

TEORÍA DEL RAZONAMIENTO Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

GRUPO A

TEMA 6

ARGUMENTACIÓN Y JUSTIFICACIÓN

Sumario: I. Introducción. II. Explicar y justificar. III. Justificación interna y justificación externa. IV. Principios justificativos (Neil MacCormick): universalidad, consistencia, coherencia, y consecuencialista.

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de las precursoras teorías de la argumentación, las posiciones más actuales se proponen reforzar el papel de la razón en sentido fuerte en el campo de la argumentación jurídica, una defensa de la racionalidad del discurso jurídico frente al irracionalismo y al escepticismo, según el cual quién enjuicia un hecho y decide en sede jurídica realiza, en última instancia, una pura opción arbitraria entre alternativas posibles, opción que no sería susceptible de auténtico control. Las teorías de la argumentación proponen la transformación de pautas metodológicas y de algunos postulados del positivismo jurídico (M. Atienza 1995, A. García Figueroa 2003).

A partir de los años 50, surgen una serie de teorías heterogéneas que participan de un punto de partida común: allí donde no es posible la obtención de verdades o certezas como consecuencia de meras operaciones lógicas, de la aplicación de un método científico, de intuiciones valorativas o de la pura emotividad, se impone partir de la necesidad de construir permanentemente los criterios prácticos de lo justo en un proceso de intercambio de razones y justificaciones, de *argumentación*, de modo que se abra la posibilidad de que las valoraciones se legitimen por su sintonía con una racionalidad práctica.

La argumentación jurídica, en este sentido, puede ser considerada como un discurso racional. Este modelo es o se presenta como una reacción a los fallos o deficiencias de otras concepciones y modelos (Atienza, 1995):

(a) El modelo de la deducción. Según esta concepción que ha sido la dominante en el Derecho continental y que nace con el positivismo jurídico formalista y la dogmática de conceptos, la resolución de cualquier caso jurídico se sigue lógicamente de las normas válidas junto de las definiciones de los conceptos jurídicos que se presuponen verdaderas y racionales. Aunque ciertamente este procedimiento forma parte de un presupuesto básico de la concepción de la dogmática jurídica, siempre fue visto como un programa o un ideal, pero aun así ha dado muestras de su falta de viabilidad como modelo de resolución (todas las situaciones que dan lugar a los casos difíciles, etc.). La idea era más bien que la realidad debía acomodarse a los moldes jurídicos, sin que hubiera complicación alguna de comprensión o valoración del caso respecto a la norma. Lo único que se discute ahora es si este modelo puede servir para resolver los casos fáciles o si la solución de un caso difícil resuelta por medios no deductivos podría presentarse como deducción. Pero estos problemas están relacionados con la estructura de la argumentación jurídica como luego veremos.

(b) El modelo decisionista. Según esta tesis, en los casos difíciles el juez se convierte en legislador y debe resolver un problema de "política jurídica". Al hacerlo está resolviendo según su libre discreción. Su resolución está basada en un acto de voluntad.

Sin embargo, como trataremos de mostrar este modelo no explica bien el proceso porque los jueces intentan, incluso en los casos difíciles, resolver basándose en las razones jurídicas y aducir explicaciones jurídicas racionales.

Podemos afirmar que el punto de partida que ponen de relieve las teorías de la argumentación es que no es posible ningún procedimiento de producción del derecho que pueda ofrecer normas capaces de resolver cada cuestión jurídica, de modo tal que a partir de tales normas se pueda fundamentar como irrefutable una decisión, ya sea porque esta se siga lógicamente de las normas conjuntamente con premisas empíricas o con ayuda de un método jurídico. La existencia de casos en los que conforme a un mismo material normativo son posibles diversas decisiones justificaría la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica apta para colmar esta laguna en la racionalidad de la práctica jurídica.

Para el examen de qué y cómo es una decisión jurídica adoptaremos como modelo las decisiones de los jueces (Atienza 1995):

Juzgar implica siempre decidir, pero es necesario distinguir entre tomar una decisión y hacerlo de una forma decisionista. El juez es un decisor pero no debe ser un decisionista.

En términos generales puede decirse que tomar una decisión implica un proceso caracterizado por un punto de partida, una situación problemática que plantea una alternativa de acción y un punto de llegada: la decisión, el producto.

