la desestabilización del foco, pues si el paciente hubiera sido tratado conforme a la *lex artis*, entonces el foco de peligro procedente de la naturaleza habría permanecido dentro del riesgo permitido. [...]

Si abordamos ahora los *delitos dolosos de acción* —para extraer de ahí las correspondientes conclusiones para los *delitos dolosos de omisión impropia*—, lo primero que hay que indicar es que, al igual que los delitos imprudentes de acción, se pueden manifestar en dos grupos. Lo que sucede es que aquí la relación entre ambos grupos es justamente la inversa, por lo que en el dolo la omisión impropia constituye un fenómeno bastante menos frecuente que en la imprudencia.

El *grueso* de los delitos dolosos de acción se caracteriza por que, mediante un comportamiento activo, se crea un riesgo *ab initio prohibido* que posteriormente causa un resultado típico. El autor, por ejemplo, mata de un disparo o envenena a la víctima, detiene ilegalmente a una persona o falsifica un documento.

Mucho menos frecuente es que el delito doloso de acción se cometa —y éste constituye el segundo y último grupo— aprovechándose el autor, mediante un comportamiento positivo, de un foco de peligro preexistente y lícito hasta entonces, desestabilizándolo de tal manera que lo transforma en uno prohibido que, posteriormente, desemboca en la producción de un resultado típico. Como ejemplo de este segundo grupo puede indicarse el del conductor que —al divisar a su enemigo— desequilibra la marcha del vehículo, que hasta entonces se había desarrollado dentro del marco del riesgo permitido, acelerando dolosamente el automóvil y dirigiéndolo contra el peatón, a quien arrolla *y* mata. [...]

De la misma manera que en los delitos imprudentes, la cuasicausalidad de la omisión impropia dolosa no puede consistir tampoco en la hipótesis —más o menos probable— de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino que hay que exigir —al igual que en el delito doloso de acción— la seguridad de que, como consecuencia normativa de la desestabilización, por inactividad, de un foco de peligro, éste haya desembocado *con seguridad* (aspecto objetivo) y, en este caso, intencionadamente (*aspecto subjetivo* del tipo doloso) en un resultado típico.

De lo expuesto se sigue una *drástica reducción*, frente a la doctrina dominante, *del ámbito de los delitos dolosos de omisión impropia*, en cuanto que *quedan al margen de éstos y sólo pueden ser sancionados, en su caso, como una omisión propia*, todos aquellos supuestos en los que el omitente no está al cuidado de una fuente de peligro, produciéndose el resultado por una amenaza *súbita* para un determinado bien jurídico cuya lesión no era previsible, por lo que nadie estaba previamente encargado de vigilar un *ex ante* inexistente foco de peligro.

El delito *doloso* de *acción* contra la vida consiste en que, por ejemplo y mediante un disparo, la mujer o el hijo condicionan *con toda seguridad* la muerte de, respectivamente, el esposo o el padre, quedando descartada la imputación del resultado si existe la *mínima duda* sobre si la conducta ha influido

científico-naturalmente en el resultado [...]. Por ello, y paralelamente, *no puede equivaler a esa acción* —por ejemplo y para acudir a dos casos ya conocidos y paradigmáticos de comisión por omisión para la doctrina dominante— una inactividad consistente en no intervenir para proteger al marido o al padre de un infarto o frente a un delito contra la vida que va a cometer un tercero, ya que *no se puede tener la seguridad* de si la acción omitida hubiera evitado o no el resultado letal.

Si no concurren circunstancias excepcionales a las que luego me referiré, los miembros que conviven dentro de una familia no pueden ser considerados como, por así decirlo, «focos de peligro andantes», al borde de una desestabilización que debería ser contrarrestada en cualquier momento con una medida de precaución, y necesitados, por ello, de una vigilancia especial encomendada a otros parientes: si la muerte de uno de ellos se produce a consecuencia de un ataque al corazón, a éste habrá que reconducir el fallecimiento y la omisión de auxilio de sus familiares no pasará de ser un comportamiento pasivo que *tal vez* —pero no con seguridad— hubiera evitado el resultado, ni pasará de ser, con ello, una omisión propia; pero esa inactividad no puede entenderse —lo que sería necesario para fundamentar una comisión por omisión y, con ello, la imputación del resultado— como la omisión de una medida de precaución desestabilizadora de un foco de peligro preexistente que ha desembocado en una muerte.

La anterior conclusión, alcanzada sobre la base de los criterios de identidad que hacen plausibles la equiparación de una omisión a una acción, se ve confirmada también con consideraciones de otra naturaleza. Por una parte y *lingüísticamente*, porque de la esposa que no reacciona ante una grave y repentina enfermedad del marido no se puede decir, razonablemente, que le ha «matado» —le ha «matado» la enfermedad—, lo que, desde el punto de vista del principio de legalidad, hace imposible subsumir ese comportamiento pasivo en el § 212 StGB que requiere «matar a una persona»; y por otra parte y *valorativamente*, porque obviamente no es lo mismo —y, por consiguiente, ambos casos no pueden ser sancionados indiferenciadamente con la misma pena privativa de libertad no inferior a cinco años prevista en el § 212— el comportamiento activo de la mujer que pega un tiro al marido y el pasivo de *aprovechar* la circunstancia inesperada de una enfermedad súbita para ver si, así, puede liberarse del cónyuge al que aborrece.

De lo expuesto se deduce que *únicamente* existe una comisión por omisión dolosa cuando el *encargado de vigilar un foco de peligro preexistente*, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza *intencionadamente* condicionando dicho foco *con toda seguridad* el resultado típico. De acuerdo con ello y por ejemplo, responderá a título de *dolo*, por los eventuales resultados de muerte, lesiones o daños producidos, el guarda de paso a nivel que, *para provocar el accidente*, no baja las barreras antes del paso del tren, y a título de *dolo* también el anestesista que, *con intención de causar la muerte del paciente*, permanece impasible, sin hacer nada para ayudarlo, cuando advierte en la pantalla del monitor que están surgiendo complicaciones: en todos estos supuestos, la ausencia de una medida de precaución preceptiva ha transformado, en estos casos dolosamente, un foco de peligro de permitido en prohibido, siendo éste el causante, *con toda seguridad*, del resultado típico.

También dentro del ámbito familiar pueden darse delitos dolosos de comisión por omisión; pero no como consecuencia de un deber genérico extrapenal de velar por parientes adultos y hasta entonces no expuestos a riesgo alguno. La omisión impropia surge aquí cuando el pariente que haya resultado lesionado o

muerto, como tal, constituye o se ha convertido en un foco de peligro, a consecuencia de su inmadurez, de una enfermedad preexistente o de cualquier otra circunstancia (Gimbernat 1999: 537-538, 543-550).

1) ¿Qué tipos de argumentos pueden encontrarse en el texto reproducido? ¿Hay algún argumento por reducción al absurdo? En el caso de que lo haya, ¿para qué se usa? ¿Juega un papel importante la analogía? ¿Qué habría que entender aquí por analogía? ¿Se trata de un argumento *a simili* (o de varios)? ¿Hay también argumentos consecuencialistas? ¿Qué uso argumentativo se hace de los ejemplos? ¿Y de los argumentos de autoridad?

2) La lectura del artículo de Gimbernat puede llevar al lector a pensar que las razones en las que el autor parece basar la bondad de la solución dogmática que defiende serían las siguientes: *a*) la solución es unitaria, en cuanto se trata de que los criterios a aplicar sean los mismos para las acciones y para las omisiones; *b*) es simple: más fácil de aplicar que las soluciones rivales; *c*) da lugar a soluciones inequívocas (o menos inequívocas que las que permiten las otras teorías), de manera que promueve la seguridad jurídica; *d*) es valorativamente coherente: acorde con los valores y principios de los ordenamientos penales del Estado constitucional (de hecho, el artículo —publicado originariamente en una revista alemana— tiene más referencias a la dogmática alemana y al Derecho penal alemán que a sus correspondientes españoles); *e*) se opone a la opinión dogmática dominante, pero es coherente con el «trasfondo teórico» de la dogmática penal o de lo que él considera como «mejor dogmática».

¿Está de acuerdo con que ésos son realmente los criterios con los que se ha de juzgar el valor de la dogmática jurídica? ¿Faltaría algún otro criterio? Compárense con los criterios que se habían examinado a propósito de la justificación de las decisiones judiciales.

5,D) UN CASO JURÍDICO DIFÍCIL: LA DISCRIMINACIÓN INVERSA

La obra de Ronald Dworkin tiene una gran importancia para la teoría de la argumentación jurídica, considerada desde una perspectiva material. A él se deben relevantes aportaciones, por ejemplo, sobre el distinto papel argumentativo que desempeñan las reglas y los principios (y los distintos tipos de principios); sobre el problema de la interpretación; o sobre el papel de la argumentación moral y política en la justificación de las decisiones jurídicas. Muchos de sus trabajos podrían ponerse, además, como ejemplos paradigmáticos de argumentación dogmática, o sea, de argumentación sobre casos jurídicos difíciles pero tratados en abstracto, de manera que lo que importa en ellos no es tanto (o sólo) cómo resolver un determinado caso, sino (o también) cómo construir, a partir de un análisis concreto, una doctrina de valor general y que se remonta hasta los principios más abstractos del ordenamiento.

Eso es lo que ocurre con su análisis de la discriminación inversa, a propósito de un caso real, el caso DeFunis, que integra el capítulo 9 de su libro *Los derechos en serio*. Dworkin se refiere aquí a un problema que, cuando se planteó, en 1971, dio lugar a un gran debate que, como es bien sabido, aún sigue vivo. DeFunis era una persona judía que no había sido admitida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington, «aunque la puntuación de sus pruebas y sus calificaciones universitarias eran tales que habría sido admitido de haberse tratado de un negro, un filipino, un chicano o un indio norteamericano» (Dworkin 1984: 327). Al favorecer de esa manera a las personas pertenecientes a ciertos grupos raciales (aun perjudicando a otras), el programa para la admisión de estudiantes de esa universidad trataba de reducir la desigualdad de esos grupos y de promover el bienestar general. DeFunis pidió a la Corte Suprema de los Estados Unidos que declarase que esa práctica (la discriminación inversa a favor de grupos minoritarios o, dicho de otra manera, usar la raza como criterio de admisión) violaba los derechos de la Decimocuarta Enmienda, que expresa que ningún estado puede negar a persona alguna la igual protección de la ley. El problema radica entonces en cómo entender este último concepto (la Enmienda 14.ª no establece ninguna concepción particular de tal concepto) lo cual, en opinión de Dworkin, sólo puede hacerse recurriendo a argumentos morales.

En la argumentación de Dworkin juega un papel de gran importancia la apelación a otros casos reales o ficticios: al caso Sweatt, de 1945, en el que se le negó a un negro la admisión en la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, porque las leyes de ese estado establecían que sólo los blancos podían concurrir a la facultad; o a un caso imaginario de una facultad de Derecho que cobrara cuotas más elevadas a algunos estudiantes seleccionados al azar. Y, sobre todo, en el análisis de Dworkin es fundamental la utilización de ciertas distinciones: entre igualdad política e igualdad como derecho y, dentro de esta última, entre el derecho a igual tratamiento y el derecho a ser tratado como igual; entre el bien de la sociedad en sentido utilitarista y en sentido ideal; y entre preferencias personales y preferencias externas. En opinión de Dworkin, un programa como el de la Universidad de Washington está (o podría estar) justificado básicamente porque respeta el derecho de todos los miembros de la comunidad a ser tratados como iguales:

> 2. [...] [P]arte de la importancia del caso DeFunis reside en que nos obliga a reconocer la distinción entre la igualdad como política (*policy*) y la igualdad como derecho, una distinción que la teoría política ha ignorado virtualmente. El demandado sostiene que la Facultad de Derecho de Washington violó su derecho individual a la igualdad en interés de una política de mayor igualdad general, de la misma manera que la doble cuota exigida a estudiantes elegidos al azar [el caso ficticio al que antes se hacía referencia] violaría, con el mismo propósito, los derechos de éstos.
>
> Por consiguiente, hemos de concentrar la atención sobre esa demanda e intentar definir el concepto básico sobre el cual se centra, que es el concepto de un

derecho individual a la igualdad, que la Cláusula de Igual Protección convierte en derecho constitucional. ¿Qué derechos a la igualdad tienen los ciudadanos, en cuanto individuos, que puedan frustrar programas orientados a cumplir directrices económicas y sociales importantes, entre ellas, la práctica social de mejorar la igualdad general?

Cabe decir que tienen dos tipos diferentes de derechos. El primero es el derecho a *igual tratamiento*, que es el derecho a una distribución igual de oportunidades, recursos o cargas. Cada ciudadano, por ejemplo, tiene derecho a un voto igual en una democracia; tal es la esencia de la decisión de la Suprema Corte en el sentido de que una persona debe tener un solo voto por más que una disposición electoral más compleja pudiera asegurar mejor el bienestar colectivo. El segundo es el derecho a *ser tratado como igual*, que no es el derecho a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera. Si tengo dos hijos y uno se me está muriendo de una enfermedad que apenas sí llega a incomodar al otro, no muestro igual consideración si echo a cara o cruz la decisión de cuál ha de recibir la última dosis de medicina. Este ejemplo demuestra que el derecho a ser tratado como igual es fundamental, y el derecho a igual tratamiento, derivado. En algunas circunstancias, el derecho a ser tratado como igual lleva consigo un derecho a igual tratamiento, pero esto no sucede, en modo alguno, en todas las circunstancias.

DeFunis no tiene derecho a igual tratamiento en la asignación de plazas en la Facultad de Derecho; no tiene derecho a tener una plaza, simplemente, porque a otros se les den plazas. [...]

DeFunis tiene el segundo tipo de derecho: un derecho a ser tratado como igual en la decisión referente a los estándares de admisión que se han de usar. Es decir, que tiene derecho a que sus intereses sean tratados tan extensamente y con tanta seriedad como los intereses de cualquier otro cuando la Facultad de Derecho decide si la raza ha de contar como criterio pertinente en las pruebas de admisión. Pero hemos de tener cuidado de no exagerar lo que esto significa. [...]

4. De modo que estos argumentos familiares, que podrían distinguir entre los dos casos[7], no son convincentes. Esto parece confirmar la opinión de que Sweatt y DeFunis deben ser tratados de la misma manera y, por ende, de que la clasificación racial debe ser completamente proscrita. Pero afortunadamente se puede encontrar una base de distinción más firme para fundamentar nuestra sensación inicial de que los casos son efectivamente muy diferentes. Esta distinción no se apoya, como estos argumentos poco convincentes, en características peculiares de los problemas raciales o de segregación, ni siquiera en rasgos peculiares de los problemas de oportunidad educacional. Se basa, en cambio, en un análisis más detallado de la idea, central en mi argumento en contra de DeFunis, de que en ciertas circunstancias, una política que pone en situación de desventaja a muchos individuos se justifica, sin embargo, porque mejora la situación de la comunidad como tal.

Cualquier institución que se valga de esta idea para justificar una política discriminatoria se enfrentará con una serie de dificultades teóricas y prácticas. En primer lugar, hay dos sentidos distintos en los que puede decirse que una comunidad como tal está mejor, pese al hecho de que algunos de sus miembros están peor, y cualquier justificación debe especificar a cuál de los dos sentidos se refiere. Puede estar mejor en un sentido *utilitarista*, es decir, porque el nivel promedio —o nivel

7. El apartado 3 lo había dedicado a examinar una serie de argumentos, más o menos usuales, dirigidos a mostrar las diferencias entre el caso Sweatt y el caso DeFunis.

colectivo— de bienestar en la comunidad mejore, aunque decaiga el bienestar de algunos individuos. O puede estar mejor en un sentido *ideal*, es decir, porque es más justo o de alguna otra manera se aproxima más a una sociedad ideal, se mejore o no el bienestar promedio. La Universidad de Washington podría usar tanto argumentos utilitaristas como argumentos ideales para justificar su clasificación racial. Podría sostener, por ejemplo, que aumentar el número de abogados negros reduce las tensiones raciales, con lo que se aumenta el bienestar de casi todos los miembros de la comunidad; éste es un argumento utilitarista. O podría argumentar que, sea cual fuere el efecto que la preferencia minoritaria haya de tener sobre el bienestar promedio, así se conseguirá una comunidad más equitativa y, por ende, más justa: este argumento es idealista, no utilitarista.

La Universidad de Texas, por otra parte, no puede echar mano de un argumento idealista para la segregación. No puede sostener que la segregación hace más justa a la comunidad independientemente de que mejore o no el bienestar general. Los argumentos que presenta en apoyo de la segregación deben ser, pues, argumentos utilitaristas. [...]

Los argumentos utilitaristas tropiezan con una dificultad especial que no encuentran los argumentos idealistas. ¿A qué se alude al hablar de bienestar general o colectivo? ¿Cómo se puede medir el bienestar de un individuo? [...]

[U]na vez aclarado que estos argumentos utilitaristas se basan en estimaciones de las preferencias reales de miembros de la comunidad[8], se plantea una dificultad nueva y mucho más grave. [...]

La probabilidad de éxito de las preferencias de cada individuo [...] dependerá de lo importante que sea para él su preferencia y de cuántos sean los que la compartan, comparados con la intensidad y el número de las preferencias concurrentes. [...]

Pero, si examinamos la variedad de preferencias que tienen de hecho los individuos, veremos que el carácter aparentemente igualitario de un argumento utilitarista es, con frecuencia, engañoso. El utilitarismo de la preferencia pide a los funcionarios [a las medidas de la autoridad] que intenten satisfacer en la mayor medida posible las preferencias de la gente. Pero las preferencias de un individuo por las consecuencias de una política determinada pueden verse, tras un análisis más detallado, como un reflejo de una preferencia *personal* por disfrutar de ciertos bienes u oportunidades, o como una preferencia *externa* por la asignación de bienes u oportunidades a otros, o como ambas cosas. El aspirante a ingresar en una Facultad de Derecho para blancos, por ejemplo, podría tener una preferencia personal por las consecuencias de la segregación porque dicha política favorece sus probabilidades de éxito, o bien una preferencia externa por tales consecuencias, en cuanto desprecie a los negros y desapruebe las situaciones sociales en que se dé una mezcla racial.

La distinción entre preferencias personales y preferencias externas es de gran importancia por la siguiente razón. Si un argumento utilitarista equipara las preferencias externas con las personales, el carácter igualitario del argumento se corrompe, porque la probabilidad de éxito que tengan las preferencias de un sujeto cualquiera no sólo dependerá entonces de las demandas que las preferencias personales de otros impongan a recursos escasos, sino del respeto o afecto que esos otros tengan por él o por su modo de vida. Si las preferencias externas

8. Previamente, Dworkin había recordado las dificultades del criterio «psicologicista» de Bentham (cómo identificar el placer y el dolor que experimenta cada individuo, y cómo cuantificarlo para calcular el monto final) y había pasado, en consecuencia, a referirse al utilitarismo de las *preferencias*.

desequilibran la balanza, entonces el hecho de que una práctica haga que la comunidad esté mejor en un sentido utilitarista *no* proporcionaría una justificación compatible con el derecho a ser tratados como iguales de aquellos a quienes pone en situación de desventaja. [...]

5. Disponemos ya, por consiguiente, de las distinciones necesarias para diferenciar [el caso] DeFunis de Sweatt. Los argumentos que apoyan un programa de admisión que discrimine a los negros son, todos, argumentos utilitaristas, y son todos de naturaleza tal que se apoyan en preferencias externas de una manera que lesiona el derecho constitucional de los negros a ser tratados como iguales. Los argumentos que apoyan un programa de admisión que discrimine a favor de los negros son tanto utilitaristas como idealistas. Algunos de los utilitaristas se apoyan, por lo menos indirectamente, en preferencias externas, tales como la preferencia de ciertos negros por los abogados de su propia raza; pero los argumentos utilitaristas que no se apoyan en tales preferencias son fuertes y es posible que sean suficientes. Los argumentos idealistas no se apoyan en modo alguno en preferencias, sino en el argumento independiente de que una sociedad igualitaria es una sociedad mejor, aun cuando sus ciudadanos prefieran la desigualdad. Es un argumento que no niega el derecho de nadie a ser tratado como igual.

En el caso DeFunis nos quedamos, pues, con el argumento simple y directo con que comenzamos. Los criterios raciales no son necesariamente los estándares correctos para decidir qué aspirantes deben ser aceptados por las facultades de Derecho, pero tampoco lo son los criterios intelectuales[9], ni —a la verdad— ningún otro conjunto de criterios. La equidad —y la constitucionalidad— de cualquier programa de admisión debe ser medida con el mismo criterio. El programa se justifica si sirve a una política adecuada, que respete el derecho de todos los miembros de la comunidad a ser tratados como iguales, pero no en el caso contrario. Los criterios que usaron las facultades que se negaron a tener en cuenta a los negros no respondían a esa exigencia, pero los criterios usados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington sí.

Todos desconfiamos, y con razón, de las clasificaciones raciales, que han sido usadas para negar el derecho a la igualdad más que para respetarlo, y todos nos damos cuenta de la consiguiente injusticia. Pero si interpretamos mal la naturaleza de tal injusticia porque no establecemos las sencillas distinciones que son necesarias para entenderla, entonces corremos el riesgo de cometer más injusticias. Es posible que, de hecho, los programas de admisión preferenciales no hagan más igualitaria una sociedad, porque es posible que no tengan los efectos que creen ver en ellos quienes los defienden. Esta cuestión estratégica deberá constituir el centro de la discusión de tales programas. Pero no debemos corromper el debate suponiendo que tales programas son injustos aunque funcionen. Debemos tener cuidado de no usar la Cláusula de Igual Protección para privarnos de la igualdad (Dworkin 1984: 332-333, 338-339, 341-342, 347-348).

1) ¿Cuál sería el esquema lógico (la «justificación interna») de la argumentación de Dworkin? ¿Podría ser el siguiente?:

9. Al comienzo del apartado 2, Dworkin había escrito: «Es verdad que las facultades de Derecho asignan mucho peso a las pruebas intelectuales para la admisión. Sin embargo, el criterio no parece adecuado porque los aspirantes tengan derecho a ser juzgados de esa manera, sino porque es razonable pensar que la comunidad como tal estará mejor si sus abogados son inteligentes. Es decir, que los estándares intelectuales se justifican, no porque favorezcan a los inteligentes, sino porque aparentemente sirven a una práctica social útil» (p. 330).

— Un programa de admisión a una universidad que da preferencia a los individuos pertenecientes a cierta raza está justificado (es constitucional) si respeta el derecho a ser tratado con la misma consideración y respeto, y contribuye a que la comunidad esté mejor en sentido idealista.

— El programa de admisión de la Facultad de Derecho de Washington respeta esos criterios.

— Por lo tanto, el programa está justificado (es constitucional).

¿Cuál sería, entonces, la «justificación externa» (de cada una de esas premisas)? ¿Y cómo quedaría todo el argumento usando un diagrama como el que se introdujo en el capítulo VI?

2) ¿Por qué pone Dworkin tanto empeño en mostrar que el principio (o conjunto de principios) que permite justificar el programa de admisión de estudiantes de la Universidad de Washington es el mismo que lleva a rechazar el programa de la Universidad de Texas? ¿Quizás por razones de coherencia? ¿Habría en este aspecto alguna diferencia entre lo sostenido por Dworkin, por un lado, y por Nino (VI,5.6,A) y Sunstein (VII,5,A), por el otro? ¿Podría usarse la argumentación de Dworkin en relación con casos de discriminación inversa no basados en criterios raciales? ¿Es eso una ventaja?

3) ¿Muestra el caso DeFunis —tal y como lo presenta Dworkin— la imposibilidad de separar el Derecho de la moral, o sea, la imposibilidad de justificar una decisión jurídica sin utilizar razones morales? ¿Podría resolverse el caso sin incursionar —como Dworkin lo hace— en el territorio de la moral?

4) En la argumentación de Dworkin, como hemos visto, es fundamental la distinción entre igualdad como derecho (como principio en sentido estricto) y la igualdad como objetivo político-social. ¿Significa eso una relativización de la distinción entre principios y directrices? Y la distinción entre el derecho a *igual tratamiento* y el derecho a *ser tratado como igual*, ¿significa que los derechos (los principios en sentido estricto) están jerarquizados y que no todos tienen el mismo peso?

5,E) EL RAZONAMIENTO JURÍDICO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL Y EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA

En un texto que vendría a ser un resumen de su filosofía del Derecho, Aleksander Peczenik presenta así las analogías y las diferencias entre la argumentación judicial y la argumentación de la dogmática jurídica:

La interpretación *doctrinaria* (llevada a cabo por los juristas en la llamada dogmática jurídica) es parcialmente diferente a la de la práctica judicial. Por cierto, la mejor argumentación en cuestiones jurídicas tiene que considerar todas las razones jurídicamente relevantes *prima facie*. Esto vale tanto para la dogmática jurídica como para la práctica judicial. Las diferencias son simplemente las siguientes:

— No todo lo que es relevante en un contexto posee relevancia en el otro.

— La misma razón puede tener un peso diferente en diferentes contextos jurídicos.

En particular, tienen que ser mencionadas las siguientes diferencias:

— El jurista no tiene poder para tomar decisiones vinculantes.

— El jurista elige su materia libremente. El juez, por otra parte, está limitado por las demandas y los pedidos de las partes. [...]

— El jurista busca los problemas, mientras que el juez se limita a los problemas que son necesarios para el caso en cuestión. [...]

— El jurista puede formular libremente recomendaciones *de lege ferenda*. [...]

— El jurista puede proponer, sin más, nuevos métodos jurídicos, mientras que el juez tiene que tomar la decisión correcta a la luz del método jurídico prevalente. [...]

— El jurista se expresa de una manera más abstracta y menos orientada hacia casos y hechos reales. [...]

— El jurista recurre a ejemplos tanto reales como hipotéticos.

[...] *La diferencia más importante: la pretensión de la argumentación doctrinal debe ser más coherente*

La diferencia más importante es que la argumentación doctrinal suele pretender ser más racional, es decir, más coherente que la argumentación judicial. Por lo tanto, está «sistemáticamente orientada». Entre «todas las cosas» que deben ser consideradas, las conexiones sistemáticas con otras normas y valores tienen especial importancia [...][10].

Una mayor coherencia es el propósito y el punto central de la interpretación en la [práctica] jurídica y en la dogmática. [...] Por lo tanto, la unidad del derecho [para Peczenik, la unidad —cuya base es la norma fundamental— constituye uno de los ingredientes de la idea de coherencia] es presupuesta tanto en la práctica judicial como en la dogmática jurídica, pero de dos maneras diferentes. En la práctica judicial se la presupone sólo en la medida en la que requiere el caso a decidir y su posible función como precedente. En la dogmática jurídica se la presupone en la medida que permita al jurista establecer una visión total del sistema jurídico como unidad.

Sin embargo, desde otro punto de vista, el presupuesto de unidad es más fuerte en la práctica judicial que en la dogmática jurídica. En la práctica judicial, el decisor *tiene* que solucionar el caso y, por lo tanto, tiene que considerar al derecho como unidad en la medida exigida a tal fin. En la dogmática jurídica, el jurista tiene que plantear la *cuestión* de si el derecho puede ser considerado como unidad. Tiene hasta que *tratar* de dar una respuesta afirmativa a esta cuestión. Pero, si fracasan todos los intentos de interpretar el derecho como unidad, puede simplemente renunciar a ello. Ha hecho todo lo posible, pero no ha podido evitar el caos. [...]

Sin embargo, la similitud entre la interpretación doctrinal y la judicial es más importante que todas estas diferencias: ambas tratan la misma materia —el derecho válido— y ambas tienen que *ponderar* a fin de interpretar el derecho de una manera coherente y moralmente aceptable (Peczenik 2000: 23-24 y 27-28).

1) ¿Podría decirse, en definitiva, que la diferencia entre uno y otro tipo de argumentación radica en que las exigencias de coherencia son mayores en el caso de la dogmática o, si se quiere, en que la coherencia requerida en las argumentaciones judiciales es de carácter más *local*?

10. En el lugar de los puntos suspensivos entre corchetes, en el texto de Peczenik figuran referencias a la obra de un autor sueco, Rune Lavin.

2) Según Peczenik —su teoría de la coherencia se encuentra básicamente en un trabajo escrito conjuntamente con Alexy (Alexy y Peczenik 1990)—, la idea central del concepto de coherencia se expresa así: «Cuanto más se aproximen *los enunciados pertenecientes a una teoría dada a una estructura de fundamentación perfecta, tanto más coherente es la teoría*».

El grado de perfección de esa estructura de fundamentación depende de tres tipos de criterios, que serían los *criterios de la coherencia*:

1. Criterios relacionados con la estructura de fundamentación. Cuanto más profunda y amplia es una fundamentación, tanto más coherente es la teoría. *Ceteris paribus*, el grado de coherencia de una teoría depende de circunstancias tales como
— cuán grande es el número de enunciados fundamentados que pertenecen a ella;
— cuán largas son las cadenas de razones que pertenecen a ella;
— cuán grande es el número de conexiones que existen entre las diversas cadenas de fundamentación que pertenecen a la teoría, es decir, cuántas cadenas de razones fundamentan la misma conclusión;
— cuántos enunciados pertenecientes a la teoría son relevantes para el tipo de razonamiento que la teoría utiliza.
2. Criterios relacionados con los conceptos. Los conceptos generales son un «cemento» que mantiene unidas las piezas de una teoría. *Ceteris paribus*, el grado de coherencia de una teoría depende de circunstancias tales como
— cuán grande es el número de enunciados universales que pertenecen a ella;
— cuán grande es el número de conceptos generales que pertenecen a ella;
— cuán grande es el grado de generalidad de estos conceptos.
Ceteris paribus, el grado de coherencia *entre* las diversas teorías depende de circunstancias tales como
— cuán grande es el número de semejanzas que existen entre los conceptos que ellas utilizan;
— cuán grande es el número de interconexiones que existen entre ellas.
3. Criterios relacionados con el asunto de la teoría. *Ceteris paribus*, el grado de coherencia de una teoría depende de circunstancias tales como
— cuán grande es el número de casos y
— cuán grande es el número de campos de la vida que abarca.
El grado de coherencia está determinado por la ponderación de estos criterios (Peczenik 2000: 67-69).

¿Qué le parece la anterior presentación de la idea de coherencia? ¿Resulta útil para el razonamiento jurídico? ¿Satisface los anteriores criterios la argumentación de Dworkin en el caso DeFunis (*vid.* IX,5,D)?

5,F) LAICISMO Y CONSTITUCIÓN

Los trabajos de dogmática o de teoría jurídica asumen en alguna (rara) ocasión la forma de un diálogo o de una controversia. Un ejemplo de ello es el libro conjunto de Alfonso Ruiz Miguel y Rafael Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución* (Ruiz Miguel y Navarro-Valls 2008) que recoge una discusión entre ambos a propósito del artículo 16, apartado 3, de la

Constitución española: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones».