1. El juez se caracteriza porque, a diferencia del legislador, encuentra unas alternativas de acción que están previamente determinadas. Aunque es cierto que también el Legislador, en parte debe buscar alternativas para resolver un determinado problema

El juez debe dar razones de por qué ha decidido de cierta forma, esto es debe motivar sus decisiones. El legislador también debe hacerlo a través de la exposición de motivos de las disposiciones, pero generalmente se piensa que esta última operación es menos importante que la de motivación de las sentencias porque en un Estado de derecho el legislador cuenta con una legitimidad de origen suficiente, por haber sido elegido directa o indirectamente, mientras que el juez sólo se legitima a través del ejercicio adecuado de su poder.

En este sentido, el poder del juez es limitado y por ello también, hasta cierto punto controlado. El decisionismo supone precisamente una tendencia a olvidar estos límites o a pensar que son meramente ficticios. Un decisionista extremo sería alguien que pensara que juzgar es solamente una cuestión de voluntad y no una cuestión de razón. En consecuencia sostiene que la operación consistente en decidir de acuerdo con normas y justificar dicha decisión no es una operación racional.

El polo opuesto al decisionismo es el determinismo. Esta posición sostiene que se puede juzgar sin decidir. Que tomar una decisión es una tarea mecánica.

La tarea del juez es, sin embargo, la de decidir sin ser un decisionista: debe tratar de potenciar al máximo los aspectos racionales de su práctica y ser consciente de que juzgar significa siempre detentar un poder.

II. EXPLICAR Y JUSTIFICAR

En el ámbito de esta actuación hay que distinguir entre **decidir** y, por otro lado **explicar** y **justificar** una decisión.

Aunque esta distinción resulta menos clara cuando tanto el producto de la decisión como la explicación y justificación son un producto lingüístico. Pero aun así una cosa es la decisión de un juez que condena a X y otra cosa la justificación y explicación de esa condena, de esa decisión.

Dicho de otra forma, una cosa es la decisión que se expresa en un enunciado como "condeno a X a la pena Y" y otra el conjunto de razones que, por ejemplo, pretenden justificar esa decisión y que se resumen sintéticamente en un enunciado normativo del tipo "*debo* condenar a X a la pena Y". este último enunciado bien puede ser la conclusión de un silogismo práctico o normativo, pero no el primero. Pues el primer enunciado no prescribe que deba ser un estado de cosas o una conducta sino

que al decir o escribir este enunciado en el contexto apropiado se está efectuando una acción, en este caso, se está condenando a X.

En este sentido, la lógica es, entre otras cosas, un procedimiento o un método para controlar la toma de decisiones, para determinar si una decisión, dados ciertos presupuestos, es correcta o incorrecta, pero no es un procedimiento de toma de decisiones. La lógica no produce la decisión, sino que da lugar a un tipo de razones para juzgar esa decisión. En este sentido puede decirse que decidir no es nunca simplemente una cuestión de lógica.

Hemos visto la diferencia entre una decisión y los discursos sobre la decisión. En este segundo campo, también hay que separar dos aspectos.

EXPLICAR una decisión significa mostrar las causas, las razones, que permiten ver una decisión como un efecto de esas causas.

JUSTIFICAR una decisión significa mostrar las razones que permiten considerar la decisión como aceptable.

En los dos casos se trata de dar razones, pero la naturaleza de las mismas es distinta ya que es posible, que podamos explicar una decisión que, sin embargo, nos parezca injustificable o inaceptable.

Esta distinción entre EXPLICAR y JUSTIFICAR o entre razones explicativas y razones justificatorias, corre paralela a la que se hace en la teoría de la ciencia entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. La teoría contemporánea del Derecho insiste en esta distinción porque algunas concepciones -p. ej. el decisionismo- cometen el error de confundir ambos planos. Los jueces deben motivar, es decir justificar sus decisiones. Sin embargo, incluso los jueces olvidan esta distinción. Así el TC en STC 55/1987 de 13 de mayo afirma que el concepto de motivación suficiente de las sentencias habla de "explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión".

La motivación de las decisiones judiciales constituye uno de los elementos fundamentales del estado de Derecho. La motivación garantiza el sometimiento por parte de jueces y tribunales al principio de legalidad, permite conocer las razones que fundamentan las decisiones y abre la posibilidad de un control ulterior sobre las decisiones.