La discusión gira en torno a dos cuestiones, cuya relación entre sí, como luego veremos, resulta controvertida: cómo debe interpretarse el mencionado artículo; y cuál es la «posición teórica» o de filosofía política que debe asumirse a propósito del papel del Estado en relación con la religión. Respecto a la primera cuestión, en la discusión juega un papel importante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en una serie de casos, cuyas decisiones son criticadas por Ruiz Miguel, pero vistas con aprobación por Navarro-Valls. Así, el Tribunal consideró que no era contrario a la Constitución española la existencia de un cuerpo eclesiástico católico dentro del ejército, o el que las fuerzas armadas participen en ceremonias religiosas (aunque un miembro de las mismas tendría derecho a no hacerlo en ejercicio de su libertad religiosa), y ha establecido también que los poderes públicos deben tener una «actitud positiva» para posibilitar que colectividades como algunas iglesias presten formación religiosa obligatoria para los colegios públicos. Y, en relación con la segunda cuestión, Alfonso Ruiz Miguel defiende, como «modelo ideal», un Estado laico y neutral en materia de religión que asegure un trato igualitario para creyentes y no creyentes, pero, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, acaba por conformarse con una «propuesta intermedia» de la neutralidad que consiste en entender el mandato de cooperación como una *policy* (en el sentido de Dworkin) o un «mandato de optimización» (en el sentido de Alexy); mientras que Navarro-Valls se muestra partidario de una «laicidad positiva» que, en lo esencial, se caracterizaría por atribuir al hecho religioso un significado positivo.

He aquí algunos extractos de la polémica:

Alfonso Ruiz Miguel: *Para una interpretación laica de la Constitución*:

En suma, lo que el punto de vista laico exige es que las distintas creencias en materia religiosa operen en la sociedad con plena libertad negativa, sin privilegios que marquen preferencias por unas convicciones sobre otras, de modo que cada cual pueda practicar sus ideas, e incluso intentar expandirlas, sin privilegios o trabas que impidan o dificulten la libre competencia de las ideas. [...]

A la luz de la posición anterior, ¿qué contenido tienen en mi interpretación el principio de cooperación y el deber de tener en cuenta las creencias religiosas de los españoles del artículo 16.3 de la Constitución? Un entendimiento riguroso de la igual libertad en materia religiosa como el que he propuesto obliga a interpretar los deberes públicos de tener en cuenta dichas creencias y de «mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones» únicamente dentro del amplio ámbito de las acciones que posibiliten o allanen el ejercicio efectivo de la libertad religiosa de las distintas confesiones, pero sin rebasar el límite de la facilitación hasta llegar a la incentivación o promoción de actividades estrictamente religiosas, que traspasarían el principio de neutralidad estatal. Por lo demás, el significado genuino de términos como «cooperación» o

«colaboración» está bien lejano de un sistema predominantemente unidireccional de subvenciones por parte del Estado, que en buena parte de su cuantía se dirigen a actividades que son reclamadas con energía por la Iglesia católica pero de limitado o nulo interés para un Estado laico. Co-operar o co-laborar más bien alude a un tipo de acción conjunta entre dos partes en áreas de interés o valor común, como pueda ser la sanidad, la educación, la asistencia social, la prevención de la drogadicción, el ocio juvenil, el patrimonio cultural y artístico, etc. Lo que el principio de neutralidad veda, a mi modo de ver, es cooperar en la esfera distintivamente religiosa, ante la que el Estado ha de ser estrictamente a-confesional.

Si se quieren ejemplos claros, esta interpretación no tiene nada que oponer, todo lo contrario, a la agilización de licencias administrativas para la construcción de iglesias o colegios, a la facilitación del acceso de sacerdotes a cuarteles, hospitales y prisiones o a la puesta a disposición de vías libres para manifestaciones públicas del culto. Incluso, dado el creciente declive de la institución, personalmente yo aceptaría de buen grado el reconocimiento de validez civil a los matrimonios religiosos. El salto inaceptable está en pretender la exención del pago de la licencia de construcción, la financiación de la construcción de la iglesia o el colegio privado o, en fin, la subvención a los sacerdotes, rabinos, imanes y demás jerarquías eclesiásticas, que son cosas que vienen a equivaler a costear con fondos públicos sólo los banquetes de las bodas religiosas.

Pongamos negro sobre blanco el criterio anterior. Las subvenciones específicas para el clero católico que excedan de la asignación obtenida mediante un impuesto religioso a la alemana (que suplemente voluntariamente la cuota general), la existencia de capellanes castrenses a cargo del Estado o, en fin, la impartición obligatoria de enseñanzas religiosas en los colegios públicos y la contratación de su profesorado por el Estado, son ejemplos de incentivación que, en mi criterio, exceden el principio de neutralidad estatal del artículo 16.3 de la Constitución. En todos estos casos no sólo se rompe el criterio de igualdad con las restantes creencias o increencias religiosas, sino que además, por el pecado original de haber aceptado intervenir donde no le compete, el Estado puede terminar por comprometerse casi necesariamente como copartícipe de decisiones y acciones derivadas que en rigor no resultan tolerables desde una posición de neutralidad, como la asignación previa de este o aquel porcentaje a la subvención al clero católico o la contratación y despido de personas a voluntad de un tercero por motivos de creencias y práctica religiosa. [...] Lo que la neutralidad exige es que el Estado no fomente determinadas creencias religiosas, da igual que lo haga por sí mismo o por mediación de otros. [...]

Con objeto de contrastar mi criterio de neutralidad, yo propondría un sencillo experimento mental que permitiría a los defensores del actual modelo de relaciones con la Iglesia católica y otras pocas confesiones el ponerse en el lugar de los otros, que es al fin y al cabo el lugar de la imparcialidad moral conforme a la regla de oro de no hacer a los demás lo que no se quiere para uno mismo. Imagínese que en un futuro indeterminado, con nuestra misma Constitución y similares leyes, un 77 por ciento de la población se declara no creyente o ateo y un 19 por ciento católico, quedando el resto para las demás religiones como ahora. Imaginemos también que para entonces los no creyentes y ateos se han organizado como grey y que disponen de una serie de Juntas que culminan en una Junta Nacional, todas ellas generalmente aceptadas (no hace falta llevar la parodia a la existencia de una jerarquía de obispos y sacerdotes que culmina en un monarca que es también el Jefe de un Estado con el que se suscriben tratados). A la inversa, los católicos, sumidos de nuevo en un momento cismático y desorganizados, se encontrarían en la actual situación jurídica de los no creyentes, no perseguidos

pero tampoco tenidos en cuenta. Pues bien, la aberración de que aquella organización atea dispusiera también de subvenciones para sus directivos y empleados, de la capacidad de hacer nombrar y despedir por el Estado profesores dedicados a la enseñanza curricular del ateísmo en la red de escuelas públicas, eso sí de forma voluntaria para los padres, así como de un cuerpo en las fuerzas armadas pagado sólo para mantener las creencias ateas, constituye, visto con un poco de distanciamiento, exactamente el mismo despropósito que hoy sustentamos. [...]

Alcanzo bien a entender que lo que según mi criterio exige la neutralidad estatal en materia religiosa puede resultar muy exigente en cuanto interpretación en tajante ruptura con la línea jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional [...] Por ello [...] como alternativa mi anterior propuesta de ruptura propondría una vía intermedia entre ella y la indicada tendencia a la sobreconstitucionalización de la libertad religiosa[11] [...].

Ante todo, colocado en esa vía intermedia, me parece esencial que las medidas de cooperación con las iglesias que se han adoptado infraconstitucionalmente en desarrollo del principio de cooperación del artículo 16.3 de la Constitución se traten no como derechos constitucionales y fundamentales, sino como lo que Dworkin ha llamado *policies*. Es decir, que con independencia de que, una vez legalmente establecidas generen derechos legales, desde el punto de vista constitucional no se trataría de derechos especialmente garantizados, sino de medidas que, llegado el caso, pueden ser limitadas, cambiadas y hasta suprimidas con la naturalidad de cualquier reforma legislativa. [...] [E]l fomento de las artes y los deportes se configura también como *policies* y no como un derecho de los artistas, los aficionados o, todavía menos, de los clubes deportivos.

[...] En mi propuesta intermedia alternativa, el mandato de cooperación con las iglesias sería un principio en el sentido de Robert Alexy, esto es, un mandato de optimización, categoría caracterizada por su realizabilidad en diferente grado en función no sólo de las posibilidades fácticas sino también de las jurídicas, esto es, de las derivadas de la existencia de reglas y principios en competencia (Ruiz Miguel y Navarro-Valls 2008: 80-90).

Rafael Navarro-Valls: *Neutralidad activa y laicidad positiva*:

[...] Nuestro Derecho constitucional en esta materia es un sistema de frontera. Ante los inevitables conflictos fronterizos huye de dos actitudes históricamente letales: la tentación del Estado de desembarazarse totalmente de la religión, encerrarla en el gueto de la privatización o, si se quiere, volver «a meter a Jonás en el vientre de la ballena» [la referencia es a una metáfora de S. Berlingó];o, al contrario, la tentación del poder religioso de sofocar la imprescindible autonomía del poder político. Por eso la Constitución estableció un punto de equilibrio entre la neutralidad radical y la sospechosa camaradería. Entendió que si no elegía la vía del conflicto como norma, había de escoger la vía de la colaboración como sistema. [...]

Si se observa atentamente, eso es lo que el Tribunal Constitucional hace cuando se enfrenta con el principio de cooperación. [...]

Con estas palabras [se refiere a las afirmaciones de Ruiz Miguel de que «el Estado laico exige que las distintas creencias en materia religiosa operen en la sociedad con plena libertad negativa, sin privilegios que marquen preferencias por

11. Se refiere a lo que había definido como «una excesiva e indebida incorporación a la interpretación constitucional de criterios procedentes de los acuerdos internacionales con la Santa Sede o del mero desarrollo normativo de rango legal e incluso inferior, como los acuerdos del Gobierno con determinadas entidades representativas de algunas confesiones religiosas» (p. 52).

unas convicciones sobre otras»], el ponente parece acoger el nuevo concepto de «neutralidad activa» del Estado que reconoce en el separatismo decimonónico no sólo una aportación histórica válida sino un criterio inspirador de la normativa del Estado plural. Asegurado un mínimo inderogable de normas (las constitucionales), el Estado resumiría en sí todas las verdades posibles, sin excluir ninguna, pero relativizándolas, de modo que el Estado sería el árbitro entre los valores consolidados y los nuevos, haciéndose competente para favorecer los valores emergentes. Con lo cual se transformaría de simple sujeto garante del ordenamiento, legalidad de los actos y legitimidad de los poderes públicos, en custodio de un determinado patrimonio moral, en un sujeto activo favorecedor de los nuevos valores. En vez de limitar los poderes del Estado, este tipo de neutralidad le confiere, más bien, poderes ilimitados.

Esta conceptuación recuerda una cierta sustitución del Estado teocrático por el democrático. Por consiguiente, coincido con Martínez-Torrón en que la misión del Estado es custodiar un «libre mercado de ideas y religiones», renunciando a un intervencionismo dirigido a modificar el panorama sociológico real con la pretensión de construir un arquetípico pluralismo. La intervención estatal «no puede ir más allá de lo que demanda la protección del 'consumidor' en el ámbito religioso (a semejanza de lo que ocurre en el ámbito económico): es decir, una actuación positiva encaminada a evitar la formación de monopolios que impidan la vitalidad de pequeños grupos, y también a eliminar, en lo posible, el riesgo de fraude por parte de grupos pseudo-religiosos». Creo, además, que este punto de vista es el más congruente con la redacción del artículo 16.3 de nuestra Constitución.

[...] La realización del pluralismo no puede consistir en la promoción de un «mercado ideológico» preconcebido, «sino más bien en garantizar que las fuerzas sociales puedan desarrollarse libremente según su propia vitalidad, dentro de un marco de ideas y religiones que indudablemente responde a la trayectoria histórica de un país» [las palabras entrecomilladas son también de Martínez-Torrón].

Por eso he dicho antes que esta concepción [la de Ruiz Miguel] recuerda al Estado ideocrático. [...]

A su vez, esta comprensión de la virtualidad cívica de lo religioso [está defendiendo el concepto de «laicidad positiva» que, en su opinión, acoge el Tribunal Constitucional español, pero proviene de la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, del Tribunal Constitucional Federal alemán y del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, corrientes que, a su vez, han venido a converger en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos] ayuda a entender el real significado de la neutralidad del Estado. Y no me refiero, naturalmente, a una percepción de la neutralidad estatal desde una perspectiva confesional o religiosa, sino desde la perspectiva propia del Estado constitucional. La neutralidad no puede fundarse, ni siquiera implícitamente, sobre una pretendida superioridad del saber secular sobre el saber religioso, sino que, además de respetar el contenido de las tradiciones religiosas, parte del presupuesto de que —como indica Habermas— «la filosofía tiene también muy buenas razones para mostrarse dispuesta a aprender de las tradiciones religiosas (*ibid.*: 105-106, 113-115 y 130).

Alfonso Ruiz Miguel: *La neutralidad por activa y por pasiva*:

[...] Lo decisivo, en todo caso, es que cuando el intérprete de la Constitución juzgue, como debe hacer, no si una ley es la que mejor encaja sino si es contraria a la Constitución, lo haga bajo la más completa y mejor teoría de los principios y preceptos constitucionales en juego. Ésa es la pretensión de mi interpretación ideal, como lo debe ser de cualquier interpretación que pretenda valer como la más adecuada. Y, por cierto, que eso no parece incompatible con defender una interpre-

tación intermedia que, considerada la lejanía entre aquélla y la errónea interpretación vigente, proponga una más realista rectificación gradual de esta última. [...]

En congruencia con mi planteamiento, tampoco puedo concordar con el diagnóstico sobre el principio de cooperación, al menos tal y como ha venido funcionando hasta ahora y como lo justifica el profesor Navarro-Valls. Para decirlo franca y abiertamente, yo no creo conveniente ni fructífero ese punto de equilibrio entre neutralidad radical y confusión político-religiosa que, a mi modo de ver, ha basculado sospechosamente hacia la segunda parte de la alternativa. La neutralidad —o aconfesionalidad o laicidad, llámesela como se quiera— o es rigurosa o no es verdadera neutralidad, sino favorecimiento de una, otra o varias opciones religiosas, siempre en detrimento de otras, incluidas en especial las que descreen de las religiones positivas o al uso. [...] Mi propuesta alternativa era y es que, para evitar todo conflicto en el futuro, con ésa y con cualquier otra confesión, la vía maestra es reducir la cooperación a la mera facilitación de las diversas actividades religiosas mediante el mecanismo de los permisos, absteniéndose de toda incentivación en forma de prestaciones o medidas promocionales. [...]

Con esta propuesta no acojo en absoluto el «separatismo decimonónico» según el cual el Estado pasaría de teocrático a ideocrático para asumir todas las verdades posibles como relativas pero a favor de los valores emergentes, como me censura el prof. Navarro-Valls. En esta materia más bien aplaudo con entusiasmo su mismo criterio sobre el Estado como custodio del «libre mercado de ideas y religiones». Pero me temo que tal mercado, para ser realmente libre debe excluir toda intervención económica del Estado, necesariamente distorsionadora, de modo que cada consumidor pague el verdadero precio de los productos religiosos que consuma. [...] La única manera de evitar el intervencionismo es no alentar mediante subvención alguna a ningún grupo por razones religiosas, de modo que, en efecto, «las fuerzas sociales puedan desarrollarse libremente según su propia vitalidad». [...]

Acierta de lleno mi amable colega cuando me figura partidario de las acciones positivas. [...] Sin embargo, la aplicación de la noción de «acción positiva» a las ayudas de la Iglesia católica constituye una clara inversión de tal noción, si no también una perversión, en cuanto que en su caso consisten en ayudas a un grupo mayoritario que no ha venido sufriendo discriminación ni desventaja alguna, sino más bien todo lo contrario, y cuyo objetivo no es conseguir la igualdad social entre las creencias religiosas, sino mantener, e incluso aumentar, el predominio sociológico de que viene gozando. [...]

Concluyo ya. La neutralidad liberal por mí defendida, que el prof. Navarro Valls denomina «activa», no es más ni menos beligerante contra las religiones que contra las creencias a-religiosas. A mí me parece más bien pasiva, ya que lo que proyecta es la clara separación entre el Estado y los asuntos religiosos, y la abstención de toda intervención pública directa que no se dirija a garantizar el libre curso y concurrencia de las distintas creencias (*ibid.*: 154, 161-165 y 187).

Navarro-Valls: *The end*:

Sólo me resta hacer brevísimas observaciones a algunas afirmaciones, *obiter dicta*, del profesor Ruiz Miguel.

A) Contrapone «interés común del Estado y factor religioso». ¿Es que la religión no es de interés del Estado? Ése es el típico axioma de cierta ideología política, que confunde la interferencia del Estado en materia religiosa (lo cual es sin duda inapropiado, tanto como la injerencia de las Iglesias en lo secular) con el necesario «desinterés» del Estado por la cuestión religiosa. Esto último es tan irreal, y tan desafortunado, como predicar el desinterés del Estado por el arte, la

prensa, el deporte, etc., pues también ahí debe ser neutral (no es concebible un Estado apoyando al Real Madrid más que al Atlético...). La religión, y las creencias, son asuntos de interés estatal en la medida en que constituyen expresiones del ejercicio de un derecho fundamental, y en la medida en que constituyen factores sociales de alto impacto. La neutralidad no creo que tenga nada que ver con «mirar hacia otro lado», o con actitudes esencialmente abstencionistas, sino sobre todo con: 1) no invadir la autonomía del individuo o de las confesiones; y 2) la práctica escrupulosa del principio de igualdad.

B) Denominar «perversión» que pueda aplicarse a la Iglesia católica la noción de «acción positiva» es tanto como entender de origen perverso, por ejemplo, las ayudas a los grandes sindicatos tras la dictadura franquista. En ambos casos —aunque en épocas distintas— se produjo un auténtico expolio de bienes propios (desamortización, en el caso de la Iglesia; expropiación, en el caso de los bienes sindicales), que puede justificar —aparte de otras aportaciones sociales, políticas, por parte de los sindicatos, asistenciales por parte de la Iglesia— ayudas compensatorias.

C) Denominar «despropósito» el esfuerzo de intentar trasladar a la esfera pública las creencias, es —si me permite la expresión mi querido antagonista— un truco argumental que implica la confusión entre llevar a la esfera pública una idea, es decir, sacarla a cotización en la bolsa de valores democráticos, e imponer tales ideas a los demás. [...]

D) En la página... el prof. Ruiz Miguel, al aludir a una expresión mía en la que ponía en duda la neutralidad de la ideología que puede subyacer en algunas de sus expresiones, reacciona vehementemente. Tal reacción parece apuntar a una forma de debate ideológico con un hilo argumental de excusa jurídica. Es decir, a propósito del Derecho, en el fondo, se están discutiendo posiciones de carácter ideológico-político. Sea cual sea la ideología, la realidad es que el Derecho español en su práctica, no en su teoría, no parece que le dé la razón. Hay, pues, una remisión implícita, no tanto a la enmienda del Derecho en el plano del debate jurídico, cuanto a la acción política y a los programas electorales de los partidos. Pero ésta es cuestión bien distinta a la debatida en nuestras ponencias (*ibid.*: 196-199).

1) ¿Cometen alguna falacia los dos contendientes? Por ejemplo, ¿es falaz el recurso de Ruiz Miguel a lo que llama un «sencillo experimento mental», en cuanto supone una deformación de la realidad? ¿Incurre Navarro-Valls en la falacia del término medio al presentar su postura como un virtuoso equilibrio entre dos extremos?

2) ¿Tiene sentido hablar de «interpretación errónea» del Tribunal Constitucional, como lo hace Ruiz Miguel al comienzo de su última intervención? ¿Qué quiere decir que puede equivocarse el Tribunal Constitucional? ¿Suscribe, al pensar así, Ruiz Miguel la tesis de la no indeterminación del Derecho? ¿Y Navarro-Valls?

3) ¿Qué le parece el procedimiento de «retorsión» que emplea Ruiz Miguel al dirigir contra Navarro-Valls la imagen que este mismo había sugerido —la del mercado de ideas y religiones— para defender su punto de vista? ¿Quién tiene razón en este punto?

4) ¿Y quién la tiene en relación con las «acciones positivas»?

5) De acuerdo con la última observación de Navarro-Valls, ¿cabría decir que él no considera que en la interpretación del artículo 16.3 de la

Constitución jueguen un papel importante elementos de teoría político-moral? O sea, ¿tendría razón al sostener que la postura mantenida por Ruiz Miguel no es exactamente de carácter jurídico, sino más bien político-moral o ideológica? ¿Sería ésa una concepción adecuada de la interpretación constitucional? ¿Y cabría, como consecuencia de ello, resolver «salomónicamente» la disputa: por ejemplo, aceptando (es sólo una suposición) que Ruiz Miguel tiene razón en el plano de la filosofía política, pero que su concepción —tanto el modelo ideal como la solución intermedia— no es compatible con la incorporada a la Constitución española?

6) ¿Cuál de las dos argumentaciones le parece, en conjunto, más persuasiva? ¿Por qué?

X

EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN Y ALGO MÁS

A.: ¿Quieres que hablemos ahora sobre tu libro? Ya me he leído los nueve capítulos que me pasaste.

B.: Sí, muy bien. Acabo de salir de clase, de manera que, dicho en términos deportivos, ya he entrado en calor: estoy en condiciones para debatir contigo... Por la cara que pones, me parece que hay más de una cosa que no te debe de haber gustado.

A.: Bueno; vamos a ver...

B.: Por cierto, y perdona que te interrumpa, el tema de la clase de hoy era Ihering; he estado comentando algunos fragmentos de «Bromas y veras en la Jurisprudencia». He leído esos textos como media docena de veces, y cada vez que lo hago siento mayor admiración por Ihering... aunque ésa no sea su obra cumbre. Pero viene muy bien para discutir con los estudiantes. Alguien tendría que hacer una recopilación de textos breves suyos; una especie de libro de aforismos, de citas, de su teoría del Derecho. Entre otras cosas, era un escritor poderoso: como Savigny y como Holmes, que son los dos autores entre los que se inserta Ihering en el programa de clase. Voy a leerte algún trozo, porque merece la pena...

(Saca de su cartera un grueso bloc de fotocopias).

¡Mira! ¡A ver qué te parece...!: «Oponer a una norma que el legislador ha considerado necesaria por ser práctica, la objeción de que es imposible, absurda o errada, es la peor acusación que un jurista puede hacerse a sí mismo. El reproche se vuelve contra él, pues implica reconocer que su capacidad conceptual no alcanza para comprender la realidad. Equivale a declarar en quiebra la mente». Ihering está criticando, como sabes, a los representantes de la Jurisprudencia de conceptos, pero exactamente lo mismo podría decirse, me parece, de los juristas que critican hoy el llamado «matrimonio homosexual», entre personas del mismo sexo. Recuerdo haber leído hace poco un artículo de un civilista conocido en el que se sostenía que el matrimonio homosexual no es un matrimonio en sentido «técnico-jurídico». Y lo curioso del caso es que las preguntas que él se for-

mulaba —una de ellas creo que era la de cuándo se produce una simulación de matrimonio— sólo podían contestarse —y sin demasiados problemas— si se partía de una perspectiva «no técnico-jurídica». ¡Extraña manera de entender —y de defender— la técnica jurídica! Si los problemas prácticos no pueden resolverse si se parte de un concepto «riguroso», «técnico-jurídico», de matrimonio, pero son casi triviales si uno abandona esa perspectiva, ¿para qué diablos sirven entonces el «rigor» y la «técnica jurídica»?

A.: Pues, precisamente, para aparentar que se posee rigor y conocimiento técnico-jurídico... y quizás también para propósitos ideológicos.

B.: ¡Fíjate en esta otra frase!: «Pensar consecuentemente es algo bello, y quizás en ninguna ciencia, fuera de las matemáticas, esa forma de pensar encuentra tanto campo de juego como en la Jurisprudencia». Escrita pocas páginas antes de esta otra: «Los juristas romanos piensan consecuentemente, pero se detienen cuando la necesidad práctica se lo ordena. Al atenerse a la lógica jurídica, nunca pierden de vista las realidades de la vida». Al contrario de lo que, según él, ocurría con la Jurisprudencia de conceptos: «La lógica ya no sirve a la vida, como en Roma, sino la vida a la lógica».

A.: Suena a lo de Holmes, ¿no? A lo de que la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia.

B.: Sí. No cabe duda de que Ihering debe de haber influido mucho en Holmes y en los realistas. Recuerdo habérselo oído muchas veces a Bob Summers, que sentía una enorme admiración por Ihering. Yo creo que alguna vez me dijo que se había puesto a estudiar alemán para leer a Ihering en su idioma... Esta metáfora me parece acertadísima: «El teórico puede parangonarse con el marino en dos aspectos, pues su cometido es también *llegar* al puerto de destino y evitar cualesquiera desviaciones del rumbo prescrito, los arrecifes y los bancos de arena. Su misión no es ir navegando por placer, sin meta ni rumbo, sino arribar, y el viaje habrá valido la pena según las mercancías que se desembarque». Esto podríamos hacerlo imprimir y mandárselo a nuestros amigos porteños y genoveses para felicitarles la Navidad.

A. (En tono sarcástico): Sí, y supongo que también para fortalecer nuestros lazos de amistad con ellos.

B.: Y para terminar... y hay muchas más que tengo subrayadas... Hay una un poco larga, pero merece la pena... Aquí está:

«Es bien sabido que una cosa es saber algo y otra distinta explicársela a otro. Esto último requiere que uno mismo tenga una idea perfectamente clara sobre el punto: lo que ha sido, en mayor o menor medida, algo inconsciente, una sensación o algo sabido a medias, se eleva ahora al plano de lo consciente o del saber acabado. La regla: *docendo discimus* no quiere decir que para enseñar tengamos que adquirir algunos conocimientos adicionales, sino que, para enseñar, tenemos que clarificar por completo nuestras ideas que no son del todo claras. En alemán existe una expresión similar muy acertada: *sich klar schreiben* (escribir para aclararse). Personalmente, he comprobado infinidad de veces la verdad de este aserto. Hasta con las ideas que he elucubrado y albergado en mi mente durante

años, siempre puedo volver a comprobar que sólo obtengo un dominio perfecto de ellas cuando les doy forma escrita. Estoy convencido de que en muchos espíritus bien dotados, de los cuales el mundo nunca ha tenido noticia, han dormitado nociones, ideas y concepciones que habrían reportado la mayor gloria a quienes las incubaron, si alguna necesidad exterior los hubiese obligado a darlas a luz. Es posible que en el interior de la mente humana se pierda tanto como en la naturaleza: de las semillas, son las menos las que germinan, y no pocas veces es la semilla de la cizaña la que brota y prolifera, mientras que las semillas nobles se pudren en la tierra o se secan a la vera del camino, por serles desfavorables las condiciones».

A mí esto último me hace pensar en lo que tantas veces hemos comentado: para hacer filosofía del Derecho, lo que básicamente se necesita hoy no son grandes medios (además, las bibliotecas están al alcance de cualquiera), sino tener a alguien (a un grupo de gente) con quien discutir y que permita ir filtrando las ideas equivocadas o simplemente no interesantes y quedándose con las que pueden dar algún fruto. Quizás pudiera decirse que es una interpretación dialógica de lo que dice aquí Ihering. Claro que, pensándolo bien, también se necesitaría pertenecer a una institución, a una cultura, que se tome en serio las ideas, que aliente el que la gente se ponga a pensar por cuenta propia y no solamente a repetir o a glosar ideas de los *anglos*, etcétera. Pero esto es otra cuestión...

A.: Me parece que sí. ¿Volvemos al asunto del libro?

B.: Espera un momento, no tengas tanta prisa. Al fin y al cabo, el nuestro es un diálogo «iusfilosófico» y no «jurídico-profesional». Te digo esto porque he leído hace poco un librito de Feyerabend que se titulaba «Diálogo sobre el método». La verdad es que todo lo que dice ahí me parece bastante disparatado, pero empieza con una especie de adaptación de un fragmento de un diálogo de Platón, del *Teeteto*, que me ha gustado. Viene a decir que el diálogo del filósofo (creo que él lo llama del «hombre libre») es un diálogo sin premuras, sin límites de tiempo; mientras que el del profesional, el del experto, se caracteriza por todo lo contrario. Me parece que su expresión (¿o la de Platón?) es que este último actúa como un esclavo, aunque sea un esclavo bien pagado. Así es que ¡comportémonos como hombres libres!

A.: Por mí... Pero ten en cuenta que yo también tengo clase. A la una.

B.: Bueno, pero podemos seguir hablando mañana —o cualquier otro día— de lo otro. Déjame que te acabe con lo de Ihering; vengo eufórico de la clase. Yo creo que un filósofo del Derecho (cualquiera que haga de alguna forma teoría) tiene que sentirse dentro de una tradición de pensamiento. Y si se trata del Derecho o de cualquier actividad práctica, hay que formar parte también, o que estar cerca, de la comunidad en la que se actúa: el marino de Ihering transporta las mercancías de quienes las producen a quienes las necesitan; yo diría que quienes las producen, en nuestro caso, son los filósofos, los científicos sociales, etc., y a quienes hay que entregárselas es a los juristas prácticos; y para nosotros, los juristas prác-

ticos no pueden ser los abogados de Wisconsin, como diría Elías [Díaz]. Pero claro que por el camino, si se hace buena filosofía del Derecho, se ha incorporado un valor. O sea, el filósofo, el teórico, del Derecho no es simplemente un transportista, sino un intermediario o algo así, alguien que, al poner los materiales que toma de otro lado en relación con el Derecho, los transforma en alguna otra cosa, en una nueva teoría. Hace tiempo, cuando existía lo de las «Memorias de cátedra», recuerdo haber usado esa figura del mediador, como una especie de alternativa a la dicotomía entre la filosofía del Derecho de los filósofos y la filosofía del Derecho de los juristas del famoso artículo de Bobbio.

A.: Sí, lo de Bobbio estaba muy bien. Como todo lo suyo. Pero uno tiene la impresión de que, a pesar de que él mostrara su predilección por la filosofía del Derecho de los juristas, en realidad él fue poco jurista. Lo que más le interesaba era la política. Y supongo que no fue casual que abandonara la filosofía del Derecho por la filosofía política. ¡Eso no lo hace un buen jurista! (Sonríe con picardía).

B. (También sonríe): Seguramente tengas razón. Pero a lo que iba. Yo me considero dentro de una tradición de pensamiento de la que, sin duda, forma parte Ihering; al igual que Marx, Holmes y, entre los contemporáneos —como nombres quizás más representativos—, Dworkin, Alexy y Nino. Me gustaría poder considerar también a Ferrajoli como parte de esa tradición. Pero ya sabemos que eso no es posible, o no del todo. Yo creo que aquí, en nuestro grupo, compartimos con él muchas cosas, pero nos separan también algunas otras; él está —para entendernos— más en la línea de Hobbes y de Kelsen, en la del positivismo...

A.: ... En la misma que Bobbio.

B.: Sí, aunque esperemos que no sin remedio. ¿Te conté que en la mesa redonda en la que participé en Turín, en el centenario de Bobbio, dije que, en mi opinión, si viviera hoy, Bobbio ya no sería positivista, que era alguien demasiado atento a la evolución de las cosas como para seguir siendo positivista? A algunos les pareció casi una ofensa... Vuelvo a Ihering. Una cosa bastante curiosa es que, al parecer, era un conservador (muy conservador) en política, aunque su teoría del Derecho estuviera en la buena dirección. En el prólogo a «La lucha por el Derecho», Clarín dice algo así, que Ihering era un conservador, pero que su concepción del Derecho tenía consecuencias revolucionarias. A veces suceden esas cosas. Sin ir más lejos, yo creo que es el caso de Bob Summers: todo un republicanote (no me extrañaría que sintiera simpatía por el «Tea Party»; desde luego, la sentía por George W. Bush), pero con una concepción del Derecho que, en sus planteamientos generales, me parece básicamente acertada. En la línea de Ihering. Y tiene toda la razón en que Ihering es el origen de todo el pragmatismo jurídico; del pragmatismo en sentido amplio y del pragmatismo bien entendido, en donde —cada vez me parece más claro— cabe incluir tanto a Dworkin como a Nino y yo diría que también a Alexy. Ya sabes que éste fue uno de los puntos de discu-

sión con Juan [Ruiz Manero]. Pero no creo que las discrepancias entre nosotros, por lo menos en esto, sean grandes. Aunque quizás tampoco haya sido simplemente una disputa sobre palabras; quizás una diferencia en materia de estilos, de estilos iusfilosóficos. Y no es lo mismo: quiero decir que no creo que se trate sin más de que a él no le gusta —o no le parece apropiada— la palabra «pragmatismo» o «pragmatismo jurídico» y a mí sí. Pero sobre esto ya hemos hablado alguna vez...

A.: Sí, y ya sabes mi opinión. No me parece que fuera un debate —digamos— muy edificante...

B.: ... Bueno, bueno... Fuller (otro que también estaría en esta tradición pragmatista en sentido amplio) puso una vez un símil que, como sabes, a mí me gusta utilizar: el de la carretilla. Kelsen se preocupó únicamente por la forma, por la estructura del instrumento, del Derecho; pero se desentendió del contenido, de lo que se transporta en una carretilla, y de la dirección, de la actividad o finalidad que se lleva a cabo con ese instrumento. La superioridad de la línea de Ihering, de Holmes y del realismo jurídico, de lo que Summers llamó el «instrumentalismo pragmatista», es que ellos sí que vieron ese elemento de la finalidad. Su problema es que descuidaron el contenido, les faltó una teoría exigente del Estado de Derecho y de los derechos humanos. Vivieron antes de la «edad de los derechos» y no comprendieron que ese contenido no podía venir dado simplemente por la moralidad social, que una parte del mismo debe considerarse como indisponible, como un «coto vedado», para utilizar la expresión de Ernesto [Garzón Valdés].

A.: ¿Quieres decir que tendríamos que sentirnos más herederos de Ihering que de Kelsen?

B.: Creo que sí. La «superioridad» del positivismo de Ihering sobre el de Kelsen la detectó con toda claridad González Vicén. Te lo voy a leer. Está en un texto que vimos también en clase la semana pasada y lo tengo por aquí... Aquí está: *Sobre el positivismo jurídico*, de 1967:

«El fin del Derecho no es ni puede ser algo invariable y de contenido determinado, como, por ejemplo, la 'verdad' en el conocimiento teórico, sino sólo una dirección, un signo indicador. Esta 'dirección' la ve Jhering [González Vicén escribe el apellido con 'J', como, al parecer, debe hacerse así] en lo que él llama 'condiciones de vida de la sociedad', un concepto que, de acuerdo con su carácter formal, puede, según el momento, significar y justificar las cosas más diversas e incluso más contradictorias, como el mismo Jhering reconoce: desde la esclavitud al principio de la libertad personal, desde las persecuciones religiosas hasta el postulado de la tolerancia. Este criterio formal, lo único, según Jhering, que puede decirse sobre el contenido del Derecho, se combina con el de la coacción estatal, para llevar a la siguiente definición del Derecho: 'Derecho es el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad aseguradas por el poder estatal por medio de la coacción externa'».

Y unas páginas después:

«El positivismo no mantiene, en efecto, el principio de que cualquier contenido, aun el más absurdo e inicuo, puede, en cualquier momento, convertirse en Derecho, si se lo reviste de los caracteres formales requeridos. Un principio así sólo es posible en una teoría que —como la del neokantismo, especialmente en su forma kelseniana— parte de la separación entre forma y contenido del Derecho. [...] El positivismo jurídico en cambio, si algo pretende es justamente la comprensión del Derecho como un fenómeno social, individual y concreto en el que, por ello mismo, el contenido no es algo indiferente, sino su elemento esencial. [...] A esta determinación histórica del Derecho como orden concreto se refería ya Savigny, cuando decía que 'el Derecho no es como un traje hecho a la medida, del que uno puede despojarse caprichosamente cambiándolo por otro'; es la misma idea que nos sale al paso en la noción del 'Derecho propio de nuestro tiempo' que anima el movimiento reformador del radicalismo inglés, o en las 'condiciones de vida de la sociedad' de Jhering, o en el concepto de la movilidad social del realismo norteamericano. Aquí como allí, fórmulas que apuntan a las exigencias de una realidad social concreta como criterio de la ordenación jurídica. Estas exigencias pueden proceder de la misma estructura real de la sociedad, pero también pueden ser exigencias ideales».

A.: Está bien, pero no sé si te das cuenta de que, en lo último que me acabas de decir, parece haber una contradicción. O sea, no me parece que puedas usar a González Vicén como autoridad para defender tu postura, cuando resulta que él era un positivista, y tú no. Y tampoco veo de qué manera puedes criticar a Ferrajoli a partir de Ihering, Holmes, etc., cuando resulta que estos últimos están, por así decirlo, más cerca de Ferrajoli que de ti.

B.: Es posible que lo parezca, pero no creo que sea así. Lo que pasa es que lo anterior necesita de alguna matización. Lo que quiero decir es que Ferrajoli viene de la tradición hobbesiana, kelseniana (y bobbiana), y de ahí su concepción tan radicalmente voluntarista del Derecho. Pero él ya no es, claro, un kelseniano (ni un bobbiano; aunque quizás sea, de entre todos los filósofos del Derecho italianos, el más afín a Bobbio). Está claro que es ese voluntarismo (unido a su relativismo o no-cognoscitivismo en materia de ética) lo que aleja su concepción de la nuestra, de la que —yo creo— tenemos todos aquí, en el departamento. Yo tampoco soy, claro, estrictamente iheringiano (¡vaya palabreja!) o realista, pero me parece que, a partir de esa tradición, es más fácil construir una teoría adecuada —adecuada para nuestro tiempo: el del Estado constitucional— del Derecho. Diría: es más fácil superar el positivismo jurídico a partir de una concepción como la de Ihering que desde la de Kelsen. Por cierto, que hay un paralelismo curioso entre la concepción (la metateoría) del positivismo jurídico de González Vicén y la de Ferrajoli. Para defender *su* concepción del positivismo jurídico, González Vicén no dudó —como escribió en el texto que te acabo de leer— en arrojar a Kelsen fuera del campo del positivismo jurídico. Y si se examina con un mínimo de cuidado lo que Ferrajoli entiende por «po-

sitivismo crítico» (en cuanto contrapuesto al «paleopositivismo»), resulta que se trata de una concepción del Derecho que no podría ser considerada como positivista en ninguno de los tres conocidos sentidos de positivismo que distinguió Bobbio: como enfoque, como teoría y como ideología. Claro que Ferrajoli tiene, yo creo, razón, al replicar —cuando se le formula esta crítica— que la tricotomía de Bobbio (y, habría que añadir, su caracterización —la de Bobbio— del positivismo jurídico) es muy poco convincente. Personalmente, siempre he pensado que era más fructífero el planteamiento de González Vicén, al distinguir entre el positivismo jurídico como hecho histórico (como concepto) y las teorías (las concepciones) del positivismo jurídico. Aunque está, claro, el problema de no poder incluir a Kelsen en el positivismo jurídico, lo que resulta, por lo menos, extraño.

A. (Con ironía): He aprendido mucho sobre Ihering y sobre el positivismo jurídico, pero el tiempo se me ha echado encima. Tendremos que dejar lo de hablar de tu libro para mañana.

B.: Está bien. ¿Pero no puedes anticiparme al menos el sentido de tu crítica?... Para ir pensando en ella.

A.: Hay algunas cosas, aquí y allá, con las que no estoy de acuerdo y que he ido señalando. Pero son más bien de detalle. En conjunto me parece bien, aunque creo que el lector puede tener dificultades de comprensión. Hay muchas cosas que están dichas, pero no explicadas suficientemente. Y luego tengo una cuestión más o menos de fondo que se refiere a la identificación entre teoría del Derecho y teoría de la argumentación jurídica y, por tanto, entre Derecho y argumentación que, cuando menos, está sugerida. O sea, el lector puede acabar pensando que el Derecho es simplemente argumentación, y no —además— algo que tiene que ver con el poder o, si se quiere, con los poderes. No es que quiera remedar a los *Critical* y entonar lo de «el Derecho es política» o algún otro eslogan por el estilo. Pero no se puede dar tampoco una imagen demasiado angelical del Derecho. Ya sabes cuál es la frase que a mí me gusta recordar para estos casos: «¡los pueblos no se gobiernan con padrenuestros!».

B.: Ya veo por dónde vas. Bueno... dejémoslo, entonces, para mañana.

B.: ¿Seguimos con la conversación de ayer?

A.: Sí, hoy tengo la mañana más o menos libre. He pensado de todas formas que de las cosas de detalle podemos prescindir ahora. Te paso mis hojas con las anotaciones y tú ves si les haces o no caso y me dices si hay algo que quieres que te aclare. Podemos centrarnos, entonces, en lo que llamaba «cuestión de fondo».

B.: De acuerdo. Pero ya sabes que haré caso a las indicaciones de detalle que me hayas hecho. Siempre lo hago. Quiero decir, las tomo muy en serio: no pocas veces me han llevado a cambiar, a mejorar, mis textos.

A. (Con ironía; casi con sarcasmo): Sí, ya se sabe que en una discusión tú adoptas siempre una actitud de apertura y empatía máxima hacia el otro. ¡Un modelo de discutidor racional!

B. (Sonriendo): Bueno... Yo también he estado pensando en lo que ayer me decías y he estado releyendo los nueve capítulos (que realmente son todavía borradores). Es cierto, claro, que propongo una visión del Derecho como argumentación, digo también que a la teoría del Derecho (la teoría de las fuentes, de la validez, de los enunciados jurídicos, etc.) se le puede sacar un mejor partido —volver operativa— cuando se inserta en un contexto argumentativo, etc. Pero no creo que se me pueda acusar de identificar Derecho y argumentación ni de reducir la teoría del Derecho a la teoría de la argumentación jurídica. Son cosas distintas. Y lo digo varias veces: que es *una* de las perspectivas desde la que contemplar el Derecho, no la única, aunque dotada, por las razones expuestas, de particular importancia. De lo que quizás sea culpable es de haber escrito un libro con el título de «El Derecho como argumentación», que puede resultar —ha resultado— equívoco. Pues no sólo hay lectores de solapas de libro, sino lectores de títulos que, habiendo hecho sólo eso —por increíble que parezca—, se atreven a opinar y a criticar.

A.: Bueno, dejémonos de jeremiadas. Ya sé que dices esas cosas, en el libro y en las conversaciones. Pero mi crítica iba por otro lado. O sea, lo que quiero decir es que no basta con afirmar que el Derecho no es sólo argumentación como el que repite una salmodia para curarse en salud, para que no se te pueda atacar por tener una concepción del Derecho «reduccionista». Pero eso no es suficiente. Se necesitaría, por lo menos, mostrar por qué el Derecho no es sólo argumentación y qué es el Derecho además de argumentación.

B.: De acuerdo. Lo que planteas, entonces, es una cuestión realmente de fondo y a la que, desde luego, no estoy en condiciones de contestar. No era el propósito de este libro. Pero puedes tener razón —la tienes— en que, sin ello, esa visión del Derecho queda incompleta.

A.: Entendámonos bien. No digo que falte por elaborar en el libro una teoría completamente general del Derecho. Ése podría ser, si acaso, el objetivo de otro libro. Y, si ésa fuera mi crítica, resultaría efectivamente impertinente, algo que no viene a cuento. Pero no es ésa. Lo que digo es que al lector no se le puede transmitir el mensaje —y creo que esto es lo que sucede, lo quieras o no— de que vea el Derecho simplemente como argumentación; lo que significa, claro está, que no se fije en otras perspectivas... sin las cuales ni siquiera puede entenderse bien por qué tiene sentido ver el Derecho como argumentación.

B.: Sí, ahora te entiendo bien. Y te diré que es un tema que me he planteado desde hace tiempo y sobre el que he escrito algunas cosas que no han pasado de la fase de borrador. Para serte franco: ayer por la tarde le estuve echando un vistazo a esas notas. Mi planteamiento viene a ser el siguiente.

Mostrar por qué el Derecho no puede ser sólo argumentación no es quizás una tarea muy difícil. Lo difícil es lo otro: aclarar qué más es y de qué manera esas otras dimensiones del Derecho se vinculan con la argumentativa. Ver el Derecho como argumentación tiene un límite que podría

llamarse interno, simplemente porque no todas las decisiones —las decisiones jurídicas— se pueden argumentar. Si estableciéramos la obligación de tener que argumentarlo todo, de tener que dar razones sobre todo, ni el Derecho ni ninguna otra empresa racional podría sobrevivir. Ni siquiera eso que llamamos el discurso racional. Entre las reglas que lo rigen se incluyen las que regulan las cargas de la argumentación que, en definitiva, fijan una serie de supuestos en los que no se tiene la obligación de seguir dando razones; si no fuera así, el discurso no podría avanzar. De manera que podría decirse que es la propia razón la que se impone límites a sí misma. Y en el caso del Derecho, incluso en relación con las decisiones de los jueces (que son las que parecen requerir una argumentación más exigente), no todo tiene que ser argumentado. No tienen que serlo las decisiones de escasa importancia. E incluso en relación con las que tienen naturalmente que ser motivadas, las sentencias, hay ciertos límites en cuanto a algunos aspectos de las mismas. Esto me parece incluso muy importante de subrayar, precisamente para que pueda haber una verdadera motivación de las sentencias.

A.: ¿A qué límites te refieres?

B.: Me refiero a que, como sabes, muchos jueces se sienten obligados a tener que contestar a todos los argumentos que han surgido en el proceso (por ejemplo, a todos los planteados en un escrito de recurso) y ello trae como consecuencia sentencias larguísimas, pesadísimas, prácticamente ilegibles y que, en realidad, no pueden cumplir la función que tendrían que cumplir: se motiva para poder entender las razones de la decisión y para poder, eventualmente, criticarlas. Creen que están obligados a contestar a todo (y previamente a exponerlo todo), pero en realidad no es así. Sólo deben contestar a aquello que resulta pertinente, pero no a los argumentos que, simplemente, equivocan el blanco. Lo que pasa es que es también comprensible que muchos jueces se sientan inseguros y, por si acaso, prefieran disparar a todo. Pero está claro que ésa no es una buena práctica argumentativa. En relación con los abogados, puede entenderse también que tiendan a alargar las demandas para tratar de convencer al cliente de que se han ganado la minuta que le van a pasar. Pero también esta práctica es muy equivocada: no creo que sea una forma de predisponer a su favor a los jueces.

A.: En esto no puedo estar más de acuerdo contigo. Ya sabes de mi afición a escribir trabajos en cuyo título pueda aparecer la expresión «en pocas palabras».

B.: Es verdad. Aunque en esto, como en todo, hay que mantener un equilibrio. Hay veces que el lector agradecería «más palabras», porque los textos demasiado sintéticos pueden requerir más esfuerzo y más tiempo que los de mayor extensión.

A.: Ya, y ese equilibrio, claro, está representado en tus trabajos, que por ello no son nunca ni demasiado largos ni demasiado cortos.

B.: ¡Oye!, que no lo decía por ti. Aunque no te lo creas, tenía un sentido autocrítico. Luis Risco también leyó los nueve capítulos, y le pareció

que necesitaban algo más de desarrollo. Aunque no sea —como sabes— ni un jurista ni un filósofo, me fío mucho de su juicio. De todas formas, él no había visto los materiales que acompañan a los capítulos y que —espero— pueden contribuir a facilitar las cosas al lector.

A.: Bueno. Sigue con lo de los límites de la argumentación.

B.: De acuerdo. Además de ese límite interno en relación con lo que no hay que —o no se debe— argumentar, está el que se refiere a lo que no se puede argumentar. Me refiero a lo de los casos trágicos. Yo creo que en los casos difíciles puede sostenerse, efectivamente, que hay una, una sola, respuesta correcta. Pero que además de casos fáciles y casos difíciles (y casos intermedios: que en una primera aproximación parecen difíciles, pero que, cuando se los estudia a fondo, resultan fáciles, en el sentido de que tienen una respuesta no discutible), hay casos trágicos: aquellos en los que no es que haya más de una respuesta correcta, sino que no hay ninguna; en los que es imposible realizar la justicia a través del Derecho. Que no haya ninguna que pueda considerarse correcta no quiere decir tampoco que sean casos de empate. Es muy raro, efectivamente, encontrarse con que a favor de las (normalmente) dos posibles respuestas a un caso haya razones que tengan exactamente el mismo peso. Yo creo que el principio del mal menor se puede aplicar siempre (o casi siempre) y que así se puede salir del dilema del «asno de Buridán» que, como sabes, ante una situación en la que tiene a la misma distancia un montón de heno y un cubo de agua, se muere de hambre y de sed, porque no es capaz de tomar una decisión. Y se puede salir sin abandonar estrictamente la razón (echándolo a los dados o recurriendo a la fuerza), sino negando el dilema. Los casos trágicos no suponen una claudicación de la razón, de la argumentación. Pero muestran sus límites: los límites de la racionalidad, de la argumentación jurídica.

A.: No entiendo muy bien a qué te refieres aquí con lo de los límites.

B.: Límites, en el sentido de que el juez —el jurista— que se encuentra frente a un caso trágico tiene que reconocer que la técnica jurídica, el uso de los instrumentos de la argumentación jurídica y algunas otras cosas, no le permiten resolver satisfactoriamente una situación.

A.: Bueno, si te refieres a eso, todos los casos serían trágicos. Pero no sólo en el Derecho. Los conflictos no suelen tener soluciones perfectamente justas. Lo que hay son aproximaciones a la justicia. Es inevitable que cualquier solución, jurídica o política, resulte en algún aspecto insatisfactoria.

B.: De acuerdo. Es lo que Nino llamaba «la racionalidad de lo segundo mejor», la racionalidad característica del Derecho. Muchas veces, la solución no es perfectamente justa, habría una que, en abstracto, sería mejor, pero esa cierta injusticia se compensa porque de esa manera se asegura el funcionamiento de las instituciones, lo que contribuye, a la larga, a una mayor justicia. Pero lo de los casos trágicos se refiere a otra cosa. Implica que cualquier solución supone un sacrificio de un valor fundamental, un sacrificio que, de alguna manera, no puede compensarse del todo con la satisfacción de los otros valores.

A.: Ponme algún ejemplo. Si no, todo esto resulta demasiado abstracto.

B.: Ya sabes cuál es el que suelo poner: el trato a los extranjeros. El juez que tiene que resolver un expediente de expulsión del país de un «ilegal» no puede hacer otra cosa, al menos en muchas situaciones, que expulsarlo, en aplicación de la normativa vigente. Pero no puede justificar adecuadamente su decisión. No infringe el artículo 14 de la Constitución, que dice que quienes son iguales ante la ley no son «todos», sino «todos los españoles», pero sí que vulnera el principio —el valor— de la dignidad humana, también reconocido en la Constitución. No hay ninguna forma de interpretar la exigencia de trato digno a las personas que pueda justificar tratar a alguien de manera peor que a otro, simplemente porque ha nacido algunos kilómetros más al sur. Pero hay muchos otros casos que también tienen algo de trágico, aunque sea una tragedia menos lacerante. Sin ir más lejos, los casos que discutíamos estas semanas de atrás en relación con quienes, habiendo suscrito un crédito hipotecario para comprar una casa, se encuentran en la situación de no poder seguir pagando al banco; la entidad financiera inicia un proceso de ejecución a resultas del cual se queda con la casa y como ésta —a consecuencia de la crisis— ha perdido valor, resulta que ese valor no alcanza para satisfacer toda la deuda: además de perder la casa, el prestatario sigue debiéndole dinero al banco. Es verdad que los jueces tienen aquí algunos instrumentos —como el abuso de derecho— que podrían usar para evitar situaciones de injusticia muy grave. Pero limitadamente. El juez que da la razón al banco —y en muchos casos, en la mayoría de los casos, seguramente no tenga más remedio que hacerlo— no creo que pueda pensar que su decisión es justa, que no infringe principios básicos de la justicia.

A.: Está bien. Según tú, en estos casos se trata de reconocer los límites de la racionalidad jurídica, de la argumentación. ¿Pero qué más habría que hacer?

B.: ¡Sentirlo! Sí. Quiero decir que el juez —el jurista— que se encuentra ante un caso trágico ha de tener un sentimiento de pesar, de mala conciencia.

A.: ¿De mala conciencia por no hacer lo que no puede hacer?

B.: ¡A ver! Me explico. Hay diversas maneras de entender lo de los casos trágicos en el Derecho. Algunos dirán que no existen: no sólo los formalistas, sino muchos positivistas a los que sin duda no se les puede acusar de formalistas: tuve una discusión con Liborio Hierro sobre esto hace algunos años. No es, por cierto, para nada, un rasgo común de los positivistas o de los filósofos analíticos; Eugenio Bulygin, por ejemplo, no tiene inconveniente en admitir su existencia. Luego están los *Critical* que, con lo de la «indeterminación radical» del Derecho, tienden a ver casos trágicos por todas partes. Ya sabes, como lo que algunos de ellos llaman la «contradicción radical», entre el individualismo y el altruismo, se encuentra prácticamente en todas las instituciones jurídicas, estaríamos

casi siempre, o con muchísima frecuencia, ante situaciones en las que no podría decirse que hay claramente mejores razones a favor de una de las diversas alternativas que se presentan. El resultado no puede ser otro que transmitir al jurista la idea de que debe entregarse en manos de las intuiciones, de la retórica, de la política... Y esto parece insatisfactorio.

A.: ¿Y quién representa la solución satisfactoria?

B.: Cuando estuve en Cornell, uno de los libros que leí y que más impresión me hizo fue *The lost lawyer*, «El jurista perdido», de Anthony Kronman, que defiende un punto de vista parecido al mío. En realidad, para decirlo todo, yo había leído ya algún artículo suyo cuando escribí lo de las virtudes judiciales. La idea fundamental de Kronman (también un notable conservador) es que el ideal del jurista, el jurista prudente —creo que le llama también el «jurista estadista»— es aquel que posee en forma extraordinaria la capacidad de deliberar. Y deliberar no implica para él únicamente capacidad (e imaginación) para calcular los medios idóneos con objeto de alcanzar los fines, sino que la deliberación es, esencialmente, deliberación sobre fines, lo cual requiere, sobre todo, dos rasgos de carácter: empatía, capacidad para ponerse en el lugar del otro, imaginación, etc.; pero también capacidad para distanciarse: *empathy and detachment*. Kronman ve una de las realizaciones de ese ideal en el último Llewellyn; el Llewellyn que resalta la importancia de la tradición, de la técnica jurídica (el jurista como artesano), que reivindica una serie de tradiciones de trabajo, de sentido común, etc., en las que se basan la predecibilidad de las decisiones de los tribunales de apelación. Pero todo eso se habría perdido, según él, en las últimas décadas en los Estados Unidos: ése es el sentido del título (el libro creo que está publicado hacia comienzos de los noventa). Pues bien, Kronman es muy consciente de la existencia de casos trágicos, pero lo atribuye a la inconmensurabilidad de los valores, a causas psicológicas, individuales, lo que le lleva a hablar del «sentimiento trágico de la vida»; dicho en su caso en inglés, aunque su fuente de inspiración sea precisamente Unamuno. Pues bien, en esto yo me separo de Kronman. Yo creo que la existencia de casos trágicos en el Derecho es una cuestión social. No surgen (o no fundamentalmente) porque tengamos diversas psicologías, sistemas de valores incompatibles, sino porque vivimos en sociedades injustas. Y a mí aquí me gusta citar a Savigny, cuando escribía algo así como que el Derecho es la vida entera de una sociedad, vista desde un lado especial: un subsistema del sistema social. En resumen, no cabe tener un Derecho perfectamente justo en el contexto de sociedades tan injustas como las nuestras. La conciencia de lo trágico, el sentimiento de pesar o de sacrificio debe cumplir, precisamente, la función de recordar a los jueces (a los juristas) su deber (como ciudadanos) de contribuir al cambio social, de manera que disminuya la dimensión de lo trágico en el Derecho. Y si deben —o debemos— tener algo de mala conciencia es porque todos (o casi todos) somos algo responsables (aunque, naturalmente, en grados muy distintos) de esa injusticia de base.

A.: Bueno. Veo que ya ha salido lo de las virtudes: los jueces, los juristas, deben ser virtuosos. ¿Y qué más?

B.: Es inevitable que salga. Hace poco, cuando estuve en México para lo de la cátedra *Dianoia*, Amalia [Amaya] me hizo la crítica de que no tuviera en cuenta esa perspectiva en mi visión de la argumentación jurídica. Me objetó que no reparase en que una buena decisión judicial es, precisamente, la que tomaría un buen juez, el juez virtuoso imbuido de la sabiduría práctica, de la *frónesis* aristotélica; que la noción de razonabilidad que yo ponía como criterio último para la evaluación de las decisiones judiciales remite a la del buen juez, el juez virtuoso; etc. Bueno, me parece que no tenía razón en el reproche, porque como antes te decía y sabes de sobra (lo hemos comentado en muchísimas ocasiones a lo largo de los años), le he dado algunas vueltas a lo del buen juez, y lo de las virtudes se ha llevado incluso al Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial. Pero lo que importa no es eso, sino entender qué papel han de jugar las virtudes en la argumentación jurídica y más allá de la argumentación jurídica.

A.: ¿Y qué papel han de jugar según tú?

B.: Yo creo que no es discutible que si uno se pregunta qué es un buen juez, un buen jurista, la respuesta sería algo así como: alguien que es capaz de tomar decisiones adecuadas, porque conoce suficientemente el Derecho, tiene las habilidades argumentativas, y de otro tipo, que le permiten encontrar y justificar esas decisiones, y posee además ciertos rasgos de carácter —las virtudes judiciales o las virtudes del jurista— que le facilitan lo anterior. No creo que nadie dude de que un juez debe tener sentido de la justicia, capacidad de auto-restricción, valentía, prudencia...; que los abogados deben actuar con «profesionalidad», con honradez; etc. Tampoco me parece dudoso que hay ciertas emociones que facilitan el que se argumente bien —técnicamente bien— y otras que lo dificultan o impiden. Y esto vale para los jueces y para cualquiera: el que se exalta en una discusión tiene todas las de perder. Lo sabían más que de sobra los rétores de la Antigüedad, cuando subrayaban la importancia del talante del orador y de saber cómo mover las pasiones del auditorio. Y una de las estratagemas que Schopenhauer aconsejaba para vencer siempre en una discusión era la de procurar que la otra parte se enfureciera. O sea, la capacidad argumentativa no es una habilidad de carácter exclusivamente intelectual; lo de la inteligencia emocional, vaya. Lo que es más discutible —lo único discutible— es cuál es el peso que debe darse a ese componente. Y aquí conviene no exagerar: también para hablar de las virtudes conviene ser virtuoso, mostrarse prudente. En la discusión a la que me refería, en la cátedra *Dianoia*, Carlos Pereda dijo una cosa en la que tenía toda la razón: podemos decir que una buena decisión es la que toma un juez virtuoso, pero, al mismo tiempo, no hay manera de definir lo que entendemos por «juez virtuoso» con entera independencia de lo que significa «buena decisión»; o sea, para romper el círculo, a la hora de definir «buen juez» no podemos dejar de considerar propiedades que sean objetivas, que no tengan que ver con la personalidad

del juez. Es más, si pretendiéramos hacerlo de otra manera correríamos, creo yo, grandes riesgos. Es la razón por la que no se puede proponer que las virtudes judiciales (o, en general, la personalidad del juez: características de tipo psicológico) jueguen un papel destacado a la hora de elegir o de promover a los jueces. Y tampoco a la hora de evaluar sus decisiones: una decisión no es mala, está mal justificada, simplemente porque la haya dictado un mal juez, un juez poco virtuoso.

A.: Esto último me parece más discutible. De lo que acabas de decir, de la definición de buen juez, se desprende, *a sensu contrario*, que un mal juez es el que tiene una tendencia a dictar malas decisiones y a justificarlas mal. Si ni siquiera pudiese hablarse de eso, de una cierta tendencia o propensión, entonces la verdad es que no sé para qué puede servir lo de las virtudes. ¡Para tranquilizar conciencias!

B.: Bueno, sí, tienes razón. Lo que yo quería decir es que una decisión, y su fundamentación, no pueden evaluarse teniendo únicamente eso en cuenta. Pero, desde luego, hay veces que tiene una extraordinaria importancia. Incluso puede ser un factor clave. El famoso caso Brown, el que terminó con la segregación racial de las escuelas en los Estados Unidos en los años cincuenta del siglo XX, es un buen ejemplo de la prudencia del presidente de la Corte Suprema de la época, Earl Warren. Al parecer estuvo más de un año tratando de convencer a los posibles disidentes para lograr una decisión por unanimidad; unanimidad que era muy importante en un caso de esa trascendencia, aunque no logró evitar que la aplicación de la decisión diera lugar a episodios gravísimos de desobediencia por parte de autoridades de estados del sur. La sentencia en cuestión no se puede leer —o entender— haciendo abstracción de todo eso, como si fuera una pura cuestión de argumentación. Un ejemplo, por cierto, de todo lo contrario, de imprudencia judicial, es lo que está pasando con los procesos por prevaricación contra el juez Garzón. Yo creo que los autos del Supremo adolecen claramente de falta de prudencia. Aunque, claro, Garzón no es un ejemplo tampoco de juez prudente; es un caso de juez que tiene en grado elevado algunas virtudes, como la valentía, pero que carece, quizás en el mismo grado, de otras, como la moderación o la modestia.

A.: No volvamos, por favor, a discutir lo de Garzón. Todos los argumentos están ya dichos. ¡Estoy harto del asunto!

B.: Bueno, pasemos entonces a hablar de otra cosa... de literatura. En las notas que te comentaba había escrito también algo a propósito de cómo la orientación, disciplina, enfoque o como se lo quiera llamar de «Derecho y literatura» tenía importancia para el estudio argumentativo del Derecho.

(*C* se asoma al despacho. La puerta ha permanecido abierta todo el tiempo).

C.: ¿Bajáis a tomar un café?

A.: ¡Entra! Te has librado de escuchar de nuevo lo de Garzón, pero ahora estamos con algo más ameno. ¡Un poco de literatura y bajamos a tomar un café!

C.: ¿Literatura?

B.: Estamos discutiendo sobre cuáles serían los límites de un enfoque exclusivamente argumentativo del Derecho y hemos llegado a lo de «Derecho y literatura».

C.: Bueno. Quizás los dos enfoques no dejen de tener puntos de contacto, ¿no?