Sin embargo el término motivación adolece de ambigüedad pues parece concitar tanto las razones para decidir cuando los motivos en los que se apoya la decisión. Como afirma A. García Figueroa (2003) probablemente el término motivación no es el más adecuado para denotar la fundamentación de una sentencia. Motivación es expresar los motivos y los motivos no son necesariamente razones justificatorias. Los motivos pueden ser la causa psicológica por la que una acción tiene lugar. Por ejemplo tiene sentido afirmar que una persona quitó la vida a otra movido (motivado) por los celos y no tiene demasiado sentido decir que una persona mató a otra justificada por los celos. En sentido similar, de una decisión judicial no nos interesan los motivos del juez para juzgar (su ideología, sus problemas personales, sus ideas), sino sólo las razones jurídicas que justifican una sentencia. En el lenguaje coloquial confundimos también razones y motivos, por ejemplo, afirmamos que estamos "desmoralizados" o "bajos de moral" cuando nos sentimos poco motivados y no cuando nuestras acciones plantean problemas morales.

Como hemos indicado esta distinción es muy cercana a la que se refiere, en el ámbito de la ciencia, al contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, elaborada por H. Reichenbach, miembro del Círculo de Viena. El contexto de descubrimiento integra las motivaciones de orden psicológico o sociológico que han condicionado un conocimiento científico o, en este caso, una resolución judicial. Aquí se sitúan las causas o el proceso de elaboración. El contexto de justificación, por su parte, integra las razones, el conjunto de razones que se aportan para apoyar la decisión (A. García Figueroa 2003). Instituciones como la recusación y la abstención tienen como

función garantizar que los jueces no adoptan decisiones a partir de intereses propios que pueden alterar la imparcialidad.

Justificar y explicar son operaciones distintas pero también se conjugan. La justificación juega un papel en la explicación (en muchos casos lo que explica que un juez ha tomado una decisión es que él la considera justificada) y la explicación facilita la tarea de justificación, cuando hace más explícitas las razones justificativas. Sin embargo, una teoría de la argumentación jurídica debe concentrarse en el contexto de justificación.

III. JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA

El término justificación presenta diversas acepciones (A. García Figueroa 2003):

- (a) Justificación *sensu largísimo*. Consiste en dar razones que fundamenten tanto enunciados descriptivos como normativos.
- (b) Justificación *sensu largo*. Consiste en dar razones a favor de un enunciado normativo de acuerdo con algún sistema normativo vigente.
- (c) Justificación *sensu stricto*. Consiste en dar razones a favor de un enunciado normativo a partir de un sistema justificatorio correcto.

La justificación, por tanto, es relativa al sistema de justificación, no es una justificación absoluta. Puede ser relativa a un sistema normativo correcto o ideal, a un sistema de justificación basado en normas positivas o un paradigma científico.

En una decisión judicial, la justificación se usa en diversos tipos de premisas:

- (a) Premisas descriptivas, fácticas o referidas a los hechos. Premisas que surgen de la calificación jurídica de los hechos y el valor que se les atribuye como hechos probados.
- (b) Premisas normativas o basadas en normas
 - (b.1) Premisas sistemáticas aquellas que son identificadas por la regla de reconocimiento de un sistema jurídico o por los criterios de validez de un sistema jurídico.
 - (b.2) Premisas extrasistemáticas basadas en enunciados que no forman parte del sistema jurídico
 - (b.2.1.) Premisas extrasistemáticas expresas: enunciados basados en normas que no pertenecen al sistema jurídico, sino a normas de orden internacional o derecho comparado, normas sociales, morales, etc.
 - (b.2.2.) Premisas extrasistemáticas tácitas o entimemáticas, son aquellas que no aparecen en el razonamiento por ser consideradas de alguna manera obvia. El carácter entimemático de una premisa es relativo a una comunidad de hablantes y sus usos.

Que una decisión esté o no justificada dependerá del argumento sobre el que se basa, y sobre la posibilidad de controlar racionalmente esos argumentos. Hablamos de dos tipos de justificación: interna y externa

La justificación interna tiene que ver con la validez lógica de las inferencias que llevan de las premisas a la conclusión de la decisión judicial. Mientras que la justificación externa está referida a la justificación y control de la solidez de las premisas.