B.: Efectivamente. Eso es lo que yo creo. Obviamente, hay varias maneras de poner en conexión el Derecho y la literatura. Una sería una conexión temática, puesto que hay muchas obras literarias que tienen un tema más o menos jurídico; digamos, el Derecho *en* la literatura: desde *Antígona* a *El proceso* o a *1984*, pasando por *El mercader de Venecia*, *El Quijote*, *Michael Kohlhaas*, *Billy Bud*, etcétera, etcétera. Muchos de esos textos pueden venir muy bien para la discusión de casos trágicos o, por lo menos, de situaciones límite: la desobediencia al Derecho, el formalismo extremo, etc. Otro tipo de conexión podría llamarse quizás metodológica, en cuanto trataría de mostrar de qué manera ciertos conceptos o técnicas literarias pueden ser de utilidad también en el Derecho: la literatura *en* el Derecho. La interpretación de obras literarias no será igual que la del Derecho, pero puede ayudar para entender muchas cosas. Por ejemplo, como lo subraya Dworkin: para darse cuenta de que interpretar (un texto literario o un texto jurídico) no puede equivaler a averiguar las intenciones del autor al escribir lo que escribió. Luego están las cuestiones que tienen que ver con el estilo, con la retórica, o simplemente con escribir bien y de manera eficaz. Cabe un análisis literario de sentencias judiciales, como el que, por ejemplo, hizo Posner sobre el fallo en disidencia de Holmes en el caso Lochner. Algo, por cierto, que sería difícil en relación con las sentencias de los jueces españoles, al menos hasta hace poco: no hay mucha literatura que pueda hacerse a base de «resultandos» y «considerandos». También está lo del «narrativismo», sobre lo cual leí algo en mi época de Cornell: ya sabéis, lo de que hay muy diversas formas de narrar una historia y que ninguna de ellas es neutral, que la realidad social es una realidad construida, etc. Yo, desde luego, no creo que, por ejemplo, debamos prescindir de la pretensión de alcanzar la verdad en relación con los hechos, en las cuestiones de prueba, y centrarnos simplemente en las narraciones. Pero es cierto que los jueces, los abogados, etc., también tienen que narrar historias y que las narraciones se hacen desde alguna perspectiva y pueden dejar fuera otras. Merece la pena tenerlo en cuenta al leer una sentencia. Y, en fin, habría, por lo menos, otra conexión que consistiría en utilizar la literatura —la lectura de obras literarias— como una forma de educación sentimental para los juristas, de aprendizaje de virtudes judiciales, pongamos por caso. Este último es el enfoque de Martha Nussbaum en su famosa *Justicia poética*. Según ella, la lectura, por ejemplo, de las novelas de Dickens (el libro que somete a examen es *Tiempos difíciles*) permite desarrollar en el lector (en el jurista) ciertas virtudes como la imaginación, la empatía, la compasión... La literatura, o cierta literatura, nos permitiría acceder,

aunque de manera vicaria, a experiencias que de otra forma no podríamos tener (sólo tenemos una vida para vivir), y sin las que no podríamos quizás formarnos emocionalmente, en el sentido de que no podríamos ponernos en el lugar del otro, sentir empatía por él; para ello necesitamos compartir de alguna manera sus experiencias. Nussbaum insiste con razón (aunque esto, yo creo que hoy lo acepta más o menos todo el mundo) en que las emociones no se contraponen a la razón, sino que pueden servir de ayuda (naturalmente, ciertas emociones) para el desarrollo de la racionalidad. Kronman también dice algo parecido; en su opinión, la sabiduría práctica del jurista, su capacidad deliberativa, requiere que los juristas sepan también —además de Derecho en sentido estricto— literatura, historia o retórica. Recuerdo haber leído una carta del juez Frankfurter a un adolescente que tenía el propósito de ingresar en la Escuela de Derecho de Harvard y le pedía consejo sobre qué libros jurídicos leer como preparación. El juez le aconsejaba que escuchara música y leyera literatura. El Derecho ya lo aprendería cuando llegara a la universidad.

C.: ¿No es algo artificiosa esa distinción que haces?: conexión temática, metodológica, ¿y sentimental?

B.: Puede que sí. Como pasa con todas, o casi todas, las distinciones y las clasificaciones; salvo quizás que se trate de clasificar fenómenos o entidades naturales; pero no es éste el caso, claro. Sólo pretende ser un instrumento para poner un poco de orden y facilitar la exposición y el análisis. Pero estaría perfectamente dispuesto a quitarle uno de los miembros (lo de «el Derecho en la literatura» y «la literatura en el Derecho» suena bien) o a añadirle alguno más, si hiciera falta, si resultara más útil. ¡Por eso no nos vamos a pelear! Ya sabes que yo soy un filósofo pragmatista. Por lo demás, hay libros, obras literarias, que pueden servir para ilustrar los tres tipos de conexión a los que me refería. Un caso yo creo que de particular interés es el *Quijote*, que no está demasiado presente en este tipo de estudios, seguramente porque es, sobre todo, cosa de *anglos* y ellos, naturalmente, privilegian su propia tradición literaria.

C.: Me interesa lo del *Quijote*. ¿Qué conexiones ves tú entre esa novela y el Derecho?

B.: Pues, para empezar, la conexión temática se encuentra en muchos episodios del libro. Obviamente, en los juicios de Sancho Panza en la ínsula Barataria; ahí se plantea, por cierto, un dilema, el del puente y la horca, que Sancho resuelve, podríamos decir, apelando al principio *in dubio pro reo*, esto es, a un principio del Derecho penal moderno, aunque los juicios de Sancho Panza sean un buen ejemplo de lo que Max Weber llamaba la «justicia del Cadí», o sea, de la racionalidad premoderna. Pero también en el episodio de Maese Pedro. En los diálogos con Roque Ginart (sobre la necesidad de que exista la justicia incluso entre ladrones). Y en muchísimos otros. No hay duda de que lo que inspira y mueve a Don Quijote es hacer justicia, «desfacer tuertos».

A.: «¿Tuertos» o «entuertos»?

B.: Yo creo que en la edición de Francisco Rico la expresión que aparece es «tuertos». Debe de tener, por cierto, la misma raíz que el inglés *torts*. Bueno, sigamos. La conexión metodológica no es menos importante, interesante, que la anterior. Dworkin ponía como ejemplo, para defender una teoría no intencionalista de la interpretación, al autor de la novela *La mujer del teniente francés*, Jonh Fowles, que en alguna ocasión había manifestado que se había dado cuenta, leyendo a algún crítico, de significados de su obra en los que no había pensado nunca. ¿Y qué no cabría decir del *Quijote*? Creo que era Unamuno a quien le gustaba decir que Cervantes no había entendido bien a Don Quijote. Y, desde luego, sería totalmente absurdo que alguien tratara de interpretar el *Quijote* a partir, simplemente, de las intenciones que tuvo Cervantes al escribirlo. La interpretación de textos jurídicos no puede ser tan abierta como la de una obra literaria, pero sin duda hay paralelismos de interés entre uno y otro tipo de interpretación. También está lo del perspectivismo o, mejor, multiperspectivismo de Cervantes que yo creo supone un contraste interesante con el paradigma «narrativista» del que hablábamos. Se ve muy bien, me parece, en el episodio de los galeotes: la misma historia narrada desde varios puntos de vista, sin que pueda hablarse, sin embargo, de relativismo. O sea, lo que percibe el lector no es que todos los puntos de vista valgan lo mismo, que no quepa hablar de justicia e injusticia, etc. Lo que hay es un esfuerzo por entender y, para ello, un ejercicio, por parte de Don Quijote, de compasión: los que van a galeras son culpables, pero el castigo es excesivo, porque es posible entender lo que han hecho —ponerse en su lugar— sin por ello aprobarlo; digamos, no han cometido ningún acto que suponga un mal radical, que sea imposible de perdonar. Y esto lleva, claro, a la tercera perspectiva. Yo creo que el concepto que de alguna manera permite dotar de sentido (del mejor sentido posible) a todos los pasajes del *Quijote* referidos al Derecho y a la justicia es el de compasión (o misericordia, o piedad, o como se lo quiera llamar). Hace años empecé a escribir un artículo sobre eso que espero acabar algún día y que titulé «El *Quijote*, el Derecho y la compasión». Una de las cosas que me planteaba era que la compasión resulta compatible con la indignación, si no es que la exige: Don Quijote se indigna ante el desagradecimiento que él cree ver en los galeotes una vez liberados, cuando se niegan a ir a El Toboso, a cumplimentar a Dulcinea. El pasaje es realmente de una comicidad insuperable. Bueno, la compasión es, en cierto modo, más que la tolerancia, puesto que esta última es, podríamos decir, más bien una virtud fría que lleva a no hacer, a no prohibir, a no interesarse por el otro. La compasión supone además —yo creo que en mayor medida que la tolerancia— relaciones de igualdad: como ya sabía muy bien Aristóteles, los muy poderosos, los que se sienten por encima de los demás y que no tienen nada que temer, no son compasivos.

A. (En tono algo burlón): ¿Quizás podrías, aprovechando que ha salido el tema, sentir algo de compasión por nosotros y dar por terminado el asunto para que podamos ir a tomar café?

B.: ¡No me digas que os estoy aburriendo!

A.: No es eso. Lo digo por ella, que venía para llevarnos a tomar café.

C.: ¡Pero puedo esperar lo que haga falta!

B.: ¿Ves? ¡Un ejemplo de empatía, de tolerancia y de compasión! ¡Por eso siempre da gusto pasarle algo para que te lo lea! La suya, a diferencia de otras, es una inteligencia empática, tolerante y compasiva.

C.: Me vas a sacar los colores. ¡Casi mejor que vayamos a tomar café!

B.: Déjame que haga un último comentario. Se me estaba ocurriendo sobre la marcha. Ihering también tuvo muy en cuenta lo del Derecho y la literatura. En *La lucha por el Derecho* utiliza el *Michael Kohlhaas* de Von Kleist para ilustrar de manera muy eficaz su tesis: la lucha por el Derecho no simplemente porque con ello se persiguen los propios intereses, sino por el valor que implica en sí el Derecho, el respeto al Derecho: quien es tratado de manera arbitraria, contraria al Derecho, es como si fuera expulsado de la comunidad y arrojado, digamos, al estado de naturaleza. Algo así es lo que le dice el protagonista a Lutero en uno de los pasajes centrales del libro (por cierto, al menos en la edición que yo tengo, traducido por González Vicén), para justificar que un acto injusto de relativa poca importancia —la imposición arbitraria de una pequeña tasa— pueda llevar a alguien a desencadenar toda una guerra privada y a cometer injusticias mucho más graves (robos, asesinatos, etc.) que aquellas contra las que pretende reaccionar. En fin, quizás haya que ser alemán para sentir semejante respeto por el Derecho... Aquí vendría bien traer a colación la noción de razonabilidad, la necesidad de no traspasar ciertos límites, aunque se tenga razón, aunque se tenga el derecho. Ya me habréis oído contar la anécdota, que presencié, de un pasajero que no aceptaba que una azafata moviera su equipaje unos cuantos metros, en los compartimentos que tienen los aviones en la parte de arriba de los asientos. No hubo manera de convencerle y al cabo de casi una hora subió al avión la policía y le obligó a bajar; se quedó en tierra. Durante el incidente, el pasajero se dirigió varias veces al resto del pasaje pidiendo que le apoyasen, porque lo que estaban haciendo con él era «intolerable». Un pequeño Kohlhaas, digamos, pero que no tuvo éxito: no encontró ningún apoyo. El final tuvo algo de cómico, porque al bajarse del avión, se dio cuenta de que el equipaje del litigio no era el suyo, sino uno que se le parecía.

Bueno, pero, además, Ihering utilizó hábilmente métodos literarios para exponer sus ideas jurídicas. *Bromas y veras en la Jurisprudencia* es realmente un ejemplo genial de utilización del humor, de la ironía; él le puso el subtítulo de *Ridendo dicere verum*. Y en algún lado se vanagloria incluso de haber descubierto «una nueva forma literaria» para los temas jurídicos. Lo que, por cierto, me hace pensar en que quizás podría escribir yo un capítulo diez que tuviese la forma de un diálogo o algo así.

Me podría permitir exponer las ideas que tengo sobre el asunto, aunque no estén ni mucho menos completamente desarrolladas ni bien organizadas. Me viene ahora a la cabeza que Javier Muguerza hizo algo así en su libro *Desde la perplejidad*. ¡Tengo que pensarlo!

A.: Lo piensas luego. Ahora vamos a tomar café

A. (Frotándose las manos): ¿Pasamos, entonces, a la parte «dura» del asunto, a lo del poder?

B. De acuerdo. Pero me gustaría primero hacer un resumen de lo anterior; para situar el tema. Hemos quedado en que el Derecho no puede verse sólo como argumentación, puesto que hay decisiones (o aspectos de las mismas) que no se deben argumentar, y otras que no se pueden. Y esto último nos ha llevado a lo que tú consideras elementos «blandos»: las emociones y la literatura. Digamos que todo ello supone ir más allá de la argumentación, pero, al mismo tiempo, sigue teniendo una conexión estrecha con el enfoque argumentativo. Lo mismo podría decirse de otros aspectos del método jurídico, que no son estrictamente argumentativos (encontrar materiales, organizarlos, etc.), pero se vinculan con la argumentación. Y quizás también pasa con la filosofía moral y política: el jurista necesita conocer teorías sustantivas (y no sólo un método o una forma de argumentar), pero para utilizarlas, precisamente, como premisas —como las premisas últimas— de su actividad argumentativa. Ahora bien, todo eso supone entender el Derecho como una actividad consistente en la toma de decisiones. Digamos que lo que se está considerando es el punto de vista de los de dentro, de quienes juegan al juego del Derecho (sean o no juristas profesionales). Pero queda fuera la otra perspectiva: la del observador, la del que trata más bien de describir y explicar el Derecho. Y esa perspectiva externa —o relativamente externa— sería la característica de las ciencias sociales y la que, parece, menos tendría que ver con la argumentación.

Hace tiempo encontré en un libro de Boaventura de Sousa Santos un esquema que me gustó y que he utilizado alguna que otra vez. El Derecho para él consistiría no sólo en argumentación (él lo llamaba «retórica»), sino también en burocracia y en violencia. La tesis de Santos era que, en nuestros Derechos, el elemento retórico tendía a disminuir, y los otros dos a aumentar. Reinterpretando un poco el esquema, creo que se podría decir que en el Derecho, además del elemento que podríamos denominar racional, hay un componente organizativo, esto es, el Derecho, además de discurso, es también una maquinaria muy compleja, un conjunto de medios, de recursos de muchos tipos: materiales, personales, etc., necesarios para que el sistema jurídico pueda funcionar. E, inevitablemente, fuerza física, ejercicio de la violencia; la imagen que utiliza Ihering en relación con esto último no puede ser más viva: el Derecho sin la fuerza es como un fuego que no quema, como una luz que no alumbra.

Algo que me gusta de ese esquema es que recuerda al de la *República* de Platón: el Estado, la *polis*, necesita de dirigentes que la gobiernen, de

trabajadores que aporten los recursos necesarios para asegurar el bienestar de sus habitantes, y de soldados que la defiendan. El Estado bien ordenado es aquel en el que la parte racional prima sobre las otras dos, las dirige. Bueno, la metáfora, el ver el Derecho como una república, la idea de una *civitas iuris*, me parece interesante, sugestiva. El Derecho sería entonces una empresa, una actividad cuyo ideal consistiría en resolver problemas —cierto tipo de problemas— por medio del discurso racional, aun sabiendo que nunca se puede lograr del todo: se necesita además de una organización compleja, de una burocracia cada vez más omnipresente; y no se puede prescindir de la fuerza, de la coerción. El Derecho permite llevar el discurso racional a campos que están más allá del alcance de la moral, precisamente porque (a diferencia de la moral) el Derecho consiste también en burocracia y en violencia. Podría decirse entonces que la burocracia y la violencia se justifican en la medida en que estén al servicio de (sean necesarias para) ese avance de la racionalidad discursiva, de la moralidad.

A.: Creo que lo que haces entonces es una interpretación idealista de lo que plantea Santos; y que eso te lleva a asumir una posición claramente conservadora. Supongo que no hace falta que se te recuerde el sentido político de la *República* de Platón. Su idea de lo que sería una sociedad justa no es precisamente un modelo de sociedad libre e igualitaria.

C. (Sonriendo con cierta picardía): Pero no olvides que no es la única influencia que reconoce. Él es capaz de conciliar la tradición iusnaturalista con la marxista y con la analítica.

B.: Veo que de vez en cuando eres capaz de abandonar la actitud empática. Deben de ser las malas influencias... Pero en realidad no dejas de tener algo de razón en lo que dices. Yo creo que en la filosofía del Derecho tenemos bastante necesidad de integrar elementos provenientes de tradiciones distintas. Pero no creo que eso sea conservadurismo o sincretismo. Pragmatismo es una expresión que me gusta más; que me parece más exacta.

A.: ¿A qué viene ahora lo de pragmatismo?

B.: Pues viene a cuento porque yo tengo cada vez más la impresión de que las polémicas doctrinales, al menos en el campo del Derecho, tienen mucho de diálogo de sordos, de no escuchar al otro, a sus argumentos, lo que da como resultado que las discusiones resulten bastante estériles: innecesariamente estériles. A veces diría incluso que la gente, nuestros colegas, hacen verdaderos esfuerzos para no entender lo que se dice desde otras posiciones teóricas, aunque estén realmente muy próximas a las suyas. No sólo porque ello exige cierto esfuerzo, sino porque parecería que de esa manera se pierde originalidad; es como si lo que uno ha elaborado perdiera valor por el hecho de que sea básicamente coincidente con lo que puede encontrarse también en la obra de otro autor. Creo que esto es un gran error, y motivado por una idea equivocada de cuál es el sentido de hacer teoría del Derecho.

A.: Oigamos, entonces, cuál es ese sentido.

B.: Yo creo que la teoría del Derecho debería verse, en mucha mayor medida de lo que suele ocurrir, como una empresa cooperativa, puesto que con ella de lo que se trata es de alcanzar ciertas finalidades de carácter social, y no la satisfacción personal de quien escribe sobre algún determinado tema: el placer que procura —digamos— descubrir una nueva manera, una manera original, de entender la distinción entre las reglas y los principios, o de ser, o de dejar de ser, positivista jurídico, tendría que ser algo secundario. En esa empresa, las coincidencias deberían ser muy bienvenidas, incluso cuando se trata de coincidencias con quienes parten de concepciones realmente distintas de las nuestras. Si tomamos las tres grandes corrientes iusfilosóficas que quizás pueden encontrarse en nuestras comunidades iusfilosóficas —al menos, en las del mundo latino—: la iusnaturalista, la analítico-positivista y la crítica, no hay por qué dar por sentado que uno, aun perteneciendo a alguna de las tres, no puede sacarle partido a las otras dos. Acabo de leer un libro que me regaló Quintín Racionero y que realmente me ha fascinado: *El arte de la controversia*, de Leibniz. En realidad, es una recopilación de escritos leibnizianos hecha por Marcelo Dascal (y en la que también participó Racionero). En el ensayo introductorio señala que Leibniz buscaba tres objetivos en las discusiones que tuvo con otros filósofos de la época: entender de la manera más completa posible las alternativas más importantes a su concepción; identificar los elementos compartidos y las diferencias; y profundizar en su propia concepción a la luz de las objeciones planteadas por las otras. Podría decirse que es algo de sentido común, pero ¿cuántos ejemplos podríamos poner de controversias jurídicas —o de teoría del Derecho— que sigan esas pautas?

A.: Quieres decir, ¿de controversias en las que tú no participas?

B.: Hablemos en serio. Yo creo que eso es muy importante, porque la controversia, la controversia bien entendida, debería jugar un papel determinante en el desarrollo de nuestras teorías. No se trata, por supuesto, de buscar algo así como una conciliación entre las diversas posturas existentes, sino de ser pragmático en el buen sentido de la expresión: de «aprovecharse», cabría decir, del trabajo realizado por nuestros contrincantes teóricos que, a pesar de tener posturas que nos parezcan equivocadas, pueden contribuir a enriquecer las nuestras, si nos las tomamos en serio. Y, por supuesto, no deberíamos tener ningún temor a las coincidencias. Si siguiéramos el método de Leibniz, creo que lograríamos elaborar teorías más profundas y más dinámicas —en el sentido de abiertas y que van evolucionando, puesto que se construyen en el contexto de una controversia, de un diálogo, con los otros—. Y estaríamos también en mejores condiciones para conformar una verdadera comunidad intelectual de filósofos del Derecho, sin la cual no se puede, o es mucho más difícil, incidir en la práctica.

A.: De nuevo, me parece que tu planteamiento es idealista y conservador, y que deja a un lado los elementos de conflicto: las empresas cooperativas exigen objetivos comunes, unidad de fines. Si los fines son

antagónicos, es imposible conciliarlos, constituir una comunidad. ¿No era, por cierto, Leibniz el que estaba empeñado en reconciliar el protestantismo y el catolicismo, el Derecho y la teología, la razón y la fe?

B.: Sí, y el que sostenía que el nuestro es el mejor de los mundos posibles. Pero eso no lo descalifica como gran pensador. Es además un autor muy importante para la teoría de la argumentación jurídica. Sin ir más lejos, todo eso de la ponderación que tan de moda se ha puesto en los últimos tiempos estaba ya en Leibniz. Y te diré que el método de la conciliación de Leibniz recuerda bastante la idea de Rawls de la razonabilidad y de la razón pública.

A.: Bueno, yo no tengo ningún interés en descalificar a Leibniz. Lo que quiero decir es que la existencia de coincidencias puede ser muchas veces más aparente que real, existir en un plano más bien superficial y cuando las cosas se consideran en abstracto. Por ejemplo, tú puedes coincidir con los iusnaturalistas en pensar que el Derecho es también una cuestión de valores y que los valores —los valores morales— tienen algún tipo de objetividad; con los positivistas, al reconocer que el Derecho es una construcción humana, relativa a sociedades concretas; y con los «críticos» al aceptar que hay una estrecha conexión entre el Derecho y la política. Pero no sé si de ahí se sigue alguna consecuencia interesante.

B.: Pero fíjate que no es eso lo que dice Leibniz. Le da tanta importancia a dar cuenta de las semejanzas como de las diferencias. Y a partir de ahí invita a elaborar una versión más profunda de nuestra propia concepción.

A.: Está bien; dejémoslo estar. Pasemos de una vez a lo del conflicto y el poder, que era nuestro tema.

B.: De acuerdo. Sobre ello, lo primero que hay que decir —me parece a mí— es que, en efecto, la perspectiva argumentativa del Derecho puede llevar a descuidar esos elementos y, por lo tanto, a tener una visión distorsionada del Derecho. Aunque no necesariamente. Uno puede trabajar, desenvolverse, dentro de ese paradigma argumentativo y darse cuenta también de sus límites. De que cuando uno estudia una argumentación, propone qué argumentos pueden darse a favor de tal solución, etc., no está tratando con todo el Derecho, con toda la realidad: el caso que llega al juez o al abogado es el resultado de cierto tipo de conflicto, de una sociedad en la que se dan determinadas relaciones de poder; la solución del caso va a suponer también incrementar el poder de alguien en detrimento de algún otro, etcétera.

C.: ¿Pero crees que no hay forma de integrar todo eso en el paradigma argumentativo?

B.: Algo se puede hacer, pero de manera limitada. Se puede, por ejemplo, insistir en la importancia de considerar, dentro del propio proceso argumentativo, no sólo el contexto de la justificación, sino también el contexto del descubrimiento, que es donde aparecen más a las claras los elementos de conflicto y de poder, pero hay que reconocer que ésta es una perspectiva poco tratada (dejada de lado por la teoría *estándar* de

la argumentación jurídica) y que, de todas formas, prestar atención a esas cuestiones no nos permitiría tampoco entender suficientemente la determinación o el condicionamiento social del Derecho y la contribución del Derecho a conformar la realidad social. Por lo demás, no hay más remedio que reconocer que tanto la teoría de la argumentación como la teoría del Derecho en general, tal y como solemos entenderlas, se elaboran bastante de espaldas al conocimiento social.

C.: Pero hay excepciones, ¿no? Por ejemplo, el artículo de Capella que hacemos leer siempre a los estudiantes de primero de Derecho, «El trabajo como dato prejurídico». Yo creo que consigue que una (incluso *uno*) se dé cuenta de que, efectivamente, el Derecho no puede entenderse dejando de lado categorías que, como él dice, son «prejurídicas».

B.: Sí, estoy completamente de acuerdo contigo. Capella y Santos son los dos autores de la tendencia «crítica» que siempre me han parecido de mayor interés. Muchas veces he lamentado no tener más —y mejor— relación con Juan Ramón. Pero en fin... En todo caso, lo que quería decir es que uno debe ser al menos consciente de esos límites, para evitar caer en una visión idealizada, ideológica, del Derecho. Tiene que quedar claro, desde luego, que el Derecho no es simplemente un intercambio de razones, un gran diálogo presidido por la idea de la respuesta correcta. Y de que a veces no lo es en absoluto.

A.: Ya que ha salido lo de la ideología. No hay que olvidarse de que la ideología (en sentido peyorativo, en el sentido marxista, o en el sentido más o menos neutral, de conjunto de ideas con proyección práctica) es también una forma de poder, el poder de las ideas. Y que la ideología se conecta de diversas maneras con la argumentación.

B.: Tienes razón, claro. La ideología también es una forma de poder, de poder «blando», como ahora se ha puesto de moda decir. Y terriblemente eficaz. Es lo que hace que el control social, incluido el control a través del Derecho, no necesite —al menos de manera aparente— recurrir muchas veces al otro poder, al poder duro, a la coerción física; es lo que explica el éxito del famoso *soft law*. En ese sentido, el recurso a la argumentación puede jugar un papel ideológico (en el sentido marxista): cuando la fuente del Derecho son los contratos, y las decisiones de los poderes públicos son motivadas, puede dar la impresión de que no se está ejerciendo realmente un poder. O de que el poder está legitimado simplemente porque el que lo ejerce tiene que buscar el «consentimiento» del otro, o bien tiene la obligación de dar razones, de decidir dando razones. Y luego está el *pendant* del concepto de ideología en el interior de la argumentación: la noción de falacia. Uno de los trabajos que tengo pendiente de escribir es un ejercicio de comparación de conceptos pertenecientes a campos distintos y funcionalmente equivalentes: el de ideología, el de falacia y el de función latente.

C.: Volvamos a lo de los límites, a los límites de la argumentación. Supongo que todo lo que has dicho no implica que seas un escéptico con respecto al valor de la argumentación racional.

B.: Desde luego que no. Una cosa es reconocer la existencia de límites al enfoque argumentativo, y otra pensar que la argumentación tiene en el Derecho una relevancia muy escasa, porque lo que cuenta no son las razones, sino —digamos— las coacciones, físicas o no. Los dos habéis leído el libro y sabéis que no comparto la tesis de la indeterminación radical del Derecho, que no soy escéptico en materia de moral y que considero, en consecuencia, que en el contexto de un Estado constitucional, casi siempre es posible efectuar una verdadera justificación de las decisiones jurídicas. Hace poco he tenido un debate con Enrique Haba sobre el papel de las teorías de la argumentación jurídica. Haba considera que la «teoría estándar» es una teoría idealizada sobre el asunto, que no se ocupa de cómo realmente se argumenta en el Derecho y atribuye su éxito (el haber sido asumida como ideología profesional de los operadores del Derecho positivo) al hecho de que presenta una visión idealizada (embellecida) que sirve para legitimar el *modus operandi* tradicional de esos operadores. Bueno, como en todos los debates, es muy posible que en éste se haya producido también más de un malentendido. Pero yo creo que mi diferencia con Haba consiste en que él parte de una concepción muy estrecha de la racionalidad (limitada al campo de las verdades empíricas y de la coherencia lógica), que no permite dar cuenta de muchos aspectos de nuestras prácticas (de la práctica argumentativa) y, en consecuencia, no puede tampoco servir de guía para los operadores jurídicos. El problema de los realistas a lo Haba o de muchos de los críticos es que no pueden jugar al juego del Derecho y, por tanto, contribuir a la mejora del Derecho y de las instituciones sociales. Y éstas son, yo creo, las únicas finalidades que pueden dar sentido a la teoría del Derecho; los propósitos descriptivos y explicativos tienen que estar al servicio de esos fines últimos.

A.: No quisiera ponerme del lado de Haba en el debate. ¿Pero no tendrá algo de razón en lo de la idealización?

B.: Algo de razón es posible que tenga. Pero le pierde lo que yo llamaba en el prólogo a la tesis de Jontxu [Pérez Lledó] sobre los *Critical* «el síndrome del crítico», la obsesión por ser más crítico que nadie: el hipercriticismo. La visión argumentativa del Derecho supone adoptar, al menos hasta cierto punto, la perspectiva del aceptante y, por lo tanto, una actitud que podríamos calificar de optimista en relación con el Derecho, con el Derecho de los Estados constitucionales. Remedando a Leibniz, podríamos decir que supone aceptar que aunque no vivamos (en los Estados constitucionales) en «el mejor de los mundos jurídicos posibles», el nuestro sí que es «el mejor de los mundos jurídicos existentes o que hayan existido». Esto supone cierto riesgo de idealización que, efectivamente, hay que evitar. Ferrajoli, como sabéis, piensa que lo que él llama «constitucionalismo argumentativo» es, en realidad, una forma de positivismo ideológico, porque identificaría Derecho y justicia, o sea, daría por sentado que el Derecho establecido en los Estados constitucionales es el Derecho justo. Y lo mismo piensan, en general —me parece— los que

defienden el «positivismo metodológico», más o menos a la manera de Hart, y son críticos en relación con cualquier planteamiento «constitucionalista» (incluido el de Ferrajoli); he tenido también una discusión hace poco con Pierluigi Chiassoni sobre esto y me hacía el mismo reproche. Ellos (o sea, los positivistas: de uno u otro tipo) siguen pensando como pensaba Hart, que es necesario mantener la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral por razones de claridad, para poder, precisamente, criticar el Derecho positivo. Pero no parecen darse cuenta de que la constitucionalización de los Derechos ha supuesto en esto un gran cambio, sin necesidad de conceder por ello que Hart tuviera razón frente a Radbruch o Fuller. Por ejemplo, cuando uno lee el famoso escrito de Radbruch en el que él plantea lo que luego se llamó la «cláusula de Radbruch», o sea, la tesis de que «una norma extraordinariamente injusta no es Derecho válido», está claro que su necesidad de apelar al Derecho natural (como Derecho supralegal) deriva simplemente de que no existía entonces en Alemania (en la época nazi) una Constitución que recogiera ciertos principios que limitaran el poder del legislador. Cuando existen (como ocurre en los Derechos del Estado constitucional), la tesis pasa a ser una obviedad: una norma, una ley, puede ser inválida no sólo por razones formales o procedimentales, sino por razones de contenido, porque conculca principios o derechos constitucionales. Yo no creo que Radbruch cometiera ningún error conceptual, ni que su tesis fuera más oscura que la de Hart o que hiciera más difícil de alguna manera la crítica al Derecho positivo. Y lo mismo vale en relación con la polémica entre Fuller y Hart. Ahora bien, además de «moralidad interna» del Derecho (los requisitos de Fuller vienen a ser los del *rule of law*, el núcleo del Estado de Derecho), es cierto que seguimos necesitando una «moralidad externa», puesto que, efectivamente, no se puede excluir que nuestros Derechos, nuestras constituciones, incluyan normas contrarias a la moral, normas que no pueden justificarse. En esto último, Ferrajoli o Chiassoni tienen razón, pero ellos no parecen ver que la afirmación de que (en ciertos contextos) existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral (el razonamiento jurídico incluye necesariamente un fragmento de razonamiento moral; para decirlo usando categorías de Toulmin: el *backing* último en que descansa cualquier argumento jurídico es una tesis moral) no implica que no se pueda hablar ya de Derecho inmoral, de Derecho injusto. O sea, reconocer esa conexión no supone en absoluto poner en riesgo la posibilidad de criticar el Derecho por razones morales.

A.: ¿Volvemos a Haba?