Por ejemplo un argumento como el siguiente

- (1) Si un padre o madre induce a un hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por autoridad judicial, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.
- (2) X ha realizado tales hechos

- (3) X debe ser castigado a la pena de prisión de seis meses a dos años

En relación a los **casos fáciles**, esto es aquellos en que no se plantean problemas ni en la premisa fáctica ni en la normativa, justificar significa simplemente construir un silogismo, una deducción: lo que justifica la decisión (por ejemplo: "condeno a X a la pena Y") es una argumentación deductiva, un silogismo, que tiene como premisa mayor una norma de la forma "quien cometa un acto de la clase C debe ser condenado a la pena Y", como premisa menor una proposición fáctica: "X ha cometido un acto de la clase C", y como conclusión (y la conclusión del silogismo no es todavía la decisión, como antes hemos señalado) una norma particular y concreta: "debo condenar a X a la pena Y".

Este tipo de justificación al que suele llamarse (Wroblewski, 1974) **justificación interna** o **justificación del primer nivel** es siempre necesaria (y ésta es la parte de razón que tienen autores como Beccaria o Montesquieu a los que suele tachárseles de "mecanicistas", pero es una justificación que no siempre es suficiente.

La teoría del silogismo judicial tiene sus orígenes en la concepción ilustrada de aplicación del derecho. Se encuentra formulada en una de las obras claves de la ilustración jurídica: *De los delitos y las penas* de Cesare Beccaria (1764, 58):

“En todo delito el juez ha de establecer un silogismo perfecto: la premisa mayor corresponde a la ley general, la menor a la acción conforme o no con la ley, la conclusión a la libertad o a la pena. Cuando el juez. Por fuerza o por voluntad, quiere ir más allá del silogismo, abre las puertas a la incerteza”

En este texto de Beccaria está expresada con rotundidad y también con cierta ingenuidad, el ideal ilustrado de la aplicación del derecho. La decisión judicial, el verdecito, está justificado si y sólo si deriva lógicamente de la norma aplicable al caso y de las proposiciones que describen los hechos del caso. De hecho, argumentar no es otra cosa que inferir o derivar, de un conjunto de enunciados denominados premisas, otro enunciado denominado conclusión. De esta manera se puede decir que la conclusión se sigue o es deducible de las premisas o bien que las premisas implican la conclusión.

Ahora bien, la única cosa que la lógica formal puede garantizar es la corrección formal del argumento. En lógica estándar, que una conclusión determinada se deriva de las premisas significa que no es posible que las premisas sean verdaderas y la conclusión falsa. Esta justificación no es suficiente cuando nos enfrentamos a **casos difíciles**, esto es cuando existen problemas para fijar la premisa normativa, la premisa fáctica o ambas. Si ocurre esto a la justificación anterior hay que añadir una **justificación externa** o de **segundo nivel**. Aquí el razonamiento deductivo sigue jugando un papel importante aunque limitado. La conciencia de esa insuficiencia de la lógica -de la lógica deductiva- está en la base de la teoría de la argumentación jurídica. pero también es cierto que sin lógica no hay justificación racional posible.

R. Alexy (1989) establece los siguientes criterios de corrección de las inferencias o reglas de justificación interna

- (a) Para la justificación de una decisión jurídica deben aducirse al menos una norma universal
- (b) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente de al menos una norma universal, junto con otras proposiciones
- (c) Siempre que haya dudas sobre la subsunción de un caso individual en el caso genérico, debe aducirse una regla que decida la cuestión
- (d) En la derivación de la conclusión a partir de las premisas son necesarios tantos pasos como los que permitan formular las expresiones cuya aplicación al caso no sea discutible.
- (e) En dicha derivación se debe articular el mayor número posible de pasos.

Si consideramos que la argumentación jurídica tiene lugar en aquellos contextos en que se trata de resolver un problema jurídico, es posible pensar un **modelo que permita reconstruir racionalmente el proceso de argumentación en un caso difícil** (M. Atienza, 1995)

En primer lugar hay que identificar cuál es el problema a resolver, esto es, en qué sentido nos encontramos frente a un caso difícil (MacCormick, 1978)

(a) Problemas de relevancia que se producen cuando existen dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso;

(b) Problemas de interpretación que surgen cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso;

(c) Problemas de prueba, que se plantean cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar.

(d) Problemas de calificación que surgen cuando existen dudas 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 la norma.

En segundo lugar, hay que determinar si el problema en cuestión surge por una insuficiencia de información (por ejemplo, la norma aplicable al caso es una norma particular que, en principio, no cubre el caso sometido a discusión) o por un exceso de información (por ejemplo, la norma aplicable puede, en principio, entenderse de varias maneras que resultan ser incompatibles entre sí). En este sentido se considera que la argumentación es un proceso de tipo informativo en el cual se parte de una determinada información (la contenida en las premisas) para llegar a una información de salida (la conclusión). Cuando las premisas contienen toda la información necesaria y suficiente para llegar a la conclusión, entonces argumentar es un proceso de tipo deductivo. Pero normalmente necesitamos argumentar en aquellas situaciones en que la información de las premisas es deficitaria o bien excesiva (por contradictoria, no por redundante), para poder llegar a la conclusión.

En tercer lugar, hay que construir hipótesis de solución para el problema, esto es, hay que construir nuevas premisas, para crear una nueva situación informativa que contenga una información necesaria y suficiente. Por ejemplo, si se trata de un problema interpretativo por insuficiencia de información, la nueva premisa tendrá que consistir en la reformulación de la norma que sea suficientemente amplia o suficientemente precisa como para abarcar el caso sometido a examen. Resolver los problemas interpretativos.

En cuarto lugar, hay que justificar las hipótesis de solución formuladas, hay que presentar argumentos en favor de la interpretación propuesta. Si se trata de un problema de insuficiencia de información, la argumentación, como conjunto de argumentos aducidos y estructurados en una cierta forma se puede llamar, en sentido amplio, analógica. En la argumentación analógica, por otro lado pueden subdistinguirse a su vez, diversas formas de argumentar (a pari o a simili, a contrario y a fortiori). Si se trata de un exceso de información, la argumentación tendrá el esquema de la *reductio ad absurdum* (porque se llegaría a consecuencias fácticas o normativas inaceptables)

En quinto lugar, llegaríamos a la justificación interna desde un razonamiento reconstruido. En el derecho existen un número indeterminado de argumentos sustantivos (enunciados o conjunto de enunciados) que cabe utilizar para la justificación de los pasos a dar en el contexto de estas formas de argumentación (deducción, analógica y reducción al absurdo)

Justificación externa.

Mientras la justificación interna se ocupa de controlar la validez lógica de las premisas de los argumentos jurídicos. Un argumento jurídico está justificado internamente si y sólo si la conclusión

deriva lógicamente de las premisas. La justificación externa se ocupa de controlar la adecuación o solidez de las premisas (MacCormick. 1978).

En general puede afirmarse que los de justificación externa integran lo que suele llamarse razón práctica. Examinaremos pormenorizadamente los criterios de justificación externa en el tema 7.

IV. PRINCIPIOS JUSTIFICATIVOS. NEIL MACCORMICK

Sobre las Tesis de N. MacCormick véase el capítulo 5 de M. Atienza, *Las Razones del Derecho*, 1991

Las concepciones surgidas en los años 50 (la tónica de Viehweg, la retórica de Perelman o la lógica informal de Toulmin) tienen en común el rechazo de la lógica deductiva. Estos autores no tratan simplemente de mostrar que la concepción lógico-deductiva tienen sus límites, sino que afirman que pretender reconstruir la argumentación jurídica a partir de ahí es equivocado o, cuando menos, de muy escaso valor.

Sin embargo, ninguna de estas concepciones puede aceptarse sin más como una teoría satisfactoria de la argumentación jurídica, aun cuanto tengan elementos y aportaciones de interés. De entre las diversas teorías que han aparecido en los últimos años las más elaboradas son la de MacCormick y las de Alexy, que a su vez formulan una concepción de la argumentación jurídica esencialmente semejante. Aun cuando se han formulado tesis también por parte de Aulis Aarno y Aleksander Peczenik, éstas pueden ser consideradas como desarrollos de la de Alexy y compatibles con ella.