B.: De acuerdo. Él cree que una concepción argumentativa del Derecho (en el sentido de lo que llama la «teoría estándar») no puede ser crítica más que en un sentido muy inofensivo: sería una «crítica-poco-crítica», que no pone en cuestión los usos establecidos: la manera como operan, como argumentan, los juristas. Bueno, aquí se plantea de nuevo la cuestión de cuál es el tipo de teoría del Derecho que se pre-

tende construir, que merece la pena construir. Uno puede pensar que de lo que se trata es de desmitificar lo que hacen los juristas, mostrarles que deberían abandonar la utilización de expresiones como «razonabilidad», «dignidad», etc., porque carecen de significado, efectuar una crítica verdaderamente radical, una «crítica crítica». Mi impresión, sin embargo, es que eso supone una actitud bastante presuntuosa y, en general, poco fundada. Yo diría, por el contrario, que los juristas hacen muy bien al utilizar esas expresiones y muchísimas otras que, efectivamente, son considerablemente vagas. Y que la contribución de los teóricos del Derecho debería consistir en ayudar a reformular esos conceptos, a clarificarlos y precisarlos en la medida de lo posible. En definitiva, creo que la función de los teóricos del Derecho no es la de elaborar críticas muy críticas, sino críticas útiles, que puedan servir para los objetivos a los que antes me refería: la mejora del Derecho y de la sociedad. En este sentido, me parece que se puede perfectamente suscribir lo que Marx (que claramente era un filósofo pragmatista) escribió en una de sus tesis sobre Feuerbach. Reformulada a nuestros efectos, diría así: los filósofos del Derecho han tratado de interpretar el mundo jurídico de diversas maneras; pero de lo que se trata no es sólo de interpretarlo (de entenderlo), sino de transformarlo, para transformar así la sociedad.

A.: Ahora sí que me dejas desconcertado. ¿Quieres decir que Marx era un reformista, alguien que trataba de transformar la sociedad a través de la transformación del Derecho?

B.: No. Lo que pretendía decir es que algunos —bastantes— elementos de la obra de Marx siguen siendo de interés para el teórico del Derecho y para el jurista. No que debamos suscribir algún tipo de marxismo jurídico ni nada por el estilo; pero tampoco me parece —como ayer comentábamos— que uno tenga que aceptar por completo lo que sostenían Ihering o Holmes. Y, sin embargo, es importante seguir leyéndolos y nutriéndonos de muchas de sus ideas. Marx y, sobre todo, los autores marxistas han cometido, entre otros, el error de desvalorizar el Derecho (considerado como elemento de la superestructura, expresión de la voluntad de la clase dominante, etc.); y Marx no vio tampoco (al igual que los marxistas, al menos hasta hace poco) el valor moral que suponían los derechos humanos: no podía verlo, porque él era más bien un no-cognoscitivista en materia de meta-ética. Pero una lectura de la obra de Marx podría tener efectos beneficiosos para la teoría del Derecho. Si me dejáis que pase un momento a mi despacho, os leo un párrafo que escribí hace poco sobre esto...

(Sale del despacho y vuelve a entrar con un libro al cabo de un par de minutos).

Aquí está: La lectura de la obra de Marx «contribuiría a una orientación de la misma [de la teoría del Derecho] en un sentido más pragmatista, funcional, crítico, materialista, incardinado en una concepción global de la sociedad, abierto hacia las ciencias sociales y comprometido con un proyecto político-ético de emancipación humana».

A.: Desde luego, suena raro citar a Marx para defender la idea de que el Derecho es un factor de emancipación humana. Me parece que se te ha olvidado lo de la crítica de Marx a los derechos humanos y algunas otras cosas.

B.: Pero no estoy diciendo que uno deba hacerse marxista, sino que Marx puede seguir siendo fuente de inspiración, al igual que lo siguen siendo para muchos (yo incluido) Platón, Aristóteles, Leibniz o Kant. Si he sacado a relucir a Marx es también para que veas que mi visión del Derecho no es ni tan idealizada ni tan ajena al conflicto como pareces pensar. Yo creo que el Derecho —el del Estado constitucional también— es un fenómeno que tiene una considerable carga de ambigüedad, lo cual, por cierto, es algo que también parece haber suscrito Marx: al menos, el Marx maduro. El Derecho es un factor de emancipación humana, pero también de opresión: las mayores injusticias que se cometen en el mundo no son el resultado de actos jurídicamente ilícitos y no lo son, en buena medida, por la falta de desarrollo jurídico de la sociedad global. O, mejor dicho, porque el paradigma constitucionalista, con todos los límites que se quiera, sólo funciona —donde funciona— en el ámbito del Derecho estatal. El gran reto de nuestra época, la tarea que deberían asumir los juristas como definitoria de su *ethos* profesional, debería ser la de asegurar los valores y las instituciones del constitucionalismo en el ámbito estatal y procurar llevar esos valores e instituciones a los otros ámbitos: el supraestatal y el infraestatal. O sea, la universalización del constitucionalismo.

C.: ¡Eso es también lo que defiende Ferrajoli!

B.: Sí, ya lo sé. Yo creo que nuestros objetivos últimos son los mismos. Y, desde luego, en mi formación, la lectura de la obra de Ferrajoli ha desempeñado un papel muy importante. La crítica que yo le dirijo a Ferrajoli se refiere a que para obtener los fines que él se propone, debería cambiar alguna de las piezas de su teoría. Simplemente porque son disfuncionales. Yo creo que no se puede tener una concepción del Derecho que pivota en torno a la noción de derechos humanos (o derechos fundamentales) y ser un escéptico (un no-cognoscitivista) en materia de ética. Y no se puede pretender que el Derecho, y la teoría del Derecho, cumplan las funciones ambiciosas que él propugna y empeñarse en mantener el dogma del voluntarismo jurídico (que no significa sin más positivismo, sino un tipo de positivismo jurídico), según el cual, como a él le gusta repetir siguiendo a Hobbes: «auctoritas, non veritas facit legem». Pero, en fin, esto ya lo hemos discutido mucho.

A.: ¿Quieres decir que tu concepción del Derecho es más rica, o más idealizada que la suya?

B.: Quizás ambas cosas. O sea, si uno rechaza el voluntarismo jurídico, el carácter meramente autoritativo del Derecho, es porque incorpora en el concepto de Derecho un elemento valorativo, de idealidad. En esto, como se ha podido ver en muchísimas sesiones de nuestro seminario, todos nosotros estamos de acuerdo. Si acaso puede haber alguna diferencia

en cuanto al peso que atribuir a los elementos autoritativos o valorativos. Pero yo diría que, de existir, son mínimas, de matiz. Esa tensión, entre lo autoritativo y lo valorativo es, cabría decir, consustancial al Derecho, ineliminable, puesto que en la autoridad, en la existencia de normas —o reglas— establecidas por la autoridad, hay también un valor. O sea, el Derecho no es simplemente un instrumento para obtener ciertos valores individuales y sociales, sino que yo creo que hay un valor intrínseco en la existencia del Derecho, esto es, de una institución que supone que el comportamiento de la gente esté sometido a reglas que cumplan ciertos requisitos mínimos (estoy pensando, por ejemplo, en lo de la «moralidad interna del Derecho» de Fuller) que, en realidad, son definitorias del concepto de regla, del comportamiento regulado por reglas, frente a la pura arbitrariedad: el poder reglado frente al poder arbitrario. Es la gran lección de los iusnaturalistas racionalistas. Y ya que antes hablábamos de literatura, es lo que puede ilustrarse muy bien con la novela de Golding, *El señor de las moscas*, que discutimos en un seminario de estudiantes de hace años, en donde una serie de chicos que sufren un accidente aéreo se encuentran con que tienen que organizar su supervivencia en una isla con las condiciones materiales más favorables (clima benigno, alimento al alcance de la mano, agua dulce, etc.) y sin la ayuda de adultos. El libro es, por un lado, una reflexión sobre el mal, sobre la fragilidad de la civilización, pero también una justificación de la necesidad de establecer un poder sujetado a reglas. O, dicho de otra manera, la vida social necesita de reglas cuyo cumplimiento pueda asegurarse frente a todos. La civilización son reglas.

A.: Yo no tengo dudas acerca de la necesidad de contar con reglas coactivas, con sistemas jurídicos, pero lo que no acabo de ver claro es por qué dices que el Derecho no tiene sólo un valor instrumental. En el caso de los iusnaturalistas, sería un instrumento para garantizar los «derechos naturales», o sea, valores morales (la vida, la libertad, etc.); y en el caso de la novela de Golding, más o menos lo mismo: asegurar la supervivencia y hacer posible el rescate de los que están en la isla, por lo que creo recordar de ese libro.

B.: Lo que quiero decir es que cuando se habla de valores instrumentales, se está pensando en la relación entre medios y fines; si algo es un medio, un instrumento para otra cosa, entonces lo que verdaderamente tiene valor, valor intrínseco, es esa otra cosa. Ésa es la idea de quienes ven el Derecho como una especie de recipiente vacío que puede llenarse con cualquier contenido o como un instrumento, digamos un cuchillo, que puede utilizarse para cortar pan o para agredir a alguien. Esa visión (que, como decía González Vicén, ni siquiera deberíamos considerar coextensiva con el positivismo jurídico, pero que es la visión que han tenido —y que siguen teniendo— muchos positivistas) me parece equivocada, por varias razones. Una de ellas es que en el Derecho hay sin duda numerosos elementos de carácter instrumental, contingente, pero también un componente indisponible, necesario, y que tendría que ir

más allá de lo del «contenido mínimo de Derecho natural» de Hart. Tendría que incluir los derechos humanos básicos y las instituciones básicas del Estado constitucional. Naturalmente, el Derecho es un artificio, una creación humana, pero no es una mera convención, en el sentido de que tiene algo de «espíritu objetivo»; el Derecho no son sólo actos intencionales y los resultados buscados con esos actos, sino una institución de la que forman parte elementos que nunca han sido queridos por nadie, que están por encima de las conciencias individuales. Otra manera, quizás equivalente, de decir lo mismo sería ésta: cuando un medio, un instrumento, es el único existente para alcanzar un fin, entonces la distinción entre medios y fines deja de tener sentido, los medios forman también parte de los fines: si la única forma de que los individuos puedan ser autónomos o satisfacer ciertas necesidades básicas es estableciendo un sistema jurídico, entonces esos valores del sistema son tanto instrumentales como intrínsecos. Y, en fin, además de la relación medio-fin, creo que habría que considerar la relación parte-todo para dar adecuadamente cuenta del valor del Derecho. Esta segunda forma de ver las cosas (los valores) me parece en muchos aspectos preferible. El Derecho, los valores jurídicos, no son, naturalmente, los únicos valores que necesitamos, que deberíamos reconocer si pensamos en lo que tendría que ser una vida satisfactoria, pero forman parte —o deberían formarla— de nuestros fines últimos, de aquello a lo que reconocemos un valor en sí mismo.

A.: ¿Sería algo así como un valor contribuyente frente a un valor simplemente instrumental?

B.: Pero yo no diría «frente», sino «además de». Los elementos instrumentales, técnicos, del Derecho son indudables. Pero mi idea es que, como ocurre con la retórica, el Derecho no deberíamos verlo únicamente como una técnica. Es eso, y algo más.

A.: Quizás tengas algo de razón aunque, desde luego, son ideas que habría que elaborar con calma y con cuidado. Una sugerencia final: ¿Por qué no tratas de darle alguna vuelta más a todas estas cosas de las que hemos hablado y escribes un capítulo diez del libro? Un libro con nueve capítulos desentona en alguien como tú al que le gustan tanto los decálogos.

C.: Yo me comprometo a leer el nuevo capítulo con la mayor empatía de que sea capaz.

B.: Pues... lo pensaré.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis (1991), *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* [1987], trad. de E. Garzón Valdés, CEPC, Madrid.

— (2010), «¿Una única respuesta correcta?», en A. Aarnio, M. Atienza y F. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

Abraham, Henry J. ([7]1998), *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*, OUP, Oxford.

Aguiló, Josep (2000), *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona.

— (2003), «De Nuevo sobre 'independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica'»: *Jueces para la Democracia*, 46.

— (2008), *Sobre Derecho y argumentación*, Lleonard Muntaner, Palma de Mallorca.

— (2012), «Los deberes internos a la práctica de la jurisdicción. Aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad»: *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 10.

— (2012a), «Fuentes del Derecho», en J. Fabra Zamora y V. Rodríguez-Blanco (eds.), *Conceptos jurídicos fundamentales y aplicación del Derecho*, UNAM, Madrid (en prensa).

Aguiló, Josep; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2007), *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid.

Alchourrón, Carlos (1991), «Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*», en C. Alchourrón y E. Bulygin (eds.), *Análisis lógico y Derecho*, prólogo de G. H. von Wright, CEC, Madrid.

— (1995, [2]2005), «Concepciones de la lógica», en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 7: *Lógica*, Trotta, Madrid.

— (1996), «On Law and Logic»: *Ratio Juris*, 9/4; trad. esp. de J. L. Rodríguez con la colaboración de S. A. Militello, «Sobre Derecho y lógica»: *Isonomía*, 13 (2000).

— (2011), «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», en J. Meyer y R. Wieringa (eds.), *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, Wiley&Sons, 1993; tomo la trad. de D. Mendonca, *Compendio de una teoría analítica del derecho. Alchourrón y Bulygin en sus textos*, Marcial Pons, Madrid.

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio (1991), «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en Id. (eds.), *Análisis lógico y Derecho*, prólogo de G. H. von Wright, CEC, Madrid.

Alemany, Macario (2010), «Democracia *versus* Constitución (¿Precompromiso o paternalismo?)»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t. XXVI.

Alexy, Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid.
— (1996), «Interpretazione giuridica», en *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma.
— (2000), «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín»: *Doxa*, 23, trad. de D. Oliver-Lalana.
Alexy, Robert y Peczenik, Aleksander (1990), «The concept of coherence and its significance for discursive rationality»: *Ratio Juris*, 3/1.
Aliseda, Atocha ([2]2012), voz «Abducción», en L. Vega Reñón y P. Olmos (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Trotta, Madrid.
Amaya, Amalia (2011), «Diez tesis acerca de la coherencia en el Derecho», en *Discusiones*, vol. 10.
Amoretti, M. Cristina; Porello, Daniele; Regazzoni, Simone y Testino, Chiara (Colectivo filosófico Blitris) (2007), *La filosofia del Dr. House. Etica, logica ed epistemologia di un eroe televisivo*, Adriano Salani, Milán.
Anderson, Bruce (1995), «The Case for Re-Investigating 'The Process of Discovery'»: *Ratio Juris*, 8/3.
Andrés Ibáñez, Perfecto (1992), «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal»: *Doxa*, 12.
— (2007), «'Carpintería' de la sentencia penal (en materia de 'hechos')» [1998], en Íd., *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
— (2007a), «La sentencia penal» [1995], en Íd. *Justicia penal, derechos y garantías*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá.
Anónimo (1997), *Retórica a Herenio*, introd., trad. y notas de S. Núñez, Gredos, Madrid.
Arango, Rodolfo (1999), *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?*, Siglo del Hombre, Bogotá.
Aristóteles (1981), *Ética a Nicómaco* [1949], ed. bilingüe y trad. de M. Araujo y J. Marías, introd. y notas de J. Marías, CEC, Madrid.
— (1982), *Sobre refutaciones sofísticas*. *Órganon* I, Gredos, Madrid.
— (1990), *Retórica*, introd., trad. y notas de Q. Racionero, Gredos, Madrid.
Atienza, Manuel (1986), *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Civitas, Madrid.
— (1986a), «Sobre la Jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo»: *Doxa*, 3.
— (1989), *Contribución para una teoría sobre la legislación*, Civitas, Madrid.
— (1991), *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid.
— (1992), *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona.
— (1996), «Un comentario al caso Kalanke»: *Doxa*, 19.
— (2000), «Sobre el sentido del Derecho. Carta a Tomás-Ramón Fernández»: *Doxa*, 23.
— (2001a), «Entrevista a Robert Alexy»: *Doxa*, 24.
— (2005), «Argumentación y legislación», en J. L. Díez Ripollés, A. M.ª Prieto y S. Soto (eds.), *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Tirant Lo Blanc, Valencia.
— (2006), «Dureza judicial»: *Información* de Alicante, 14 de mayo.
— (2008), «Sobre la analogía en el Derecho», en Íd., *Ideas para una filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima.
— (2009), *Reflexiones sobre tres sentencias del Tribunal electoral*, Tribunal Electoral, México.

— (2009a), «De nuevo sobre las madres de alquiler»: *El Notario del Siglo XXI*, 27.
— (2009b), «Sobre el concepto de dignidad humana», en M. Casado (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Civitas/Thomson Reuters, Pamplona.
— ([3]2010), *La guerra de las falacias*, Librería Compás, Alicante.
— ([2]2010a), *Bioética, Derecho y argumentación*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá.
— (2010b), «Sobre la única respuesta correcta», en A. Aarnio, M. Atienza y F. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
— (2010c), «Prólogo», en G. Carofiglio, *El arte de la duda*, trad. de L. Juanatey, Marcial Pons, Madrid.
— (2010d), «A vueltas con la ponderación»: *Anales de la Cátedra F. Suárez*, 40, Universidad de Granada, Granada.
— (2011), «¿Cómo desenmascarar a un formalista?»: *Isonomía*, 34.
— (2011a), «Libertad de información y ponderación»: *El Notario del Siglo XXI*, 39.
— (2011b), «La sentencia sobre el aborto de la Corte Suprema mexicana», en M. Atienza y R. L. Vigo, *Argumentación constitucional. Teoría y práctica*, Porrúa, México.
— (2011c), «Sobre la interpretación jurídica, de Paolo Comanducci», en J. Ferrer y G. B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid.
— (2012), «Discrecionalidad y juicios comparativos», en E. García de Enterría y R. Alonso García (coords.), *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial*, vol. I: *Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid.
— (2012a), «El argumento de autoridad en el Derecho»: *El Cronista*, 30.
Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio (2012), *Un debate sobre la ponderación*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá.
Atienza, Manuel y Jiménez Redondo, Manuel (1993), «Entrevista con Stephen E. Toulmin»: *Doxa*, 13.
Atienza, Manuel y Lozada Prado, Alí (2009), *Cómo analizar una argumentación jurídica*, Cevallos, Quito.
Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1991), «Sobre principios y reglas»: *Doxa*, 10.
— (1996), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
— (2000, [2]2006), *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid.
— (2001), «La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica»: *Doxa*, 24.
— (2003), «Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica»: *Doxa*, 26.
— (2009), *Para una teoría post-positivista del Derecho*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá.
Atria, Fernando (1999), «Del Derecho y el razonamiento jurídico»: *Doxa*, 22.
Ausín, F. José y Peña, Lorenzo (1998), «Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte?»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t. XV.
Bayón, Juan Carlos (1991), «Razones y reglas: Sobre el concepto de 'razón excluyente' de Joseph Raz»: *Doxa*, 10.
— (2000), «Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico»: *Isonomía*, 13.
— (2007), «Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales: la parte sorprendente», en J. J. Moreso y C. Redondo (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, Madrid.
Beccaria, Cesare (2011), *De los delitos y de las penas*, prefacio de P. Calamandrei, ed. bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, texto italiano establecido por G. Francioni, Trotta, Madrid.

Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. ([2]2006), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, Madrid.
Bengoetxea, Joxerramon (1993), «Una defensa del constitucionalismo en el Derecho»: *Telos*, II/2.
— (1993a), *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, OUP, Oxford.
Bentham, Jeremy (1990), *Falacias políticas*, ed. de B. Pendás, CEC, Madrid.
Bernal Pulido, Carlos (2003), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.
Bonorino, Pablo (1993), «Sobre la abducción»: *Doxa*, 14.
Brandom, Robert B. (2002), *La articulación de las razones. Una introducción al inferencialismo*, trad. de E. de Bustos y E. Pérez Sedeño, Siglo XXI, Madrid.
Bryson, Bill (2011), *En casa. Una breve historia de la vida privada*, trad. de I. Murillo, RBA, Barcelona.
Bueno, Gustavo (1973), *Proyecto de una «Lógica de las ciencias humanas»*, cuadernillo número 2, Facultad de Filosofía, Oviedo.
— (1989), «Prólogo», en J. Velarde, *Historia de la lógica*, Universidad de Oviedo.
Bulygin, Eugenio (1992), «Entrevista a Georg Henrik von Wright»: *Doxa*, 12.
— (1995), «Lógica deóntica», en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 7: *Lógica*, Trotta, Madrid.
— (2007), «Manuel Atienza: Análisis conceptual *versus* teoría de la argumentación jurídica», en J. J. Moreso y C. Redondo (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, Madrid.
Bunge, Mario (2000), *La investigación científica*, Siglo XXI, México.
Cabra Apalategui, José Manuel (2000), *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*, Dykinson, Madrid.
— (2011), «Claves de la argumentación jurídica en Luis Recaséns Siches: estimativa jurídica y logos de lo razonable»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t. XXVII.
Calboli Montefusco, Lucia (1986), *La dottrina degli «status» nella retorica greca e romana*, Olms-Weidmann, Hildesheim/Zúrich/Nueva York.
Calvo, Raúl (2008), «Dos debates y una propuesta para la distinción entre negociar y argumentar»: *Doxa*, 31.
Capella, Juan Ramón (1985), «El trabajo como dato prejurídico»: *Doxa*, 2.
Cardozo, Benjamin N. (1921), *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven.
Carofiglio, Gianrico (2010), *El arte de la duda*, trad. de L. Juanatey, Marcial Pons, Madrid.
Carrió, Genaro (1987), *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Cassany, Daniel ([6]1998), *La cocina de la escritura*, Anagrama, Barcelona.
Charrow, Veda R. y Erhardt, Myra K. (1986), *Clear and Effective Legal Writing*, Little, Brown and Company, Boston/Toronto.
Chiassoni, Pierluigi (2011), «Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral. Con una premisa sobre *Grundphilosophie*», en J. Ferrer y G. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid.
Cohen, Morris R. y Nagel, Ernest (1968), *Introducción a la lógica y al método científico*, Amorrortu, Buenos Aires, 2 vols.
Comanducci, Paolo (2011), «La interpretación jurídica», en J. Ferrer y G. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid.
Copi, Irving M. y Cohen Carl, ([2]2011), *Introducción a la lógica*, Limusa, México D.F.
Cruz Parcero, Juan Antonio (2007), «Los errores y las omisiones del Tribunal Electoral. Análisis argumentativo de la elección presidencial»: *Isonomía*, 26.

Cubells, Jenny; Albertín, Pilar y Calsamiglia, Andrea (2010), «Transitando por los espacios jurídico-penales: discursos sociales e implicaciones para la intervención en casos de violencia hacia la mujer»: *Acciones e investigaciones sociales*, 28.

Dascal, Marcelo (1996), «La balanza de la razón», en O. Nudler (ed.), *La racionalidad: Su poder y sus límites*, Paidós, Buenos Aires.

— (1998), «Types of Polemics and Types of Polemical Moves», en S. Cmejrkova, J. Hoffmannova, O. Mullerova y J. Svetla (eds.), *Dialogue Analysis VI* (Proceedings of the 6th Conference, Prague 1996), vol. 1, Max Niemeyer, Tubinga; las citas se refieren a la versión en internet: <http://www.tau.ac.il/humanities/philos/dascal/papers/pregue.htm>. Trad. esp. de C. Ihnen, «Tipos de polémicas y tipos de movimientos polémicos», en R. Marafioti (ed.), *Parlamentos: Teoría de la argumentación y debate parlamentario*, Biblos, Buenos Aires, 2007.

De la Riva, Antonio (2006), *La sufrología en la justicia y su tratamiento*, Almuzara, Sevilla.

De Páramo, Juan Ramón (2007), «Convenciones y convicciones (una defensa del valor de las convenciones pragmáticas frente a las convicciones consensuadas en los procedimientos de toma de decisiones para la resolución de conflictos)»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, 24.

Delgado Echeverría, Jesús (1975), «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid.

Delgado Echeverría, Jesús y Rams Albesa, Joaquín (2011), *Retos de la dogmática civil española*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

Dershowitz, Alan (1999), *Just Revenge*, Grand Central Publishing; trad. esp. de E. Zilli, *Pura Venganza*, Emecé, Buenos Aires, 2000.

— (2005), *Letters to a Young Lawyer*, Basic Books, Nueva York.

Dewey, John (1924), «Logical Method and Law»: *10 Cornell Law Quarterly*, 17.

Díez, José A. y Ulises Moulines, C. (^{2}1999), *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, Ariel, Barcelona.

Díez Ripollés, José Luis (2003), *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid.

Dworkin, Ronald (1984), *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino de la ed. inglesa de 1977 (Gerald Duckworth & Co., Londres, 1984), Ariel, Barcelona.

— (1984a), «A Reply by Ronald Dworkin», en M. Cohen, *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, Londres, 1984.

— (1985), «Law as interpretation», en Íd., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

— (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

— (2006), *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.); trad. esp. de M. Iglesias Vila e Í. Ortiz de Urbina, *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

— (2011), *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.).

Ezquiaga, Francisco Javier (1987), *La argumentación en la justicia constitucional española*, HAAE/IVAP, Oñati.

Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (^{2}1997), *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid.

— (2000), «Respuesta a Manuel Atienza»: *Doxa*, 23.

— (2011), *Sobre el Derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

Ferrajoli, Luigi (2011), «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista»: *Doxa*, 34, trad. de N. Guzmán.

Ferrer, Jordi (2010), «El contexto de la decisión», en J. A. Cruz Parcero y L. Laudan (comps.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, UNAM, México.
Ferreres, Víctor (2012), «El problema de Tomás y Valiente», en AA.VV., *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
Ferreres, Víctor y Xiol, Juan Antonio (2009), *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
Feteris, Eveline T. (1999), *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Kluwert, Dordrecht/Boston/Londres.
Feyerabend, Paul K. (1990), *Diálogo sobre el método*, trad. de José Casas, Cátedra, Madrid.
Finnis, John (1998), «Natural Law and Legal Reasoning», en S. Brewer (ed.), *The Philosophy of Legal Reasoning: A Collection of Essays by Philosophers and Legal Scholars*, Garland, Nueva York/Londres.
— (2000), *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Fisher, Roger y Ury, William (1981), *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In*, Penguin Books, Londres.
Fiss, Owen (1993), «Qué es el feminismo»: *Doxa*, 14.
Frank, Jerome (1930), *Law and the Modern Mind*, Cowaed-McCann, Nueva York.
— (1993), *Derecho e incertidumbre*, Fontamara, México.
Frost, Michael H. (2005), *Introduction to Classical Rhetoric. A lost Heritage*, Ashgate, Aldershot/Burlington.
Fuller, Lon L. (1961), *El caso de los exploradores de cavernas*, trad. de G. R. Carrió y L. J. Niilus, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
— (1967), *La moralidad del Derecho*, Trillas, México.
García Amado, Juan Antonio (2001), «Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del Derecho»: *Doxa*, 24.
— (2006), «El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia», en R. Sanín Restrepo (coord.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Legis, Bogotá.
— (inédito), «La esencial intercambiabilidad del método ponderativo y el interpretativo-subsuntivo y las ventajas e inconvenientes de cada uno (al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala Civil, de 10 de diciembre de 2010)».
García de Enterría, Eduardo (1984), *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid.
Garzón Valdés, Ernesto (1993), *Derecho, ética y política*, CEC, Madrid.
— (2007), *Tolerancia, dignidad y democracia*, Universidad Inca Garcilaso, Lima.
— (2011), «Breves consideraciones críticas a las críticas del objetivismo moral de Pierluigi Chiassoni», en J. Ferrer y G. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid.
Gascón, Marina (1999), *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
Gimbernat Ordeig, Enrique (1999), «El delito de omisión impropia»: *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2/4.
González Lagier, Daniel (2003), «Hechos y argumentos (I)»: *Jueces para la Democracia*, 46.
— (2005), *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá.
— (2009), «Sobre el papel de los valores en la aplicación del derecho (a propósito de 'Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho' de Paolo Comanducci)», en M.ª Á. Ahumada, P. Comanducci y D. González Lagier (eds.), *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

González Lagier, Daniel y Ródenas, Ángeles (2007), «Los deberes positivos generales y el concepto de 'causa'»: *Doxa*, 30.
González-Meneses, Manuel (2007), *Cómo hacer dictámenes. Ensayo sobre la formación del jurista*, Colegio Notarial de Madrid.
González Vicén, Felipe E. (1967), «Sobre el positivismo jurídico», en *Homenaje al profesor Manuel Giménez Fernández*, vol. II, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Sevilla.
Greenawalt, Kent (1992), *Law and Objectivity*, OUP, Oxford.
Guastini, Riccardo (1999), *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* [1996], trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona.
Gutrie, Cris; Rachlinski, Jeffrey y Wistrich, Andrew J. (2008), «Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases»: *Cornell Law Review*, 93.
Haba, Enrique P. (2010), «Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación»: *Doxa*, 33.
Habermas, Jürgen ([6]2010), *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* [1992], trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid.
Hamblin, Charles L. (1970), *Fallacies*, Methuen, Londres.
Hart, H. L. A. (1951), «The Ascription of Responsibility and Rights», en A. Flew (ed.), *Logic and Language*, OUP, Oxford.
— (1962), «El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral», en Íd., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires.
— (1963), *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
— (1997), «Postcriptum», en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, estudio preliminar de C. Rodríguez, Universidad de los Andes, Bogotá.
Hegland, Kenney ([3]2000), *Introduction to the Study and Practice of Law*, West, St. Paul (Minn.).
Hernández Marín, Rafael (2003), «Sobre la concepción lógica del derecho»: *Isonomía*, 18.
Hierro Sánchez-Pescador, José (1966), «La argumentación filosófica y la argumentación jurídica»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XII.
Hierro Sánchez-Pescador, Liborio (2003), *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona; hay también una ed. mexicana: Hierro Sánchez-Pescador, Liborio (2010), *La eficacia de las normas jurídicas*, Fontamara, México D.F.
Holmes, Oliver W. (1963), *The Common Law*, ed. de M. DeWolfe, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
— (1975), *La senda del Derecho*, prólogo de E. A. Russo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Hyam, Michael ([3]1995), *Advocacy Skills*, Blackstone, Londres.
Igartua Salaverría, Juan (2009), «Los indicios tomados en serio», en S. Ortega (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico*, Ara, Lima.
Ihering, Rudolph von (1884), *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*, Breifkopf & Hartel, Leipzig; trad. esp. de T. A. Banzhaf, *Bromas y veras en la Jurisprudencia*, EJEA, Buenos Aires, 1974; trad. esp. de R. Riaza de la 3.ª ed. alemana, *Jurisprudencia en broma y en serio*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
— (1985), *La lucha por el derecho*, presentación de L. Díez Picazo, prólogo de Leopoldo Alas *Clarín*, trad. y nota introductoria de A. Posada, Civitas, Madrid.