MacCormick básicamente en la obra *Legal Reasoning and Legal Theory*, trata de construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, que dé cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica como de los no deductivos; de los aspectos formales y de los materiales y que se sitúe, en definitiva, a mitad camino entre una teoría del derecho (ultra)racionalista, que sostiene la existencia de una sola respuesta correcta y una teoría irracionalista que afirmaría que las decisiones jurídicas son esencialmente arbitrarias, son un producto de la voluntad, no de la razón.

La argumentación práctica, en general y la argumentación jurídica en particular, cumplen, para esta teoría, una **función de justificación**. Justificar una decisión jurídica quiere decir, dar razones que muestren que las decisiones en cuestión aseguran la justicia de acuerdo con el Derecho. MacCormick sitúa así su teoría en el contexto de justificación. Pero no trata simplemente de mostrar en qué condiciones una decisión jurídica puede considerarse justificada, sino que pretende además que las decisiones jurídicas, de hecho, se justifican precisamente de acuerdo con dicho modelo.

Justificar una decisión práctica significa necesariamente una referencia a premisas normativas. Pero las premisas normativas no son el producto de un razonamiento lógico. Eso no significa que no haya razones en favor de unos principios o de otros. Según MacComick estas razones no son concluyentes, lo que nos hace adherirnos a determinados principios antes que a otros es tanto nuestra racionalidad como nuestra afectividad.

Una teoría integradora de la argumentación jurídica

MacCormick considera que, al menos en algunos casos, las justificaciones que llevan a cabo los jueces son de carácter estrictamente deductivo. En éstos caso lo que la lógica determina es la obligación del juez de fallar en un sentido o en otro, pero la orden de un juez o de un tribunal condenando a una parte a pagar una cierta cantidad de dinero ya no es un producto lógico, aunque lo que justifique dicha decisión sea precisamente un razonamiento de tipo lógico-deductivo.

De todas formas, MacCormick se refiere a la lógica en dos sentidos. Según el primero, es un sentido técnico, el de la lógica deductiva. En este caso el predicado lógico se emplea básicamente en relación con los argumentos, las inferencias sólo serían ilógicas si fueran contradictorias. En un segundo sentido, se habla de lógica para explicar un problema de inconsistencia, de tal forma que la

decisión sería inconsistente con directrices generales o con principios del Derecho o que va en contra del sentido común; en consecuencia, que no habría que haber aceptado alguna de las premisas de la argumentación. El razonamiento jurídico puede no ser lógico en el segundo sentido, pero tiene que serlo en el primero. Es decir, que una decisión jurídica tiene que estar justificada, al menos, internamente.

MacCormick distingue entre **casos fáciles y difíciles**. Los casos difíciles lo son por problemas de prueba, de calificación jurídica, de interpretación y de relevancia (si existe una tal norma aplicable al caso. Es decir, problemas que afectan a la premisa fáctica (de prueba y de calificación jurídica) y problemas que afectan a la premisa normativa (de interpretación y de relevancia).

1. Problemas de prueba (Gascón 1999, Mendonca 1997, Ferrer 2002, Moreso/Vilajosana 2004):

La justificación de una premisa fáctica es que exprese una proposición verdadera que se corresponda a los hechos ocurridos. Sobre ello volveremos en el tema 8, pero conviene advertir sobre la existencia de límites a la actividad probatoria. Límites normativos y límites epistémicos

1.1. Límites normativos: los sistemas jurídicos complejos contienen normas que regulan su aplicación. Respecto a los hechos, contamos con normas que disponen algo, al menos, sobre los siguientes aspectos: la valoración de los hechos en relación a las normas que son la base de la decisión, los medios de prueba que se consideran admisibles, la formación de la prueba en el proceso y el valor que cabe atribuir a cada prueba. De todo ello cabe considerar la importancia de las elecciones que debe realizar el juez para seleccionar las premisas fácticas del razonamiento.

1.2. Límites epistémicos: La cuestión en esta dimensión radica en la consideración de algo como probado. Aquí interviene el paradigma epistemológico o el modelo de conocimiento que subyace a la prueba, y el peso que se asigne a las evidencias surgidas de los razonamientos (deductivo, inductivo, hipotético). Volveremos sobre ello en el tema 8.