Irons, Peter (1999), *A People's History of the Supreme Court*, Penguin Books, Londres.
Jonsen, Albert R. y Toulmin, Stephen E. (1988), *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, University of California Press, Berkeley.
Kelsen, Hans (1986), *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo de la 2.ª ed. alemana (1960), UNAM, México.
Kelsen, Hans y Klug, Ulrich (2008), *Normas jurídicas y análisis lógico* [1981], prólogo de E. Bulygin, trad. de J. C. Gardella, CEC, Madrid.
Kennedy, Duncan (1997), *A Critique of Adjudication (Fin de Siecle)*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
Kennedy, George A. (1963), *The Nature of Rhetoric*, Princeton University Press, Nueva Jersey.
— (1963a), *The Art of Persuasion in Greece*, Princeton University Press, Nueva Jersey.
Kronman, Antony T. (1993), *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
Laporta, Francisco (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid.
— (2009), «La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente», en V. Ferreres y J. A. Xiol (eds.), *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
Lara, Roberto (2011), *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, prólogo de J. R. Cossío, Porrúa, México.
— (2011a), «El discurso narrativo en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación» [2007], en Íd., *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, prólogo de J. R. Cossío, Porrúa, México.
Leibniz, Gottfried Wilhelm (2006), *The Art of Controversies* (The New Synthese Philosophical Library: Texts and Studies in the History of Philosophy, vol. 60), ensayo introductorio, trad., ed. y notas de M. Dascal, con la colaboración de Q. Racionero y A. Cardoso, Springer, Dordrecht.
Lifante Vidal, Isabel (2002), «Dos conceptos de discrecionalidad»: *Doxa*, 25.
— (2009), «La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista»: *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXV/2008-2009.
Llewellyn, Karl N. (1960), *The Common law Tradition-Deciding Appeals*, Little, Brown and Company, Boston/Toronto.
Lopera Mesa, Gloria P. (2006), *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, CEPC, Madrid.
López Medina, Diego Eduardo ([2]2006), *El Derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del Derecho judicial*, Legis, Bogotá.
Lorenzen, Paul (1973), *Pensamiento metódico*, Sur, Buenos Aires.
MacCormick, Neil (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
— (2005), *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, OUP, Oxford.
Magris, Claudio (2008), *Literatura y derecho. Ante la ley*, prólogo de F. Savater, trad. de M. T. Meneses, Sexto Piso, México/Madrid.
Malem Seña, Jorge (2008), *El error judicial y la formación de los jueces*, Gedisa, Barcelona.
Martí, José Luis (2006), *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid.
Marx, Karl (1845), «Tesis sobre Feuerbach», como apéndice a la edición aparte de F. Engels, *Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philoso-*

phie, Stuttgart, 1988; trad. esp, *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana*, Ricardo Aguilera, Madrid, 1968.
Meador, Prentice A. (1983), «Quintiliano y la *Institutio oratoria*», en J. J. Murphy, *Sinopsis histórica de la retórica clásica*, Gredos, Madrid.
Moreso, José Juan; Navarro, Pablo y Redondo, Cristina (1992), «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial»: *Doxa*, 11.
Moreso, José Juan, (2000), «Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional»: *Doxa*, 23.
— (2001), «Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad): *Doxa*, 24.
— (2009), «Alexy y la aritmética de la ponderación», en R. Alexy *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
Muguerza, Javier (1990), *Desde la perplejidad. Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
Muñoz Sabaté, Luis (2009), *Curso de probática judicial*, La Ley, Madrid.
Murphy, Walter F. (1964), «Leadership, Bargaining, and the Judicial Process» [1962], en G. Schubert, R. McNally *et al.* (eds.), *Judicial Behavior. A Reader in Theory and Research*, Chicago.
Navarro, Pablo y Moreso, José Juan (1996), «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas»: *Isonomía*, 5.
Nieto, Alejandro (2000), *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona.
Nieto, Alejandro y Fernández, Tomás-Ramón (1998), *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona.
Nino, Carlos S. (1984), *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires.
— (1992), *Fundamentos de Derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires.
— (1994), *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona.
Nussbaum, Martha C. (1997), *Justicia poética: la imaginación literaria y la vida pública*, trad. de C. Gardini, Andrés Bello, Barcelona.
Oliver-Lalana, Daniel (2008), «Sirve para algo debatir las leyes»: *Doxa*, 31.
Peczenik, Aleksander (2000), «Derecho, moralidad, coherencia y verdad», en Íd., *Derecho y razón*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México.
— (2000a), «¿Por qué tiene que ser coherente el razonamiento jurídico?», en Íd., *Derecho y razón*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México.
Peirce, Charles Sanders (1931 ss.), *Collected Papers*, vols. 1-8, ed. de C. Hartshorne, P. Weiss y A. W. Burks, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
Peña, Lorenzo (1991), *Rudimentos de lógica matemática*, CSIC, Madrid.
Peña González, Carlos (2004), «Los católicos y el divorcio»: *Diario El Mercurio*, Chile.
— (2011), «Matrimonio de homosexuales»: *Diario El Mercurio,* 29 de mayo, Chile.
Pereda, Carlos (1994), *Razón e incertidumbre*, Siglo XXI, México.
Perelman, Chaïm (1977), *L'empire rhétorique: rhétorique et argumentation*, Vrin, París; trad. inglesa manejada: *The Realm of Rhetoric*, trad. de W. Kluback, introd. de C. C. Arnold, University of Notre Dame Press, 1982.
Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie (1970), *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, Université Libre de Bruxelles, Bruselas; trad. esp. de J. Sevilla Muñoz de la ed. francesa de 1958 (PUF, París), *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Gredos, Madrid, 1989.
Pérez Lledó, Juan Antonio (1992), «La enseñanza del Derecho en los Estados Unidos»: *Doxa*, 12.
— (1996), *El movimiento «Critical Legal Studies»*, prólogo de M. Atienza, Tecnos, Madrid.

Pérez Luño, Antonio Enrique (1992), *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid.
Pérez Ruiz, Carlos (1987), *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*, Tecnos, Madrid.
Platón (1988), *Diálogos IV. República*, introd., trad. y notas de C. Eggers Lan, Gredos, Madrid.
— (2010), *Apología de Sócrates*, introd., trad. y notas de C. García Gual, Gredos, Madrid.
Posner, Richard A. (2011), *Cómo piensan los jueces*, trad. de V. Roca, Marcial Pons, Madrid.
Postigo Angón, Yolanda ([2]2008), «Estrategias en solución de problemas», en M. Carretero y M. Asensio (eds.), *Psicología del pensamiento*, Alianza, Madrid.
Prakken, Henry (2008), «AI & Law on Legal Argument: Research Trends and Application Prospects»: *SCRIPTed*, 5/3.
Preston, Paul (1998), *Las tres Españas del 36*, Plaza Janés, Barcelona.
Prieto Sanchís, Luis (2000), «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico»: *Doxa*, 23.
Puente, Aníbal; Poggioli, Lisette y Navarro, Armando (1989), *Psicología cognoscitiva. Desarrollo y perspectivas*, MacGraw-Hill, Madrid.
Quintiliano de Calahorra, Marco Fabio (1997-2001), *Sobre la formación del orador* (*Institutiones Oratoriae*), 5 vols., trad. y comentarios de A. Ortega Carmona, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca.
Radbruch, Gustav (1951), *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. de W. Roces de la ed. alemana de 1948, FCE, México.
— (1962), *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*, trad. de M. I. Azareto de Vásquez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
Rawls, John (2001), *El Derecho de gentes y «Una revisión de la idea de razón pública»* [1999], Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 2001.
Raz, Joseph (1991), *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero de las eds. inglesas primera (Hutchinson, Londres, 1975) y segunda (Princeton University Press, Pricenton, 1990), CEC, Madrid.
Recaséns Siches, Luis ([5]1970), *Tratado general de Filosofía del Derecho* [1959], Porrúa, México.
Rescher, Nicolas (1977), *Dialectics. A Controversy-Oriented Approach to the Theory of Knowledge*, State University of New York Press, Albany.
Rissland, Edwina L. (1990), «Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a Modelo of Legal Reasoning»: *The Yale Law Journal*, 99.
Roca Pérez, Victoria (2005), *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, CEPC, Madrid.
Ródenas, Ángeles (1998), «Entre la transparencia y la opacidad»: *Doxa*, 21/1.
— (2001), «En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas»: *Doxa*, 24.
Rodilla, Miguel Ángel (2006), *Leyendo a Rawls*, Universidad de Salamanca, Salamanca.
Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín (2012), «La reducción al absurdo como argumento jurídico»: *Doxa*, 35.
Romeo Casabona, Carlos María (1997), *Código de leyes sobre genética*, Universidad de Deusto, Bilbao.
Ross, Alf (1970), *Sobre el Derecho y la justicia* [1958], trad. de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires.
Ruiz Miguel, Alfonso y Navarro-Valls, Rafael (2008), *Laicismo y Constitución*, ed. de M. I. de la Iglesia, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

Salas, Minor E. (2011), *Yo me engaño, tú te engañas, él se... Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales. O de la guerra sin fin contra el pensamiento dogmático*, Isolma, San José de Costa Rica.
Sánchez Ferlosio, Rafael (1993), *Vendrán más años malos y nos harán más ciegos*, Destino, Barcelona.
Santos, Boaventura de Sousa (1980), *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*, separata del núm. espec. del *Boletim da Facultade de Direito de Coimbra: Estudos en Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Texeira Ribeiro*, Coímbra.
— (1998), *De la mano de Alicia. Lo social y lo político de la postmodernidad*, Universidad de los Andes, Bogotá.
Savigny, F. C. von ([2]1879), *Sistema del Derecho romano actual*, vol. 1, trad. de J. Mesía y M. Poley, Centro Editorial Góngora, Madrid.
Schauer, Fredecick (1991), *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford; trad. esp. y estudio preliminar de C. Orunesu y J. L. Rodríguez, *Las reglas en juego*, Marcial Pons, Madrid.
— (2008), «Authority and authorities»: *Virginia Law Review*, 94.
Schlag, Pierre y Skover, David (1986), *Tactics of legal reasoning*, Carolina Academic Press, Durham.
Schopenhauer, Arthur (2002), *El arte de tener razón, expuesto en 38 estratagemas*, ed., estudio y notas de F. Volpi, trad. de J. Alborés, Alianza, Madrid.
Searle, John (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, trad. y glosario de L. M. Valdés Villanueva, Nobel, Oviedo.
Sebeok, Thomas A. y Umiker-Sebeok, Jean (1979), *Sherlock Holmes y Charles S. Peirce. El método de la investigación*, trad. de L. Güell, superv. de J. M. Pérez Tornero, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1998.
Simon, Herbert A. (1983), *Reason in Human Affairs*, Stanford University Press.
Stone, Isidor Feinstein (1988), *El juicio de Sócrates*, Mondadori, Madrid.
Sternberg, Robert J. ([2]1999), *Cognitive Psychology*, Harcourt, Orlando.
Strawson, Peter F. (1952), *Introduction to logical Theory*, Methuen/John Wiley & Sons, Londres/Nueva York; trad. esp. de J. Ameller V., *Introducción a una teoría de la lógica,* Nova, Buenos Aires, 1969.
Summers, Robert S. (1978), «Two Types of Substantive Reasons: The Core of A Theory of Common Law Justification»: *Cornell Law Review*, 63.
Summers, Robert S. y Hillman, Robert A. ([4]2001), *Contract and Related Obligation. Theory, Doctrine and Practice*, West Group, St. Paul (Minn.).
Sunstein, Cass R. (1996), *Legal Reasoning and Political Conflict*, OUP, Oxford.
Tarello, Giovanni (1980), *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán.
Taruffo, Michele (2008), *La prueba*, trad. de L. Manríquez y J. Ferrer, Marcial Pons, Madrid.
— (2009), *Páginas sobre justicia civil*, trad. de M. Aramburo, Marcial Pons, Madrid.
— (2009a), «Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil», en Íd., *Páginas sobre justicia civil*, trad. de M. Aramburo, Marcial Pons, Madrid.
Tillers, Peter (2007), «Representando la inferencia de hechos en el ámbito jurídico»: *Doxa*, 30.
Toulmin, Stephen E. (1958), *The uses of argument*, CUP, Cambridge; trad. esp. de M. Morrás y V. Pineda, *Los usos de la argumentación*, Península, Barcelona, 2007.
Twinning, William; Anderson, Terence y Schum, David (2005), *Analysis of Evidence*, CUP, Cambridge.

Van Eemeren, Frans H. y Grootendorst, Rob (1984), *Speech Acts in Argumentative Discussions. A Theoretical Model for the Analysis of Discussions Directed toward Solving Conflicts of Opinions*, Foris Publications, Dordrecht.
— (2004), *A Systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*, CUP, Cambridge.
Vaz Ferreira, Carlos (1962), *Lógica viva*, Losada, Buenos Aires; reimp. en *Textos de Carlos Vaz Ferreira*, vol. 4.: *Sobre lógica*, Biblioteca Nacional, Montevideo, 2008.
Vázquez, Rodolfo (2009), *Las fronteras morales del derecho*, Fontamara, México.
Vega López, Jesús (inédito), *Aristóteles y el derecho*.
Vega Reñón, Luis (1999), *Artes de la razón. Una historia de la demostración en la Edad Media*, UNED, Madrid.
— (2003), *Si de argumentar se trata. Una introducción a la argumentación*, Montesinos, Madrid.
— (2008), «Paralogismos. Una contribución de C. Vaz Ferreira al análisis de la argumentación falaz»: *Doxa*, 31.
— ([2]2012), voz «Teoría de la argumentación», en L. Vega Reñón y P. Olmos (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Trotta, Madrid.
— ([2]2012a), voz «Lógica informal», en L. Vega Reñón y P. Olmos (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Trotta, Madrid.
— ([2]2012b), voz «Deliberación», en L. Vega Reñón y P. Olmos (eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Trotta, Madrid.
Vergès, Jacques M. (1970), *Estrategia judicial en los procesos políticos*, Anagrama, Barcelona.
Viehweg, Theodor (2007), *Tópica y jurisprudencia* [1953], prólogo de E. García de Enterría y trad. de L. Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid.
Vigo, Rodolfo L. (2011), «Análisis de la sentencia de la Corte Suprema mexicana», en M. Atienza y R. L. Vigo (eds.), *Argumentación constitucional. Teoría y práctica*, Porrúa, México.
Waldrom, Jeremy (1999), *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford.
Walton, Douglas N. (1989), *Informal Logic. A Handbook for Critical Argumentation*, CUP, Cambridge.
Walton, Douglas N. y Krabbe, Erik C. W. (1995), *Commitment in Dialogue. Basic Concepts of Interpersonal Reasoning*, State University of New York Press, Albany.
Wigmore, John H. ([3]1937), *The Science of Judicial Proof, as given by Logic, Psychology, and General Experience, and illustrated in Judicial Trials*, Littleton, Colorado.
Williams, Gerald R. (1983), *Legal Negotiation and Settlement*, West Publising, St. Paul (Minn.).
Wright, Georg Henrik von (1979), *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid.
Wróblewski, Jerzy (1971), «Legal Decision and its Justification», en H. Hubien (ed.), *Le raisonnement juridique*, Actas del Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, Bruselas.
— (2001), «Justificación de las decisiones jurídicas», en Íd., *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de J. Igartua y J. Ezquiaga, Fontamara, México.

ÍNDICE DE NOMBRES

Aarnio, A.: 31, 202, 230, 553, 637-640, 703, 776s., 833
Abraham, H. J.: 692, 698, 702, 833
Afrodita: 11
Aguiló, J.: 16, 98s., 116, 152, 306s., 311-315, 332, 335, 430, 833
Ahumada, M.ª Á.: 838
Alas, L. (Clarín): 806
Albertín, P.: 602, 837
Alborés, J.: 843
Alchourrón, C.: 24, 128, 131, 174s., 202s., 270, 273, 526, 528, 614, 617, 833
Alemany, M.: 16, 289s., 833
Alexy, R.: 29, 31, 49, 78ss., 98, 125, 127, 132s., 169, 185, 231, 249s., 254s., 257s., 273, 282, 284, 304s., 334, 352, 367s., 372, 383, 387, 390, 392, 398, 424, 481, 519s., 539-545, 553, 555, 564, 570, 580, 586, 632, 637, 702-706, 752, 795s., 798, 806s., 834, 840
Aliseda, A.: 213, 834
Alonso García, R.: 835
Amaya, A.: 593, 599, 815, 834
Amoretti, M. C.: 208, 210, 834
Anderson, B.: 668, 834
Anderson, T.: 425, 434, 445, 843
Andrés Ibáñez, P.: 16, 140, 210, 493, 496, 501, 671, 834s.
Apel, K.: 618
Aramburo, M.: 843
Arango, R.: 585s., 834
Araujo, M.: 834
Araujo Rentería, J.: 457
Aristóteles: 96ss., 116, 134, 157-161, 201, 204, 265, 277, 291, 363s., 368ss., 375ss., 380, 393ss., 399s., 403, 555, 588s., 649, 662, 685s., 711s., 742s., 747, 819, 829, 834
Arnold, C. C.: 841
Asensio, M.: 842
Atienza, M.: 5, 30ss., 49, 51, 61, 64, 98ss., 103, 127, 133s., 154, 170, 193, 203, 205, 212, 234, 245, 258, 281, 285, 301, 304ss., 313, 319, 331s., 376, 410, 412s., 415, 417, 422, 425, 436, 440, 457, 460, 470, 529, 531, 539, 544s., 568, 570, 580, 583, 614, 628, 641, 681, 714, 749, 763, 766, 775, 833-837, 841, 844
Atria, F.: 67, 69, 73, 835
Ausín, F. J.: 197, 199s., 835
Austin, J.: 64, 66, 375
Azareto de Vásquez, M. I.: 842
Bayón, J. C.: 128, 294s., 297, 321, 327, 330, 835

Beccaria, C.: 132, 248s., 835
Beltrán de Felipe, M.: 268, 270, 339, 590, 592, 836
Bengoetxea, J.: 602, 605s., 609, 836
Bentham, J.: 66, 116, 161, 169s., 791, 836
Bernal Pulido, C.: 254, 836
Black, H. L.: 700
Bobbio, N.: 23, 215, 233, 806, 808s.
Bonorino, P.: 211s., 836
Brandom, R. B.: 288s., 836
Brewer, S.: 838
Bryson, B.: 293, 836
Bueno, G.: 288, 836
Bulygin, E.: 24, 126, 128, 131, 138, 196, 201ss., 206, 435, 614, 617, 813, 833, 836, 840
Bunge, M.: 667s., 774, 836
Burks, A. W.: 841
Bustos, E. de: 836

Cabra Apalategui, J. M.: 263, 637s., 836

Calamandrei, P.: 248s., 835
Calboli Montefusco, L.: 432, 836
Calsamiglia, A.: 602, 837
Calvo, R.: 753s., 836
Capella, J. R.: 825
Cardozo, B. N.: 156, 836
Carofiglio, G.: 745-749, 835s.
Carretero, M.: 842
Carrió, G. R.: 22ss., 79, 553, 743ss., 836, 838s., 842
Carter, J. W.: 698
Casado, M.ª: 835
Cassany, D.: 686, 688s., 836
Cervantes, M. de: 819
Charrow, V. R.: 688, 836
Chiassoni, P.: 131, 625, 628, 827, 836, 838
Cmejrkova, S.: 837
Cohen, M.: 837
Cohen, M. R.: 158, 162
Comanducci, P.: 72, 130-135, 835s., 838
Copi, I. M.: 158-162
Cossío, J. R.: 568ss.
Cruz Parcero, J. A.: 510s., 513, 836s.
Cubells, J.: 602, 837

Dascal, M.: 387, 390, 392, 396, 823, 837
De la Riva, A.: 742, 837
De Páramo, J. R.: 396ss., 837
Delgado Echeverría, J.: 16, 776, 778, 780, 837
Dershowitz, A.: 38, 742s., 837
Dewey, J.: 67, 101, 118, 120, 146, 263, 273, 374, 669, 837
DeWolfe, M.: 839
Díaz, E.: 16, 806
Dickens, Ch.: 577, 817
Díez, J. A.: 406, 409, 837
Díez-Picazo, L.: 137, 839
Díez Ripollés, J. L.: 718, 766s., 769, 834, 837
Dilthey, W.: 263
Dworkin, G.: 632
Dworkin, R.: 22, 24s., 28ss., 47ss., 67, 71, 98, 102, 111, 132s., 169, 202, 214, 221, 265, 267, 271, 276, 352, 355, 357s., 360s., 471, 519-523, 528ss., 541ss., 545, 553, 564, 570s., 573-580, 583, 585s., 624, 632s., 636s., 788s., 791ss., 795, 798, 806, 817, 819, 837, 839

Engels, F.: 336
Erhardt, M. K.: 688, 836
Espejo, I.: 834
Ezquiaga, F. J.: 214, 226, 230, 837, 844

Fabra Zamora, J.: 833
Fernández Dols, J. M.: 607, 609
Fernández Rodríguez, T.-R.: 16, 43, 46, 537s., 580, 583ss., 640, 661, 690, 834s., 837, 841
Fernández Valverde, R.: 537
Ferrajoli, L.: 61, 86s., 89, 210, 348ss., 352, 535, 539, 806, 808s., 826s., 829, 837
Ferrer, J.: 494s., 625, 835-839, 843
Ferreres, V.: 419, 736s., 739s., 838, 840
Feteris, E. T.: 120, 122, 125s., 838
Feuerbach, L. A. von: 101, 828
Feyerabend, P. K.: 805
Field, S. J.: 699
Finnis, J.: 27, 569, 573, 578ss., 838
Fish, S.: 573, 576
Fisher, R.: 711s., 838
Fiss, O.: 99, 838
Flew, A.: 839
Fowles, J.: 819
Francioni, G.: 835
Frank, J.: 25s., 74ss., 120, 197, 615s., 668s., 703, 838
Frankfurter, F.: 344, 692, 818
Frost, M. H.: 650, 685s., 838
Fuller, L. L.: 27, 79, 81, 83, 699, 807, 827, 830, 838

García Amado, J. A.: 32, 234s., 239, 255, 257, 838
García de Enterría, E.: 738, 775, 835, 838, 844
García Gual, C.: 842
Gardella, J. C.: 840
Garzón Real, B.: 51s., 55-60, 89, 593, 606, 816
Garzón Valdés, E.: 625, 627s., 632, 807, 833, 838, 841
Gascón, M.: 492s., 838
Gimbernat Ordeig, E.: 781s., 788, 838
Golding, W.: 830
González Campos, J.: 504
González García, J. V.: 268, 270, 339, 590, 592, 836
González Lagier, D.: 16, 484s., 489-492, 838s.
González Márquez, F.: 413
González-Meneses, M.: 730s., 736, 839
González Vicén, F. E.: 807s., 820, 830
Gray, H.: 692, 699s.
Greenawalt, K.: 614s., 617, 839
Grootendorst, R.: 120s., 135, 365-368, 385, 387, 390, 429, 646, 712, 844
Guastavino, M. I.: 837
Guastini, R.: 131, 214, 218-221, 507-510, 839
Güell, L.: 843
Günther, K.: 545

Gutrie, C.: 145s., 839
Guzmán, N.: 837

Haba, E. P.: 32s., 826s., 839
Habermas, J.: 30, 70, 73, 125, 254, 353s., 367, 371, 390, 539s., 542-545, 550, 561, 586, 618s., 621, 625, 637, 799, 839
Hamblin, Ch.: 157s., 162, 187, 422, 839
Hart, H. M.: 698
Hart, H. L. A.: 22ss., 64-69, 77, 79, 202, 268, 286, 289, 326, 328, 504, 518, 526, 528, 553, 570, 827, 831, 839
Hartmann, N.: 662s.
Hartshorne, C.: 841
Hegland, K.: 430, 839
Hempel, C. G.: 272, 489s.
Herenio: 401, 434, 545, 686
Hernández Marín, R.: 205s., 839
Hierro, L.: 606, 609, 813, 839
Hierro Sánchez-Pescador, J.: 503s., 839
Hillman, R. A.: 315, 318, 843
Hobbes, Th.: 627, 806, 829
Hoffmannova, J.: 837
Holmes, O. W.: 23, 25, 33, 35, 118s., 197, 267s., 270, 337, 339, 345s., 348, 692, 803s., 806ss., 817, 828, 839
Holmes, Sh.: 178s., 208-211, 556, 843
Hubien, H.: 844
Hyam, M.: 749, 839

Igartua Salaverría, J.: 322s., 326, 839
Iglesia, M. I. de la: 842
Iglesias Vila, M.: 837
Ihering, R. von: 803-809, 820s., 828
Ihnen, C.: 837
Irons, P.: 270, 840

Jackson, R. H.: 692
James, W.: 101
Jiménez de Asúa, L.: 344
Jiménez Redondo, M.: 99, 205, 376, 835, 839
Jonsen, A. R.: 204, 640, 840
Juanatey, L.: 835s.

Kant, I.: 30, 102, 528, 618, 829
Kelsen, H.: 23s., 70, 193, 195ss., 202s., 346, 515s., 569s., 806s., 809, 840
Kennedy, D.: 28, 84, 86, 624, 840
Kennedy, G. A.: 400, 403s., 840
Kleist, H. von: 820
Kluback, W.: 841
Klug, U.: 193, 195s., 231, 233, 840
Krabbe, E. C. W.: 404, 406, 415, 844
Kronman, A. T.: 814, 818

Lafont, C.: 353s.
Laporta, F.: 47, 49, 354, 419s., 776, 833, 835, 840
Lara, R.: 672, 676, 679, 840
Laudan, L.: 837
Leibniz, G. W.: 199, 390, 392, 823s., 826, 829
Lifante Vidal, I.: 16, 513, 529s., 532, 840
Llewellyn, K. N.: 23, 660s., 814, 840
Lopera Mesa, G. P.: 254, 840
López Medina, D. E.: 89ss., 95s., 335, 840
Lorenzen, P.: 716, 840
Lozada Prado, A.: 16, 425, 457, 586, 681, 835

MacCormick, N.: 24, 31, 67, 231, 372, 424, 432, 434s., 491, 518, 553, 570s., 586, 602s., 605, 609, 840
Madrid, I.: 16
Magris, C.: 51, 840
Malem Seña, J.: 148s., 151, 840
Manríquez, L.: 843
Marafioti, R.: 837
Marías, J.: 589, 834
Martí, J. L.: 40-43, 840
Marx, K.: 101s., 336, 806, 828s.
McNally, R.: 840
Meador, P. A.: 693s., 841
Mendonca, D.: 833
Meneses, M. T.: 840
Mesía, J.: 843
Meyer, J.: 833
Militello, S. A.: 270, 833
Moreso, J. J.: 214, 254s., 286, 348, 351s., 435, 836, 841
Morrás, M.: 843
Moulines, C. U.: 406, 409, 837
Muguerza, J.: 821
Mullerova, O.: 837
Muñoz Sabaté, L.: 445, 841
Murillo, I.: 836
Murphy, J. J.: 841
Murphy, M.: 602, 604
Murphy, W. F.: 700, 841

Nagel, E.: 158, 162
Navarro, A.: 645, 842
Navarro, P.: 286, 435, 841
Navarro-Valls, J.: 245
Navarro-Valls, R.: 795s., 798, 800s.
Nieto, A.: 43, 46s., 580-584, 640, 661, 841s.
Niilus, L. J.: 838
Nino, C. S.: 22, 29, 49, 98, 101ss., 132s., 286, 330, 352, 357, 360s., 421, 523, 526, 561, 617-621, 625, 628, 632, 640, 740, 793, 806, 812, 841s.
Nudler, O.: 837
Núñez, S.: 834

Nussbaum, M. C.: 817s.

Olbrechts-Tyteca, L.: 163, 182, 376, 395, 417, 681, 683, 685, 716, 841
Oliver-Lalana, D.: 770, 772, 834, 841
Olmos, P.: 134s., 187, 654, 834, 844
Orrego, C.: 838
Ortega Carmona, A.: 842
Ortega y Gasset, J.: 30, 263
Ortiz, H.: 16s.
Ortiz de Urbina, Í: 837
Orunesu, C.: 843

Peczenik, A.: 31, 703, 793ss., 834, 841
Peirce, Ch. S.: 178, 206-213, 273, 841, 843
Pendás, B.: 836
Peña, C.: 356s., 772s., 841
Peña, L.: 197, 199s., 835, 841
Pereda, C.: 258, 263, 815, 841
Perelman, Ch.: 30, 111, 121, 128, 132, 163, 182, 202, 214, 230ss., 364, 366, 371s., 376ss., 395, 417, 420, 425, 550, 554, 637, 681, 683, 685, 716, 841
Pérez Lledó, J. A.: 16s., 35, 38, 826, 841
Pérez Luño, A. E.: 392, 395, 842
Pérez Royo, F.: 765s.
Pérez Ruiz, C.: 610, 612, 842
Pérez Sedeño, E.: 836
Pérez Tornero, J. M.: 843
Pérez Tremps, P.: 471-474
Pineda, V.: 843
Platón: 159, 369, 377, 380, 399, 403, 682, 805, 821s., 829, 842
Poggioli, L.: 645, 842
Poley, M.: 843
Porello, D.: 208, 210, 834
Posner, R. A.: 101s., 154ss., 335, 553, 573, 697ss., 701, 817, 842
Postigo Angón, Y.: 658s., 842
Powell, L. F.: 698
Prakken, H.: 728, 730, 842
Preston, P.: 666s., 842
Prieto, A. M.ª: 834
Prieto, I.: 667
Prieto Sanchís, L.: 69s., 73, 842
Puente, A.: 645, 842

Quintiliano de Calahorra: 368s., 378, 401, 403s., 431, 434, 652, 666, 685s., 693s., 722, 841s.

Racionero, Q.: 400, 823, 834
Rachlinski, J.: 145s., 839
Radbruch, G.: 26, 76-80, 264, 827, 842
Rams Albesa, J.: 776, 778, 837
Ratti, G. B.: 625, 835s., 838
Ratzinger, J.: 353
Rawls, J.: 38ss., 353ss., 360, 371, 561, 617, 621-625, 636s., 824, 842
Raz, J.: 67, 276, 279, 294-297, 319s., 327s., 421, 835, 842
Recaséns Siches, L.: 30, 66, 76, 111, 120, 180, 263, 265ss., 297, 372, 836, 842
Redondo, C.: 128, 130, 286, 836, 841
Regazzoni, S.: 208, 210, 834
Rehnquist, W. H.: 697ss.
Rescher, N.: 240, 364, 716, 842
Rico, F.: 415ss., 819
Risco, L.: 811
Rissland, E. L.: 725ss., 730, 842
Roca Pérez, V.: 16, 620s., 842
Roces, W.: 842
Ródenas, Á.: 16, 318-322, 484s., 839, 842
Rodilla, M. Á.: 621, 623s., 842
Rodríguez, C.: 839
Rodríguez, J. L.: 270, 833, 842
Rodríguez-Blanco, V.: 833
Rodríguez-Toubes Muñiz, J.: 240, 244s., 842
Romeo Casabona, C. M.ª: 613, 842
Rorty, R. M.: 101, 573-576
Ross, A.: 23, 25, 516s., 521, 528, 842
Ross, D. W.: 528
Ruiz Manero, J.: 16, 98ss., 103, 281, 285, 294, 301, 304ss., 313, 319, 331s., 436, 531, 544, 807, 833, 835, 842
Ruiz Miguel, A.: 795s., 798-802, 842
Russo, E. A.: 839

Salas, M. E.: 483ss., 843
Sánchez Ferlosio, R.: 148, 410s., 843
Sanín Restrepo, R.: 838
Santos, B. de Sousa: 28, 821s., 825, 843
Savater, F.: 840
Savigny, F. C. von: 231s., 514s., 803, 808, 814, 843
Scalia, A.: 335, 698s.
Schauer, Fr.: 97s., 267, 297-301, 315, 319, 335s., 843
Schlag, P.: 750, 752, 843
Schopenhauer, A.: 291, 378s., 420, 588, 815, 843
Schubert, G.: 841
Schum, D.: 425, 434, 445, 843
Searle, J.: 277, 291s., 305, 375, 843
Sebeok, Th.: 207, 843
Sevilla Muñoz, J.: 841
Simon, H. A.: 670, 843
Skover, D.: 750, 752, 843
Soto, S.: 834
Sternberg, R. J.: 656s., 843
Strawson, P. F.: 172, 843
Summers, R. S.: 102, 276, 284, 315, 318, 330, 345, 558, 606, 804, 806s., 843
Sunstein, C. R.: 633, 636s., 640, 793, 843
Svetla, J.: 837

Tarello, G.: 131s., 182s., 214, 217s., 226, 239, 248, 420, 843
Taruffo, M.: 477-481, 486-489, 492, 681, 684s., 843
Testino, C.: 208, 210, 834
Tillers, P.: 452ss., 843
Toulmin, St. E.: 31, 79, 99ss., 111s., 121, 157, 163, 173, 176, 187s., 201, 203s., 289ss., 306, 364, 366, 372, 374s., 378, 389, 420ss., 425, 428, 437, 489, 492, 528, 632, 640, 827, 835, 840, 843
Twinning, W.: 425, 434, 445, 447, 843

Umiker-Sebeok, J.: 207, 843
Unamuno, M. de.: 814, 819
Ury, W.: 711s., 838

Valdés Villanueva, L. M.: 292, 843
Van Eemeren, F. H.: 120ss., 135, 365-368, 385, 387, 390, 429, 646, 712, 844
Vaz Ferreira, C.: 157, 162-165, 169, 483, 663, 844
Vázquez, R.: 352, 355, 844
Vega López, J.: 16, 96ss.
Vega Reñón, L.: 134s., 163, 187, 365, 379s., 383, 653s., 834, 844
Velarde, J.: 836
Vergès, J. M.: 706, 844
Vernengo, R. J.: 774, 834, 840
Viehweg, Th.: 30, 111, 276, 372, 662s., 844
Vigo, R. L.: 568, 570, 835, 844
Volpi, F.: 843

Waldrom, J.: 714, 844
Walton, D. N.: 188, 313, 367, 404, 406, 415, 417, 421s., 844
Warren, E.: 692, 816
Weber, M.: 32s., 233, 818
Weiss, P.: 841
Wieringa, R.: 833
Wigmore, J. H.: 425, 434, 445ss., 449, 451s., 684, 844
Williams, G. R.: 712, 756, 844
Wistrich, A. J.: 145s., 839
Wittgenstein, L.: 102, 298, 375, 773
Wright, G. H. von: 196, 201s., 277, 307, 626, 753, 833, 836, 844
Wróblewski, J.: 31, 103-106, 127, 130, 132s., 273, 844

Xiol, J. A.: 419, 838, 840

Zilli, E.: 837

ÍNDICE DE MATERIAS

abducción (*vid.* razonamiento abductivo): 178, 179, 294, 486, 504, 672
abogado(s): 703-704, 706-709, 740-742, 742-743, 743-745, 750-753, 756
–, consejos para: 740-742, 742-743, 743-745
– general: 468, 470
aborto: 418
acción afirmativa (positiva): 470, 471, 801
actio: 369, 646
actitud
– crítica práctica: 295
– interpretativa: 521
activismo judicial: 51-60, 84-85, 89, 96, 154, 248, 249, 268, 320, 322, 361, 633, 680, 740
acto ilocucionario: 426
actos de lenguaje: 424, 426
acuerdos incompletamente teorizados: 633-637, 640
– y activismo judicial: 636
– y coherencia: 636, 637
– y consenso por solapamiento: 636-637
– y *rule of law*: 634
adecuación (*vid.* argumento medio-fin, argumento finalista): 13, 183
afirmaciones (*vid.* actos de lenguaje): 426, 428
algoritmo: 658
ambigüedad: 172, 271, 370, 378, 387, 401, 402, 437, 606
amenazas: 495-502, 711, 753-755
análisis económico del Derecho: 156, 553, 559
analogía: 294, 374-375, 402, 495, 503, 504, 707, 751, 788
aplicabilidad: 283, 317, 318, 440, 504-507
arbitraje: 704, 709, 710
arbitrariedad: 128, 830
– y arbitrio: 583
argumentación(es)
– *ad hominem*: 773
– *ad rem* y *ad personam:* 417
–, ambigüedad de la: 753
–, análisis de la: 123-124, 423-439, 715-716
–, buena y mala: 547-549, 652-653
– como proceso y como producto: 109, 121, 424
–, concepto de: 109-110, 126
– constitucional: 471, 475-476, 705, 735-740
– de la dogmática: 705, 718-722, 774-776, 776-781, 781-788, 788-793, 793-795, 795-802
– de los abogados: 421, 422, 703-704, 706-709
– de los órganos administrativos: 705
– e inteligencia artificial: 725-730
– en materia de hechos (*vid.* prueba): 210, 670-672, 703
–, enseñanza de la: 666-667
– erística: 652
– estratégica: 707
–, estructura de la: 510, 565, 566
–, evaluación de la (*vid.* evaluación de los argumentos)
– judicial: 703-706
– legislativa: 355, 421, 704-705, 712-718, 763-766
– médica: 294
–, partes de la: 429-431
– política: 368
– práctica: 13
–, representación de las: 424-429, 452
–, teorías de la: 263, 703, 704
– y argumento: 425

– y bioética: 723-725
– y demostración: 376
– y ética: 652, 693-694, 694-695, 695-697
– y línea argumentativa: 425, 643
– y moral sustantiva: 585-586
– y negociación: 700-701, 753
– y publicidad: 756-763
– y resolución de problemas: 643-644
– y resolución extrajudicial de conflictos (*vid.* resolución alternativa de conflictos): 704
– y sistemas expertos: 705-706
– y única respuesta correcta: 585-586
argumentar y decidir: 107-110, 120
argumentatio: 369, 429, 646, 649, 650
argumento(s) (*vid.* razonamiento): 390
– *a contrario* (*a sensu contrario*): 128, 179, 180, 181, 183, 214-215, 218, 221, 223, 224, 233, 234-239, 422, 437, 567, 816
– *a fortiori*: 128, 179, 180, 181, 183, 215, 218, 221, 223, 224, 233, 268, 276, 300, 707, 716
  – *a maiore ad minus*: 215
  – *a minore ad maius*: 215
– *a pari (a simili)*: 179, 180, 183, 214-215, 218, 221, 223, 224, 230, 232, 233, 236, 237, 437, 495, 716, 788
– a partir de principios: 214
– *ad absurdum* (*vid.* por reducción al absurdo): 218, 248, 268, 422, 707, 716
– *ad baculum*: 405
– *ad hominem*: 405, 415-418, 773
– *ad ignorantiam*: 405
– *ad populum*: 405
– *ad verecundiam*: 406, 422
– adecuativo (*vid.* argumento medio-fin): 438
– analítico: 376-377
– analógico (*vid. a pari*): 223-224, 226-230, 230-234, 235
–, cómo atacar un: 750-753
– consecuencialista: 240, 243-244, 245, 606-610, 788
– cuasi-lógico: 182
– de asociación: 182
– de autoridad (*ab exemplo*): 183, 187, 196, 216, 383, 415-418, 420-422, 788
  – práctico y teórico: 421
– de disociación: 182, 217, 218, 219-220, 395-396
– de la coherencia: 183, 215
– de la constancia terminológica: 217
– de la naturaleza de las cosas: 183
– de la plenitud: 183, 215
– de probabilidad: 178
– dialéctico: 376-377
– económico: 183, 216
– entimemático (*vid.* entimema): 370
– equitativo (vid. equidad): 217
– finalista: 183-184
– histórico: 183, 216
– inductivo (*vid.* inducción): 188, 191, 206, 210, 213, 322, 371, 406-409
– interpretativo (*vid.* interpretación): 182-183, 214-217, 218, 220, 226, 235, 238
– justificativo: 127, 128, 132, 151, 177
– legislativo: 763-766, 770
– moral (*vid.* razones morales): 346, 621, 631, 789
– medio-fin: 438
– naturalista: 217, 218
– paternalista (*vid.* paternalismo): 289-291
– persuasivo (*vid.* persuasión): 376
– por analogía (*vid.* analogía): 128, 153, 178, 422
– por reducción al absurdo (apagógico): 153, 179, 181, 182, 183, 216, 221, 239-245
– práctico: 129-130, 132, 133, 291
– psicológico: 183, 215, 218
– religioso: 352
– simples y complejos: 426
– sistemático: 183, 216, 218, 243
  – de la *sedes materiae*: 216
  – deductivo (*vid.* deducción): 188, 206, 213, 322, 406, 407, 408
  – dogmático: 217
– teleológico: 216, 218, 240, 243,
– y amenazas: 397, 711, 753-755
– y negociación: 396-398
– y prueba: 390
ars obligatoria: 379-383
arte de disputar (*vid.* dialéctica): 378
auditorio: 366, 368, 377, 416, 417, 549, 550, 682
– universal: 371
autonomía semántica: 298
autoridad: 316, 333, 335-336

«balanza de la razón»: 388, 390
bioética: 409, 723-725
briefs: 429-430 (nota 2)

calificación: 352, 434-435, 495-502, 732-733
cargas
– de la argumentación: 307, 308, 309, 328, 330, 716, 811
– de la prueba: 307, 308, 309, 365, 392
caso Cruzan: 575-576

caso DeFunis: 789-793
caso Kalanke: 467-471
caso Loyola: 457-460
caso Tanetze: 460-463
casos: 744
– difíciles (*vid.* estados de causa): 14, 25, 31, 123, 284, 369, 372, 401, 403, 431-439, 663, 788, 812
– fáciles: 372, 812
– trágicos: 79-83, 812-814, 817
casuismo: 256
causa: 484
causalidad: 483-485
chart method: 425, 434, 445-449, 449-452
círculo hermenéutico: 519-520
citas: 335-336
cláusula de Radbruch (*vid.* fórmula de Radbruch)
cognoscitivismo/no-cognoscitivismo: 133, 134, 256-257, 349, 625, 808, 828
coherencia (incoherencia): 14, 242, 243, 372, 544, 555-557, 593-599, 633, 714, 716, 788, 793, 794-795
– e inferencia a la mejor explicación: 594
–, mecanismos de construcción de la: 595
– narrativa: 556-557, 599-602
–, noción de: 593, 599
– normativa: 556
–, valor de la: 596-597
– y abducción: 556
– y agencia: 598-599
– y analogía: 557
– y antiformalismo: 597-598
– y consistencia lógica: 556
– y contexto: 595-596
– y naturalismo: 598
– y razonamiento sobre fines: 596
– y reducción al absurdo: 557
– y responsabilidad: 595
– y satisfacción de restricciones: 593-594
«cómo argumentar»: 423, 424, 643-655, 717-718
compasión: 819
compromiso argumentativo (discursivo): 277, 334-335, 380, 404
comunidad jurídica: 15, 699, 722
concepción(es)
– de la argumentación: 14, 113-114, 121
  – estándar: 372
  – formal: 13, 110, 171-186
  – material: 13, 110-111, 275-287, 290, 315, 365, 367, 372
  – pragma-dialéctica: 120-122, 122-126
  – pragmática: 13, 14, 110-111, 290, 363-373
– de las normas (expresiva e hilética): 196
– del Derecho: 12, 21-28, 43-46, 64, 107, 235
concepto/concepciones: 13, 109
conceptos: 289, 291, 435, 503-504, 789
– clasificatorios: 538-539
– comparativos: 538-539
– descriptivos: 348-350
– esencialmente controvertidos: 352
– valorativos: 348-352, 478, 559, 561
condiciones de refutación (*rebuttals*) (*vid.* derrotabilidad): 112, 176, 528
conflicto: 396, 709-712, 753-755, 812, 823, 824, 829
– de leyes: 401, 504-507
consecuencias: 14, 156-157, 372, 513, 557-559, 593, 602-606, 613, 751
– como efectos sociales: 602, 603-604, 606
– como implicaciones jurídicas: 602, 603-604, 606
–, constatación de las: 602, 605
– en relación con el sistema normativo y con el grupo social: 608, 609
–, evaluación de las: 602, 605
– y argumentación legislativa: 610
– y coherencia: 606
– y eficiencia económica: 558-559
– y «normas perversas»: 606-610
– y razones de corrección: 609
– y razones finalistas: 558, 559
consejos para escribir bien: 686-688
consenso: 551, 618, 621
– fáctico: 371
– racional: 371
consistencia: 372
constitucionalismo (*vid.* post-positivismo): 28-30, 49, 70, 73, 79, 95, 254, 535, 632, 681, 826, 829
– principialista y garantista: 86-89
constitucionalización del Derecho: 21, 827
constructivismo: 101, 102
contenido proposicional: 426, 428
contexto causal: 484
contexto de decisión: 670-672
contexto de descubrimiento/contexto de justificación: 114-116, 120, 138, 146, 147, 148, 157, 207, 211, 277-278, 397, 476, 489, 510, 653, 570, 701, 736, 824
contraargumento: 648
contradicción: 197-200, 221-224, 240, 271, 366, 398, 437, 554, 587-588, 736-740
– pragmática: 245, 246, 248, 513, 539
controversia(s) (*vid.* polémicas): 387-392, 396, 823
– de Valladolid: 392
convención, convencionalismo: 327-328, 618

critical legal studies (*vid.* teorías críticas del Derecho): 84, 577-578, 809, 813, 826
cualificadores (*qualifiers*): 112
cuestiones (*vid.* casos difíciles, preguntas): 426, 427-428, 431, 731, 733
– cerradas y abiertas: 426
– de aplicabilidad (*vid.* aplicabilidad): 14, 432, 435-436
– de calificación (definición): 14, 60, 62, 137-138, 169, 432, 434-435, 476, 477
– de discrecionalidad (*vid.* discrecionalidad): 14, 432, 437-438
– de interpretación (*vid.* interpretación): 14, 428, 432, 434-435, 436-437, 467-471, 477, 758-760, 760-762
– de ponderación (*vid.* ponderación): 14, 432, 438-439
– de prueba (*vid.* prueba): 14, 428, 432, 433-434, 757-758, 817
– de validez (*vid.* validez jurídica): 14, 432, 436, 467-471, 509, 510
– fácticas (*vid.* de prueba): 629
– normativas: 629
– procesales: 14, 432, 433, 471-477

debate forense (*vid.* argumentación de los abogados): 368
decisión judicial: 431
–, teorías de la: 154-157
decisionismo: 570-571
deducción (*vid.* argumento deductivo): 173-174, 175, 177, 182, 188-191, 192, 193, 205, 211, 221, 258-263, 269, 270, 270-273, 503, 672
definiciones: 281, 352, 401, 402, 434-435
deliberación: 39-40, 301-305, 319, 388, 389, 653-655, 702, 725, 753, 814
– colectiva: 618
–, fases de la: 653-654
– judicial: 654-655, 697-699
– legislativa en materia penal: 766-770
– práctica: 295
– pública: 352-355
–, secreto de la: 655, 697-698, 701-702
– y negociación: 700-701
delito de omisión impropia: 781-788
democracia: 21, 363
– deliberativa: 21, 38-40, 40-43, 364
demostración: 379
Derecho, moral y política: 617-621
Derecho como argumentación: 15, 19, 25, 27, 810, 811
Derecho natural (*vid.* iusnaturalismo): 19, 76-79, 79-83, 392, 394, 569, 578, 827
Derecho probatorio: 481
Derecho y literatura: 816-821
– y argumentación: 817
Derecho y moral: 346, 523-526, 561, 793, 822, 827
–, separación entre: 64-73, 77, 568
derrotabilidad, derrotable (*vid.* monotonía): 176, 179, 213, 271, 307, 308, 309, 310, 311, 320, 322, 326-330, 334, 364, 421, 422, 504, 526-528, 543
– y deberes *prima facie*: 526-528
desacuerdos teóricos y valorativos: 485
diagramas de flechas: 425, 715, 780
dialéctica: 13, 157, 245, 363, 364, 365-366, 367-368, 372-373, 376-378, 400, 708, 716, 717
– erística: 378-379
diálogo: 365, 366, 805
– crítico: 385-387, 390
–, código de conducta del: 385, 386-387
–, fases del: 367, 385, 386
– racional: 59, 367, 372, 753-755, 769
–, tipos de: 367, 404
dictamen: 643, 730-736
dignidad humana: 612-614, 628
dilema: 181
dirección de ajuste: 292
directrices: 13, 302-305, 438, 535
discrecionalidad: 147, 184, 256-257, 328, 329, 530-532
–, concepto de: 530-531
– y arbitrariedad: 533, 535, 537
– y juicios comparativos: 535-539
– y normas de fin: 530-532
– y salario mínimo: 532-535
discriminación
– inversa: 470, 471, 788-793
– por razón de sexo: 737-739
discurso: 253, 353, 367, 390, 682
– crítico (*vid.* diálogo crítico)
– escrito y oral: 649, 681-685
– moral: 619-620
– racional: 253, 353, 367, 390, 621, 655, 811, 822
–, reglas del: 367, 372, 383-385, 550
–, teoría del: 539
discusión crítica (*vid.* diálogo racional, discurso racional): 120, 122, 122-126, 404, 405
discusiones (*vid.* polémicas): 387-392, 396
disenso: 654, 699-700, 701, 714, 816
–, aversión al: 701
dispositio: 369, 646, 649
disputa(s) (*vid.* polémicas): 387-392, 396
– personal: 404, 405
disputatio(nes): 379-383
distinción, *distinguishing*: 220, 333, 383, 395, 789, 790, 791, 792, 793
distributio: 369
divisio: 369, 646, 649, 650

divorcio: 356-357
dogmática jurídica: 271, 718-722, 766, 769-770, 774-776, 776-781, 781-788, 788-793, 793-795, 795-802
– y argumentación judicial: 793-795
– y valores: 777

ejemplo: 232-233, 364, 788
elección de sexo: 612-614
elocuencia: 404
elocutio: 369, 646, 649
eludir la cuestión: 442
enseñanza del Derecho: 21, 35-38, 156
entimema: 364
enunciados: 275, 279
– condicionales: 526-527
– deónticos: 202
– dogmáticos: 718, 719, 720
– fácticos (empíricos): 282, 478
– jurídicos: 13, 280-282
– prácticos: 277
– teóricos: 276-277
–, tipos de: 426, 428
– y contenidos proposicionales: 426
epiquerema: 106, 366
equidad: 69, 96, 97, 300, 555, 588-590
– y derrotabilidad: 588-590
– y ponderación: 588-590
– y razones subyacentes: 588-590
– y universalidad: 589-590
error
– argumentativo: 502
– dialéctico: 413-415
– inferencial: 586-588
– judicial: 148-151
escenarios: 453-455
escepticismo
– axiológico: 24, 25
– jurídico: 27-28, 46, 577-578
esclavitud: 393
espectador imparcial: 372
esquemas argumentativos: 258-263, 283, 289, 314, 315
– regla-caso: 258-263
– medio-fin: 258-263
estado de causa (*vid.* casos difíciles): 369, 401-403, 431-439, 650, 663
– conjetural: 369, 406, 433, 434
– cualitativo (o justificativo): 369
– definicional: 369
– jurídico: 401, 403
– legal: 401
Estado de Derecho (*vid.* imperio de la ley, *rule of law*): 48, 151, 153
estándar de prueba: 178, 179, 602
esterilización de incapaces: 337-348
estilo oratorio: 652
estratagema: 389-390
estructura de las sentencias: 672-679
etapas argumentativas (*vid.* problemas, resolución de): 646-647, 717
– comprobación y revisión: 648
– en la tradición retórica: 646
– identificación y análisis del problema: 647-648
– propuesta de una solución: 648
– redacción de un texto: 649-652
ethos: 364, 369, 652, 695, 742
ética judicial: 655, 679-681, 694-695, 695-696, 815
eutanasia: 199-200
evaluación de la argumentación: 14
evaluación de los argumentos: 125, 404, 423, 547-564, 716-717
–, criterios de: 549-551, 553-564
– de los abogados: 548
– de los jueces: 549-551
– de los órganos legislativos: 548
– y de las decisiones: 547-548
– y motivación: 548
evidence: 480
evidencia (*vid.* prueba, medio de): 453-455, 479
excepciones: 326, 328, 526-527, 543, 544
exordium, exordio: 369, 649-650, 686
experiencias recalcitrantes: 298
expresión del discurso (*vid.* redacción de un texto, *elocutio*): 650-651, 686-688, 688-689, 689-690, 690-692, 692-693, 700

falacia(s): 116-117, 157-162, 163-169, 169-170, 240, 244, 357, 370-371, 416, 417, 418, 422, 513, 549, 581, 752, 773, 801, 825
– *ad baculum*: 116, 161
– *ad hominem*: 161
– *ad ignorantiam*: 161
– *ad misericordiam*: 161
– *ad odium*: 161
– *ad personam*: 116
– *ad populum*: 161
– *ad verecundiam*: 161
– bioéticas: 409-410
– de afirmación del consecuente: 160, 213, 408
– de anfibología: 158
– de equivocidad: 158
– de la ambigüedad: 397
– de la apelación al miedo: 414
– de la composición: 158
– de la confesión: 413
– de la cuestión plural (compleja): 160, 405-406
– de la distribución del medio: 162
– de la división: 158

– de la falsa causa: 160
– de la falsa oposición: 164
– de la falsa precisión (exactitud): 166, 167, 169, 481
– de la figura de dicción: 159
– de la irrelevancia: 412-413
– de la lógica: 33-35
– de la negociación: 405
– de la no distinción
  – entre cuestiones de palabra y de hecho: 165
  – entre cuestiones explicativas y normativas: 165, 166
  – entre pensar por sistemas y por ideas para tener en cuenta: 167, 168, 169
– de la pendiente resbaladiza: 345
– de la pregunta sugestiva: 750
– de la premisa mayor ilícita: 162
– de la premisa menor ilícita: 162
– de las generalizaciones empíricas: 489
– de los cuatro términos: 162
– del acento: 159
– del accidente: 159
– del autobombo: 414
– del determinismo legal: 581
– del eclecticismo: 168-169
– del justo medio: 168-169
– del método científico: 162
– del nirvana: 48, 49
– dialécticas: 371, 422
– en la negociación: 371
– formal, material y pragmática: 116-117
– formales: 370
– formales e informales: 116
– *ignoratio elenchi:* 116, 159
– inductivas: 162, 371, 406-409
– materiales: 370-371, 406, 409, 410
– naturalista: 409, 582
– *petitio principii* (*vid.* petición de principio): 116, 160
– políticas: 413-415
– pragmáticas: 370, 371, 410-415
– retóricas: 371
– *secundum quid*: 159
– y cambios dialécticos: 404-406, 417
ficción: 233
filosofía del Derecho: 11, 12, 15, 100, 101, 102
forma: 171, 187, 264, 407
forma de vida: 637, 638, 640
formalismo jurídico: 22-23, 48-49, 51, 57-58, 61, 64-67, 89, 107, 145, 146, 154, 156, 248, 249, 268, 320, 444, 476, 582, 679-689, 762, 817
formalización: 172, 187
fórmula de Radbruch: 76-79, 827
fórmula del peso: 169, 185, 249-258, 284
fraude de ley: 441
fuentes del Derecho: 22, 332-335, 336, 419, 420, 614-615, 617

garantía (*warrant*): 112, 173, 176, 289, 290, 306, 308, 421, 422, 437, 490
generalización: 298, 299, 315, 434
genocidio: 410
giro pragmático: 363-365, 374-376

hechos
– a probar (hipótesis): 489, 490-491
– base: 306, 307, 308, 309, 310, 314
– determinados valorativamente: 478, 480
– naturales (brutos) e institucionales: 279, 477-478, 480
– presuntos: 306, 307, 309, 310, 311, 312
– principales: 477, 480, 493
– probados: 434, 481, 484, 494, 495, 695-696
– probatorios (*vid.* prueba): 428, 434, 477, 486, 489
– generales: 279
heurístico (*vid.* problemas, resolución de): 658-659
hipótesis alternativa: 492-494
holding (*vid.* respuestas): 430 (nota 2)

identidad de razón: 226, 229, 232
ilustración: 232-233
imitación (*vid.* argumentación, enseñanza de la): 666-667
imparcialidad judicial: 151-152, 472, 474-476, 694-695
imperio de la ley (*vid. rule of law*): 47, 48, 154
implicación (consecuencia) lógica: 202
inconsistencia discursiva: 381
independencia judicial: 59, 151-152, 419-429
indeterminación del Derecho: 26, 326-330, 334, 360, 550-551, 632, 801, 813, 826
indicios (*vid.* prueba): 141, 144, 210, 322-326
–, tipología de los: 323-324
inducción: 173, 177, 178, 179, 181, 182, 326, 434, 489, 490, 503, 672
– retórica (*vid.* ejemplo): 364
inferencia: 170, 171, 172, 173, 276, 367
– deductiva (*vid.* deducción)
– fáctica (*vid.* inferencia probatoria)
– inductiva (*vid.* inducción)
– material: 288-289, 437
– práctica: 295

– probatoria (*vid.* razonamiento probatorio): 322-326, 434, 445, 452-455, 480, 489-492, 671-672
institución: 331-332
inteligencia artificial: 725-730
intellectio: 646
interpretación: 22, 48-49, 50, 59-60, 65, 81, 82, 83, 84, 86, 89-96, 130-134, 248-249, 264-267, 283, 502, 513-525, 796-798, 799-780, 801-802, 817, 819
– como actividad y como resultado: 130
–, concepto de: 513-514, 519
– conforme: 217, 219-220, 228, 534
– constitucional: 736-740
– constructiva: 520-522
– correctora: 218
–, etapas en la: 523-526
–, esquema argumentativo de la: 437
– extensiva: 218, 233, 234, 475
–, fases de la (según Savigny): 514-515
– literal: 218
–, reglas (cánones) de: 437
– restrictiva: 218
– sistemática: 737
– subjetiva y objetiva: 516-517
–, teorías de la: 130-134, 220-221, 437, 529-530
– y argumentación: 515
– y casos difíciles: 518-519
– y constitucionalismo: 529-530
– y derrotabilidad: 526-528
– y «determinación» del Derecho según Kelsen: 515-516
– y «escritura en cadena» del Derecho: 520-522
– y teorías del Derecho: 513-526
interrogatorio: 745-749, 749-750
– cruzado: 421
– de testigos: 398-399, 708
–, reglas para el: 746-749
intuición: 668-670
– y determinación judicial de los hechos: 669
inventio: 369, 646
ironía: 399
issue (*vid.* cuestiones): 430 (nota 2)
iusnaturalismo (*vid.* Derecho natural): 22, 26-27, 107, 393, 578-580, 830
iuspositivismo (*vid.* positivismo jurídico): 132, 151

judgement (*vid.* solución, decisión judicial): 430 (nota 2)
jurisprudencia (*vid.* precedente): 89-96, 332-335
–, fuerza vinculante de la: 418-420
– indicativa y precedente vinculante: 90-96
justificación (*vid.* razonamiento justificativo): 272-273, 278
– frente a persuasión psicológica: 127
– interna/externa: 31, 103-106, 127-128, 132, 179, 181, 183, 185, 249, 251, 258, 273, 282, 368, 383, 398, 420, 429, 736, 748, 749, 792-793
–, niveles de: 562, 740

laguna(s): 221-224, 226-230, 232, 235, 236, 237, 267, 271, 272, 284, 437
– axiológicas y normativas: 184, 438
laicidad, laicismo: 352-355, 795-802
lectio: 380
legalismo: 22, 47-49, 51, 156
legislación (*vid.* racionalidad legislativa)
–, fases de la: 766-770
lenguaje jurídico: 651, 688-689
– y claridad: 688-689
– y concisión: 651, 675, 692-693
ley de amnistía y cosa juzgada: 463-466
líneas temporales: 453-455
lógica
– borrosa (difusa): 176, 197, 198, 199
–, concepciones de la: 376
– clásica: 197-200, 205
– de la relevancia: 177
– deductiva: 13, 66-67, 126, 263, 283, 364, 370, 660
– deóntica (de las normas): 175, 176, 196, 201-205, 205-206
– dialéctica: 364-365, 372-373, 380
– dialógica: 716
– difusa (*vid.* lógica borrosa)
– divergente: 175, 176
– estándar: 172, 173, 175, 176, 177, 424
– formal: 20-21, 74-76, 110, 118-120, 157, 171, 172, 173, 187, 206, 263-267
– inductiva: 406-409
– informal: 157, 183, 187, 188, 374
– jurídica (lógica y Derecho): 20, 33-35, 64-67, 74-76, 118-120, 193-197, 270-273, 804
–, límites de la: 185-186
– material: 111, 264, 275, 288
– no monótona: 528, 711
– paraconsistente: 176-177, 197
– proposicional: 172, 177
– sin verdad: 202
– transitiva (dialéctica): 197-200
– y jurisprudencia: 374-375, 376
– y representación de los argumentos: 424-425
logos: 364
logos de lo razonable: 30, 111, 263-267

madres de alquiler: 440-445
marxismo (jurídico): 27-28, 101, 102
matrimonio
– entre personas del mismo sexo: 737, 738-739, 803
– indisoluble: 356-357
máximas de experiencia: 279, 306, 324, 428, 434, 486-489, 490
–, criterios de uso de las: 488, 489
–, funciones de las: 486
–, tipos de: 486-489
mediación: 396, 397, 704, 709, 710
memoria: 369, 646
método socrático: 35-38
micro-relatos: 695-697
mito de la oralidad: 681-685
mobbing (acoso laboral): 481-482
modus ponens: 106, 110, 171, 173, 179, 187, 257, 711, 716
modus tollens: 181, 398, 399, 711, 748, 749
monotonía (*vid.* derrotabilidad): 174
moot court competitions: 37
moral justificada: 14, 560-562
–, necesidad de los criterios de la: 560-561
– y objetivismo moral: 561-562
– y regla de reconocimiento: 561
moral social: 14, 559-560, 807
–, límites de la: 560, 614-617
– y democracia: 560
– y moral crítica: 620
moralidad externa e interna: 827
motivación (*vid.* justificación): 75, 106, 128, 136-138, 139-145, 145-146, 146-148, 152-154, 197, 249, 277-278, 397, 470, 489, 535-537, 537-539, 548, 549, 571, 811
–, carencia de: 136-138, 139-145, 148-151
– de los hechos: 492-494
–, destinatarios de la: 692
– en materia penal: 670-672
–, errores de: 148-151
–, estilo de: 492
– hipócrita: 146-148
– suficiente: 136-138
– y órganos colegiados: 701-702
motivar y decidir: 145-146
motivos y razones: 76, 114

narratio, narración: 369, 430, 649, 650, 686, 673-674
negaciones (*vid.* actos de lenguaje): 426, 428
negociación: 40, 404, 405, 704, 709, 710-712, 753-755
–, fases de la: 755-756
– y amenazas: 710
– y argumentación: 710-712
– y discurso práctico racional: 710
normas (*vid.* reglas)
– categóricas: 307
– constitutivas: 297, 301, 305-306, 310, 312, 313, 436
– de acción: 432
– de fin: 432, 437-438, 530-532
–, efectos sociales de las: 770-772
–, elementos directivos y justificativos de las: 303
– meramente constitutivas: 281
– «perversas»: 606-610
– puramente constitutivas: 436
– que confieren poder: 436
– regulativas: 301, 306, 310, 314
– regulativas y constitutivas: 280, 281, 433
– y disposiciones: 508
normativismo: 19-20, 22, 24-25
nueva retórica: 376, 377, 681-683
nulidad: 442

objetividad del Derecho: 550-551, 553-554, 615
objetividad del razonamiento jurídico: 14
objetivismo moral: 327-328, 561-562, 615, 617-621, 625-628, 640
– radical y temperado: 625
– y absolutismo moral: 562
– y concepción discursiva de la moral: 617-621
– y constructivismo moral: 561-562
– y escepticismo moral: 625-628
– y realismo moral: 562
obiter dicta: 90, 94-95, 430 (nota 2), 431
obligación de restitución en la posesión: 778-780
orador: 368, 388, 403, 682
oralidad: 717
orden público: 440-441, 442, 443, 444
overrule: 333

paradojas
– lógicas: 205
– sorites: 197
paraducción: 503, 504
paralogismo (*vid.* falacia): 116, 163-169, 370
parejas homosexuales y unión marital de hecho: 455-457
partes del discurso (*vid.* redacción de un texto, *dispositio*): 649-650, 685-686
particularismo: 254
partitio: 369
paternalismo: 269, 289-291, 357, 628-633
– y perfeccionismo: 629, 631, 632

pathos: 364, 369, 652, 742, 743
pautas para la argumentación judicial: 679-681
perfeccionismo: 357
peroratio: 369, 646, 649, 650, 686
persuasión, persuadir: 11, 365, 366, 371, 376, 377, 400, 414, 416, 652, 653, 712
petición de principio (*vid.* falacia): 241, 242, 244, 345, 370, 418
polémicas: 387-392, 822
policies: 544
ponderación, ponderar: 13, 70, 71, 73, 88, 183, 184, 185, 249-258, 268, 282, 284, 297, 303, 304, 322, 329, 340, 372, 392, 539-545, 564, 565, 568, 569, 629, 740, 752, 824
positivismo jurídico: 22, 23, 64-67, 67-69, 69-74, 77, 88, 89, 98, 107, 299, 326, 329-330, 346, 348-352, 361, 539, 561, 570, 577, 617, 625, 806, 807, 808, 809, 813, 823, 824, 830
– exclusivo e inclusivo: 348, 351, 561
– metodológico: 553, 827
post-positivismo (*vid.* constitucionalismo): 28-30, 49, 96-99, 529, 570, 580
pragmatismo (jurídico): 13, 25, 30, 99-100, 100-103, 156-157, 206, 573, 574, 575, 576, 806-807, 822, 823, 828
precedente (*vid.* jurisprudencia): 90-96, 155-156, 332-335
preguntas (*vid.* cuestiones): 717-718, 749-750
– críticas: 421, 422
–, tipos de: 749-750
premisa(s): 13, 170
– acabada de un razonamiento: 193, 283, 333-334
– y conclusiones: 120
presunción(es): 281, 283, 303, 315, 365, 392
–, enunciados de: 307
– *iuris et de iure*: 307, 310, 311, 312, 313
– *iuris tantum*: 307, 309, 312, 313
– presunciones-reglas: 307, 309, 312, 314
– presunciones-principios: 307, 309, 312, 314
–, regla de: 306, 307, 308, 309, 310, 311, 313
presunción de inocencia: 188-191, 323, 324
pretensión (*claim*): 111, 112, 173, 176, 290, 420, 422, 489, 492
pretensión de corrección: 253, 704, 705, 706, 711
prima facie/consideradas todas las circunstancias: 303, 334, 544
principio(s): 13, 45, 70-73, 176, 183, 184, 185, 249, 265-267, 284, 297, 301-305, 322, 421, 432, 581
– como mandatos de optimización: 540, 542, 543, 544
– como valores y como normas: 540-543
– en sentido estricto: 302-305, 438, 544
– generales del Derecho: 234
– institucionales (*vid.* institución): 331-332
– y reglas: 88, 254, 301-305, 438
principio de bivalencia (*vid.* tercio excluso): 199-200
principio de gradación: 200
principio de inercia: 420, 421
principio de proporcionalidad: 249-250
principio regulativo del razonamiento jurídico: 638-639
probabilidad(es): 407, 479, 480, 490
probatorio: 139-144
– y diagnóstico clínico: 494-495
problema(s): 426, 427, 430-431, 643-646, 717-718, 822
– bien y mal estructurado: 645, 708
–, concepto de: 644-646
–, formulación del: 667-668
– jurídicos: 660-662
– práctico: 644-645, 774
–, resolución de: 643, 644, 645, 656-658, 658-660
– y lenguaje: 646
– y tópica: 662-663
– y valores morales: 645-646
proof: 480
proposiciones normativas (y normas): 175
prueba(s): 140-144, 188-191, 210, 211, 242, 246, 247, 389
– de indicios, indiciaria (*vid.* indicios): 189, 191, 210, 247, 322-326
– de la causalidad: 483, 484
– del *mobbing*: 481-482
– directa: 322, 324, 325, 492
–, estándar de: 191, 434
– fuente de prueba, medio de prueba y elemento probatorio: 139-144
– indirecta (*vid.* indicios): 322, 325, 492
–, medios de (*vid.* evidencia): 190, 434, 453, 477, 478, 479, 480
– pericial: 421, 422
– relevantes: 493
pruebas técnicas y extratécnicas: 364, 711, 712
psicología cognitiva: 645, 656, 663-666
punto que debatir (*vid.* cuestiones): 439, 545-546

quaestio: 380
quaestio facti/quaestio iuris: 311

racionalidad: 258-263, 389, 390, 391, 392, 702, 812, 826
–, concepciones dialógicas de la: 365, 380
– de lo segundo mejor: 357, 358, 360, 361, 812
– dialéctica: 367
– discursiva: 637, 822
– económica: 543, 544
– estratégica: 396
– legislativa: 714-715, 763-764, 766-770
– moral: 625
– práctica: 295-297, 372
– y emociones: 818
ratio decidendi: 90, 94-95, 108, 333, 430 (nota 2), 431, 467, 470, 471, 568, 707
rationale (*vid.* razón): 430 (nota 2)
razón(es): 13, 275, 276, 277, 431, 643, 826
– absolutas: 280, 295, 335
– auxiliares: 279-280, 281, 282, 295, 297, 305, 314
– autoritativas (*vid.* razones formales): 315, 316-317, 318, 361, 335, 345
– completas: 279-280, 295
– concluyente: 335
– consecuencialistas (*vid.* consecuencias): 609
– críticas: 315
– de corrección (*vid.* razones sustantivas): 281, 285, 315, 317-318, 330, 345
– de fin, finales (*vid.* razones sustantivas): 281, 284-285, 315, 317, 330, 345
– de primer o de segundo nivel: 280, 296
– definitivas (decisivas o concluyentes): 280, 295
– dependientes o independientes del contenido: 280
– excluyentes: 294-297, 319, 321, 351
– explicativas y justificativas: 138, 147, 148, 278, 280
– fácticas: 315
– formales: 49, 281, 284-285, 330, 345
– institucionales: 138, 148, 270, 285, 315, 316, 318, 361, 330-332, 345, 433, 476, 513
– interpretativas: 315
– jurídicas: 280-282
– justificativas (*vid.* argumento justificativo): 128-130, 276, 350
– morales: 326, 330, 351, 352, 355, 562, 610-612, 613, 628, 632, 780
  – y prejuicios: 610-612, 613
– no derrotadas: 296-297
– operativas: 279-280, 281, 282, 295, 297, 305, 314, 433
– para la acción: 128-130, 276, 294-297, 318
– perentorias y no perentorias: 280, 281, 284, 319
–, peso de las: 282-285, 295, 317, 331
– prácticas: 280
– *prima facie* y consideradas todas las circunstancias: 280, 295
– protegidas: 296, 321
–, relevancia de las: 282-285
– sistemáticas/extrasistemáticas: 13, 280-282
– subyacentes: 50, 69, 267, 285, 298-300, 319, 320-322, 327, 348, 351, 476, 568
– sustantivas: 281, 284-285, 315, 316-318, 330, 361, 422
– teóricas: 280
– y hechos: 279, 294-295
razonabilidad, razonable: 14, 39, 242, 243, 269-270, 377, 562-564, 593, 624, 626-627, 637-641, 715, 815, 820, 824, 828
– en sentido estricto: 563
– y aceptabilidad: 564
– y controversia: 641
– y equilibrio o proporcionalidad: 563-564
– y forma de vida: 637, 638
– y racional: 538, 563, 637-641
razón práctica: 102, 291-292, 579, 717
razón pública: 38-40, 353, 621-625, 717
– y convicciones religiosas: 624
– y razonabilidad: 624
– y razonamiento judicial: 621-625
razonamiento
– abductivo (*vid.* abducción): 206, 213, 495
– clasificatorio (*vid.* subsunción): 433, 438
– de los abogados: 278, 282
– de los juristas expertos: 663-666
– decisorio y razonamiento de la motivación: 486, 489
– deductivo (*vid.* lógica deductiva, deducción): 30
– en dos niveles: 358, 359, 360
– finalista: 282
– inductivo (*vid.* inducción): 284
– instrumental: 278
– jurídico y moral: 285-287
– justificativo (*vid.* argumento justificativo): 200, 202, 205, 206, 276, 286, 331, 332, 333, 357-361
– legislativo: 278, 282

– medio-fin (*vid.* razonamiento finalista; argumento medio-fin): 707
– monotónico (*vid.* derrotabilidad): 192-193, 203, 204
– moral: 348
– práctico: 276-279, 291-292, 294, 297, 306-315
– presuntivo (*vid.* presunción): 307, 310, 315
– probatorio: 284, 445
– teórico: 276-279, 286, 293-294, 306-315
razones (*grounds*): 112, 173, 176, 290, 420, 422, 489
razones y motivos: 50
realismo jurídico: 19, 22, 25-26, 32-33, 107, 145, 147
recusación: 471-477
redacción de un texto: 736
reducción al absurdo: 58, 345, 398, 418-420, 690-691, 747, 748, 749, 751, 773-774, 788
reenvío: 505-507
refutación: 383, 418-420, 492-494
– directa e indirecta: 420
regla de Scoto (de Cornubia): 197
reglas (*vid.* normas): 295-301, 422, 581
–, alcance de las: 319-320
–, casos fuera del alcance de las: 318-320, 321
– constitutivas: 206
– de acción: 13, 176, 183, 184, 301-302, 318, 438, 535
– de fin: 13, 183, 301, 302, 318
– de inferencia: 106, 173
–, excepciones a las: 318-320, 321
– puramente constitutivas: 305, 311-312, 313, 314
– que confieren poder: 281, 305, 433
– técnicas: 371
– transparentes y opacas: 319-320
– y principios (*vid.* principios y reglas): 276, 281, 300, 326, 331, 528, 788, 823
relativismo cultural: 41
relevancia: 435
republicanismo: 41, 42-43
representación de argumentos: 14
resolución alternativa de conflictos: 709-712, 756-763
resolución argumentativa de un problema (*vid.* problema): 14, 108, 118-120, 707-708, 736
– comprobación y revisión: 14
– identificación y análisis: 14
– propuesta de solución: 14
– redacción de un texto: 14, 146
respaldo (*backing*): 79, 112, 291, 421, 422, 437, 492, 538, 632, 827
responsabilidad: 411-412
respuesta correcta (*vid.* única respuesta correcta): 550, 570-571, 573-578, 578-580, 616, 714, 725, 825
respuestas (argumentativas): 431
restatements: 316
resultado
– causal: 483
– institucional: 311-313, 314
– probatorio: 480
retórica: 13, 30, 104, 128, 132, 245, 364, 365-366, 368-370, 372-373, 376-378, 399-400, 685-686, 708, 716, 717, 831
– como técnica: 399-400
– deliberativa: 368
– epidíctica: 368
–, géneros de la: 368
– judicial: 368
–, legitimidad de la: 369
–, operaciones de la: 369
–, partes de la: 685-686
–, ventajas e inconvenientes de la: 403, 404
– y democracia: 403
retorsión: 801
rule of law (*vid.* imperio de la ley): 23, 27, 570
ruling (*vid. holding)*

seguridad (certeza) jurídica: 49, 50, 233, 285, 579, 765
sentencias contradictorias: 582
silogismo: 264
– disyuntivo: 181
– judicial (*vid.* subsunción): 74-76, 106, 120, 175, 179, 193, 248-249, 257, 277, 283, 333
– práctico: 193-197, 201, 221
– retórico (*vid.* entimema): 364
– teórico: 194-197
– transitivo: 181
sistemas expertos (*vid.* inteligencia artificial): 373
sofisma (*vid.* falacia): 116, 163, 370, 483
sofística: 379, 400
solución: 426, 431, 643, 734
stare decisis: 333, 420, 421
subinclusión y sobreinclusión (*vid.* supra-inclusión e infrainclusión)
subsunción: 13, 97, 183, 184, 195, 237, 248-249, 251, 252, 255, 282, 525-526, 565
superveniencia: 619-620
suposiciones (*vid.* actos de lenguaje): 426

suprainclusión e infrainclusión (de una regla): 97, 267, 297-301, 319, 320, 421, 751

tabaquismo: 415-418
tácticas argumentativas: 750-753
técnica jurídica: 581
técnicas argumentativas (*vid.* argumentos): 217, 218
teoría de juegos: 396
teoría(s) de la argumentación jurídica: 30-31, 32-33,46-47, 104, 128, 134-136
–, precursores: 30
– teoría estándar: 30-31,32-33, 114-115
– y positivismo jurídico: 69-73
teoría del Derecho: 15, 21
teorías críticas del Derecho (*vid. critical legal studies*): 28, 107
tercio excluso (*vid.* principio de bivalencia): 199-200
tesis del caso especial: 286, 368, 570
textura abierta (*vid.* vaguedad): 67-69
tópica: 30, 104, 128, 291
tópico: 276, 291, 363, 364, 369, 437
trivium: 377

única respuesta correcta: 14, 70, 169, 273, 551-553, 571-573, 580-585, 622, 624, 638, 639, 648, 661, 736, 812
– incertidumbre e indeterminación: 571-573, 583
– y argumentación de los abogados: 552
– y argumentación legislativa: 552
–, variedad de posiciones sobre la: 552-553
unidad del razonamiento práctico: 285-287, 563
universalidad: 14, 334, 367, 372, 554-555, 588-590, 590-593, 614, 633
– y derrotabilidad: 588-590
– y equidad: 588-590
– y generalidad: 555
– y justificación interna: 554
utilitarismo: 360, 629, 630

vaguedad (penumbra): 64, 66, 172, 176, 271, 301-302, 325, 349, 350, 370, 437, 828
validez jurídica: 22, 280-281, 283, 322, 440, 441, 507-510, 510-513
–, vicios de: 507-510
valor(es): 24, 25, 26, 49, 50, 133, 153, 154, 278, 279, 281, 303-304, 521, 530, 540, 543, 556, 563, 709, 715, 736, 737, 751, 775, 820, 824, 830-831
– finales y utilitarios: 303-304
– formales y sustantivos: 316-317
–, inconmensurabilidad de los: 814
–, juicios de: 310, 349, 485, 529-530, 637, 638, 724, 751
  – y descripción de valores: 614, 617
– y consenso: 564
– morales: 357
– «valores fríos»: 51
verdad (judicial): 477-479, 486, 494
violencia de género: 600-602
virtudes: 814, 815, 816, 817
– argumentativas: 382, 815, 816
– judiciales: 346
voto disidente: 267-270

ÍNDICE GENERAL

Contenido 7
Presentación: La mirada de Peitho 11

I. Derecho y argumentación

1. El Derecho como argumentación 19
2. La argumentación jurídica y su auge actual 20
3. Concepciones del Derecho: de los teóricos y de los prácticos 21
   3.1. El formalismo jurídico 22
   3.2. El positivismo normativista 24
   3.3. El realismo jurídico 25
   3.4. El iusnaturalismo 26
   3.5. El escepticismo jurídico 27
4. El constitucionalismo o post-positivismo 28
5. Las teorías de la argumentación jurídica 30

Materiales

1,A) Una crítica «realista» a las teorías de la argumentación jurídica ... 32
2,A) Lógica y Derecho 33
2,B) Cómo funciona el método socrático 35
2,C) Razón pública y democracia deliberativa 38
2,D) La república deliberativa 40
3,A) El Derecho y el revés 43
   3.1,A) Las razones del legalismo 47
   3.1,B) ¿Cómo desenmascarar a un formalista? 49
   3.1,C) Los valores fríos del derecho 51
   3.1,D) ¿Es siempre condenable el activismo judicial? El caso Garzón 51
   3.1,E) Dureza judicial 60
   3.2,A) Positivismo jurídico no significa formalismo 64
   3.2,B) Positivismo jurídico y razonamiento judicial 67
   3.2,C) El positivismo jurídico: una teoría del Derecho sin teoría de la argumentación 69

3.3,A) La crítica de Frank al silogismo judicial 74
3.4,A) La fórmula de Radbruch 76
3.4,B) El Derecho natural y los casos trágicos 79
3.5,A) Tres modelos de juez 84
4,A) Dos versiones del constitucionalismo 86
4,B) La interpretación del derecho judicial 89
4,C) ¿Fue Aristóteles el primer autor post-positivista? 96
4,D) Toulmin: el pragmatismo es una actitud mental 99
4,E) Un debate sobre «pragmatismo» 100
5,A) Justificación interna y justificación externa 103

II. ¿Qué es argumentar?

1. Argumentar y decidir 107
2. El concepto de argumentación 109
3. Concepciones de la argumentación 110
4. Concepciones de la argumentación y argumentación jurídica 113
5. Contexto de descubrimiento y contexto de justificación de las decisiones 114
6. Argumentación y falacias 116

Materiales

1,A) John Dewey: método lógico y Derecho 118
2,A) Una definición pragma-dialéctica de argumentación 120
2,B) Un enfoque pragma-dialéctico de la argumentación jurídica 122
3,A) Lógica y argumentación según Bulygin 126
3,B) Razones para la acción, razón justificativa y argumento 128
3,C) Teorías de la justificación de la interpretación jurídica 130
4,A) ¿Es posible una teoría general y sistemática de la argumentación? 134
4,B) Motivación suficiente 136
4,C) ¿Existió motivación en el caso Wanninkhof? 139
5,A) Motivar por escrito para decidir mejor 145
5,B) Motivaciones hipócritas 146
5,C) Una teoría del error judicial. Errores por ausencia de motivación 148
5,D) El ideal de un juez independiente e imparcial 151
5,E) Decálogo sobre la motivación 152
5,F) Una teoría descriptiva de la decisión judicial 154
6,A) Un catálogo de falacias... y de problemas 157
6,B) La «lógica viva» de Vaz Ferreira 162
6,C) Decálogo del combatiente 169

III. La concepción formal: las inferencias y sus clases

1. La forma de los argumentos 171
2. Inferencia e inferencia deductiva 173
3. Lógica y lógicas 175
4. Deducción, inducción y abducción 177

5. Clases de argumentos jurídicos 179
6. Subsunción, adecuación —argumentación finalista— y ponderación .. 183
7. Los límites de la lógica 185

MATERIALES

1,A) Lógica formal y lógica informal 187
2,A) ¿Qué significa «deducir»? 188
2,B) Teoría del delito y carácter no monótono del razonamiento jurídico ... 192
3,A) Kelsen: Derecho y lógica 193
3,B) La lógica transitiva 197
3,C) La utilidad de la lógica deóntica para la argumentación jurídica . 201
3,D) Las insuficiencias de la lógica deóntica 205
4,A) Qué es el razonamiento abductivo 206
5,A) Los argumentos interpretativos según Tarello 214
5,B) Técnicas interpretativas, argumento de la disociación e interpretación conforme 217
5,C) Una clasificación general de los argumentos 221
5,D) Los requisitos para la analogía según el Tribunal Constitucional español 226
5,E) Sobre la analogía en el Derecho 230
5,F) Sobre el argumento *a contrario* 234
5,G) Sobre el argumento por reducción al absurdo 239
5,H) Investigación de la paternidad y contradicción pragmática 245
6,A) Subsunción frente a interpretación 248
6,B) Alexy y la fórmula del peso 249
6,C) Racionalidad y esquemas argumentativos 258
7,A) El «logos de lo razonable» de Recaséns Siches 263
7,B) El voto disidente de Holmes en el caso Lochner 267
7,C) El ideal deductivo en el Derecho 270

IV. LA CONCEPCIÓN MATERIAL: PREMISAS Y RAZONES

1. El enfoque material de la argumentación 275
2. Razonamiento teórico y práctico 276
3. Razones y tipos de razones 279
4. Razones jurídicas: sistemáticas y extrasistemáticas 280
5. Relevancia y peso de las razones 282
6. Razones jurídicas y razones morales. La unidad del razonamiento práctico 285

MATERIALES

1,A) Lógica material 288
1,B) Inferencia material 288
1,C) El argumento paternalista 289
1,D) Una caracterización de los tópicos 291
2,A) Todo el razonamiento es práctico 291
2,B) Un ejemplo de razonamiento teórico: la transmisión del cólera ... 293

3,A) ¿Qué son las razones para la acción? 294
4,A) El carácter subincluyente y sobreincluyente de las reglas 297
4,B) Principios y reglas 301
4,C) Reglas constitutivas 305
4,D) Las presunciones en el razonamiento teórico y en el práctico 306
5,A) Razones judiciales 315
5,B) Excepciones a las reglas y casos fuera del alcance de las reglas 318
5,C) Tres tipos de derrotabilidad de las reglas 320
5,D) La fuerza de los indicios 322
5,E) Indeterminación genuina, positivismo jurídico y razones morales ... 326
5,F) El peso de las razones institucionales 330
5,G) Las fuentes del derecho y las normas de origen judicial 332
5,H) Autoridad y autoridades 335
5,I) Dos sentencias sobre esterilización de incapaces 337
6,A) Conceptos valorativos y positivismo jurídico inclusivo 348
6,B) La relevancia de la religión en la deliberación pública 352
6,C) Los católicos y el divorcio 356
6,D) El papel de la moral en el razonamiento jurídico justificativo 357

V. La concepción pragmática: los elementos dialécticos y retóricos de la argumentación

1. El giro pragmático 363
2. Retórica y dialéctica 365
3. La dialéctica como procedimiento 367
4. La actividad retórica 368
5. De nuevo sobre las falacias 370
6. El papel de la retórica y de la dialéctica en la argumentación jurídica ... 372

Materiales

1,A) El «giro pragmático» y la argumentación jurídica 374
2,A) La dialéctica en el contexto de la retórica 376
2,B) El arte de disputar y la retórica 378
3,A) Necesidad de la dialéctica 378
3,B) El *ars obligatoria* y la *disputatio* 379
3,C) Las reglas del discurso práctico racional según Alexy 383
3,D) Fases del diálogo crítico y código de conducta para discutidores razonables 385
3,E) Tres tipos de polémicas: discusiones, disputas y controversias 387
3,F) La polémica de la conquista de América 392
3,G) Argumentación y negociación 396
3,H) El interrogatorio de Sócrates 398
4,A) La retórica es una técnica 399
4,B) La doctrina de los estados de causa y los tipos de casos difíciles .. 401
4,C) Ventajas e inconvenientes de la retórica 403
5,A) Falacias y cambios dialécticos 404
5,B) Falacias inductivas 406

5,C) Falacias bioéticas 409
5,D) ¿Falacias pragmáticas? 410
A) Cuba y el genocidio 410
B) Aznar y Anson: la irrelevancia y la confesión 412
C) Falacias políticas y errores dialécticos 413
5,E) Argumentos *ad hominem* y argumentos de autoridad 415
5,F) ¿Una petición de principio? 418
6,A) Refutación, reducción al absurdo y fuerza vinculante de la jurisprudencia 418
6,B) Los argumentos de autoridad en el Derecho 420

VI. Cómo analizar las argumentaciones

1. Analizar, evaluar y argumentar 423
2. Un método para la representación de los argumentos 424
3. El método aplicado a un caso ficticio 427
4. Partes de la argumentación 429
5. Cuestiones controvertidas y casos difíciles 431
5.1. Cuestiones procesales 432
5.2. Cuestiones de prueba 433
5.3. Cuestiones de calificación 434
5.4. Cuestiones de aplicabilidad 435
5.5. Cuestiones de validez 436
5.6. Cuestiones de interpretación 436
5.7. Cuestiones de discrecionalidad 437
5.8. Cuestiones de ponderación 438
6. Punto que debatir 439

Materiales

1,A) Sobre las madres de alquiler 440
2,A) El *chart method* de John H. Wigmore 445
2,B) El *chart method* fuera del *common law* 449
2,C) Cómo representar inferencias fácticas 452
3,A) Algunos ejemplos de análisis de casos 455
4,A) El caso Kalanke y la determinación de la *ratio decidendi* 467
5.1,A) La recusación de un magistrado 471
5.2,A) Taruffo sobre la prueba 477
5.2,B) La prueba del *mobbing* 481
5.2,C) La prueba de la causalidad 483
5.2,D) Máximas de la experiencia 486
5.2,E) Criterios de validez de la inferencia probatoria 489
5.2,F) Motivación de los hechos y refutación de la hipótesis alternativa 492
5.2,G) Prueba judicial y diagnóstico clínico 494
5.3,A) Un problema de calificación: ¿hubo o no amenazas?, ¿de qué tipo? 495
5.3,B) Conceptos jurídicos y problemas de calificación 503

5.4,A) Aplicabilidad y conflictos de leyes 504
5.5,A) Vicios de validez 507
5.5,B) Un problema de validez: la elección presidencial mexicana de 2006 510
5.6,A) Teorías del Derecho y teorías de la interpretación jurídica ... 513
5.6,B) Derrotabilidad de las normas jurídicas e interpretación ... 526
5.6,C) Interpretación y constitucionalismo 529
5.7,A) Discrecionalidad y normas de fin 530
5.7,B) Discrecionalidad judicial y salario mínimo 532
5.7,C) Discrecionalidad y juicios comparativos 535
5.8,A) Habermas contra la ponderación 539
6,A) El punto que juzgar en la retórica judicial 545

VII. Cómo evaluar las argumentaciones

1. Evaluación y contextos argumentativos 547
2. La evaluación del razonamiento judicial 549
3. La tesis de la única respuesta correcta 551
4. Criterios de evaluación 553
4.1. Universalidad 554
4.2. Coherencia 555
4.3. Adecuación de las consecuencias 557
4.4. Moral social 559
4.5. Moral justificada 560
5. Lo razonable en el Derecho 562

Materiales

1,A) ¿Una buena decisión mal argumentada? 565
2,A) Las consecuencias del escepticismo 570
2,B) Incertidumbre e indeterminación 571
3,A) La tesis de Dworkin sobre la respuesta correcta: ¿algo más que sentido común? 573
3,B) Finnis sobre la respuesta correcta 578
3,C) El Derecho y el revés y la tesis de la única respuesta correcta 580
3,D) Argumentación jurídica y moral sustantiva 585
4,A) ¿Errores inferenciales de bulto? 586
4.1,A) Universalidad, equidad y derrotabilidad 588
4.1,B) El principio de universalidad y el caso Bush *vs*. Gore 590
4.2,A) La coherencia como racionalidad 593
4.2,B) Coherencia narrativa y violencia de género 599
4.3,A) Dos tipos de consecuencias 602
4.3,B) «Normas perversas» y argumentos consecuencialistas 606
4.4,A) Prejuicios y razones morales 610
4.4,B) Elección de sexo 612
4.4,C) ¿Por qué no es suficiente con apelar a la moralidad social? ... 614
4.5,A) Una concepción objetivista y societarista —o discursiva— de la moral 617
4.5,B) Razón pública y razonamiento judicial 621

4.5,C) Una defensa del objetivismo moral 625
4.5,D) Un caso de paternalismo moral..... 628
5,A) Acuerdos incompletamente teorizados..... 633
5,B) Lo racional como razonable y la tesis de la única respuesta correcta 637
5,C) Controversia, razonabilidad y ponderación..... 641

VIII. ¿Cómo argumentar?

1. Argumentación y resolución de problemas 643
2. Problemas jurídicos..... 644
3. Etapas argumentativas 646
3.1. Identificación y análisis del problema 647
3.2. Propuesta de una solución..... 648
3.3. Comprobación y revisión 648
3.4. Redacción de un texto..... 649
3.4.1. Partes del discurso 649
3.4.2. Expresión del discurso..... 650
4. Buena y mala argumentación 652
5. La argumentación en los órganos colegiados 653

Materiales

1,A) El ciclo de resolución de problemas..... 656
1,B) Estrategias generales de resolución de problemas..... 658
2,A) La naturaleza de los problemas jurídicos..... 660
2,B) Tópica y problema..... 662
2,C) Cómo razonan los juristas expertos..... 663
3,A) El valor de la imitación..... 666
3.1,A) Formular el problema con claridad..... 667
3.2,A) El papel de las intuiciones..... 668
3.3,A) El contexto de la decisión en la fase de enjuiciamiento.... 670
3.4,A) Sobre la estructura de las sentencias..... 672
3.4,B) Algunas pautas para la argumentación judicial..... 679
3.4,C) El mito de la oralidad..... 681
3.4.1,A) La retórica: ¿una herencia recuperada?..... 685
3.4.2,A) Algunos consejos para escribir bien..... 686
3.4.2,B) Cómo escribir textos jurídicos claros 688
3.4.2,C) Dos ejemplos de cómo no escribir..... 689
3.4.2,D) La sintaxis mejora la argumentación..... 690
3.4.2,E) ¿Quiénes son los destinatarios de las motivaciones de las sentencias?..... 692
3.4.2,F) ¿Cómo hacer para redactar sentencias breves?... 692
4,A) La «bondad» del argumentador según Quintiliano..... 693
4,B) Excesos verbales y falta de imparcialidad..... 694
4,C) Dos micro-relatos..... 695
5,A) ¿Deliberan los tribunales? 697
5,B) ¿Hasta qué punto se deben manifestar las discrepancias en el interior de un tribunal?..... 699

5,C) ¿Negociación en la deliberación? 700
5,D) Aversión al disenso 701
5,E) La motivación de los órganos colegiados y el secreto de las deliberaciones 701

IX. Contextos de la argumentación jurídica

1. Argumentación judicial y argumentación jurídica 703
2. La argumentación de los abogados 706
3. Argumentación y resolución alternativa de conflictos 709
4. Argumentación legislativa 712
5. Argumentación y dogmática jurídica 718

Materiales

1,A) Argumentación y bioética 723
1,B) Inteligencia artificial, argumentación y Derecho 725
1,C) Cómo hacer un dictamen 730
1,D) Una peculiaridad de la argumentación constitucional 736
2,A) Recursos y ardides legítimos para abogados 740
2,B) La teoría del «¡ajá!» 742
2,C) Consejos para abogados noveles 743
2,D) El interrogatorio como tipo de diálogo: el arte de la duda 745
2,E) Tres tipos de preguntas 749
2,F) Cómo atacar un argumento 750
3,A) Argumentos y amenazas 753
3,B) Fases de un proceso de negociación 755
3,C) Publicidad y argumentación 756
4,A) Argumentación legislativa y ley de extranjería 763
4,B) La deliberación legislativa en materia penal 766
4,C) Un debate sobre los efectos sociales de las normas. A propósito de la ley de «matrimonio homosexual» 770
5,A) La argumentación dogmática como argumentación práctica de carácter técnico 774
5,B) Argumentación dogmática y obligación de restitución por el poseedor de mala fe 776
5,C) El delito de omisión impropia 781
5,D) Un caso jurídico difícil: la discriminación inversa 788
5,E) El razonamiento jurídico en la práctica judicial y en la dogmática jurídica 793
5,F) Laicismo y constitución 795

X. El Derecho como argumentación y algo más

Bibliografía 833
Índice de nombres 845
Índice de materias 851
Índice general 863