2 Problemas de calificación:

Son las cuestiones que surgen en relación a la consideración jurídica de un hecho, donde además de las dificultades anteriores, reaparecen las que derivan de la textura abierta de las normas, la vaguedad de los conceptos, la indeterminación de la clase general a la que se refiere la norma. Existen dudas sobre si el caso en cuestión está comprendido en el supuesto de hecho de una norma general.

3. Problemas de interpretación de la premisa normativa.

Interpretar es atribuir significado a un texto normativo en el ámbito de sus posibilidades interpretativas.

Como hemos examinado en los temas relativos a la interpretación son muchos los problemas que se plantean y exigen del intérprete una tarea de justificación de la elección interpretativa que realiza.

4. Problemas de determinación de la norma aplicable

Este problema precisa distinguir entre pertenencia y aplicabilidad de una norma.

Una norma jurídica N es aplicable a un caso C en relación con un sistema jurídico S si, y sólo si, hay otra norma jurídica N' , que pertenece a S y prescribe o autoriza a un órgano jurídico O determinado a resolver C basándose en N . (Moreso/Vilajosana 2004)

Es posible que existan normas que pertenezcan a un determinado sistema jurídico, pero que no sean aplicables. Por ejemplo normas promulgadas y que no han entrado en vigor, inconsistencia de normas o la presencia de principios que deben ser ponderados, previamente a su aplicación.

Puede darse el caso de normas no pertenecientes a un determinado sistema jurídico, pero aplicables. En el derecho transitorio puede ocurrir que se aplique una norma penal derogada, antes de entrar en vigor una nueva por ser más favorable la primera; el supuesto en que los jueces aplican normas de otros países en supuestos sometidos al derecho internacional privado y finalmente los supuestos de determinación y resolución de casos no regulados (lagunas).

Justificar una decisión para MacCormick es, en primer término, cumplir con el requisito de universalidad y, en segundo lugar, que la decisión en cuestión tenga sentido en relación con el sistema (lo que significa que cumpla como los requisitos de consistencia y coherencia) y en relación con el mundo (lo que significa que el argumento decisivo -dentro de los límites marcados por los anteriores criterios- es un argumento consecuencialista).

Principio de universalidad

El requisito o principio de universalidad, está también implícito en la justificación deductiva. Exige que, para justificar una decisión normativa, se cuente, al menos, con una premisa que sea expresión de una norma general o de un principio (la premisa mayor del silogismo judicial). Aun cuando para justificar una decisión D, se ofrezcan razones particulares A,B yC, en favor de la misma, pero tales razones particulares no son suficientes; se necesita además un enunciado normativo general que indique que siempre que se den las circunstancias A,B,C, debe tomarse la decisión D. De manera semejante, explicar científicamente un acontecimiento implica no sólo mostrar sus causas, sino también sostener alguna hipótesis de tipo general que enlace las causas con el efecto.

MacCormick llama a este requisito "exigencia de justicia formal" y tiene un alcance que se extiende hacia el pasado (un caso presente debe decidirse de acuerdo con el mismo criterio utilizado en casos anteriores) y hacia el futuro, hay que estar dispuesto a aplicarlo en todas las circunstancias iguales.

Para este autor universalidad no es lo mismo que generalidad (siguiendo a Hare).

Una norma puede ser más específica que otra pero ser igualmente universal, pues la universalidad es un requisito de tipo lógico, que no tiene que ver con que una norma sea más o menos específica, que afecte a un número mayor o menos de supuestos. Por ello, decidir según criterios de equidad no significa vulnerar el principio de universalidad. Una decisión equitativa implica introducir una excepción en una regla general para evitar un resultado injusto; pero el criterio utilizado en la decisión equitativa tiene que valer también para cualquier otro caso de las mismas características. La equidad se dirige contra el carácter general de las normas no contra el principio de universalidad.

Principio de consistencia.

También aquí existe una analogía con lo que significa en la ciencia explicar un acontecimiento. Una hipótesis científica tiene que tener un sentido en relación con el cuerpo existente del conocimiento científico y en relación con lo que ocurre en el mundo. Prácticamente ninguna teoría puede ser concluyentemente probada como verdadera, mediante un proceso de experimentación. Si una teoría resulta corroborada, mientras que las teorías rivales resultan falsadas/refutadas, supone que la comunidad científica se adherir a la primera y descarta la segunda. En la misma dirección, las decisiones jurídicas tienen que tener sentido tanto en relación con el sistema jurídico de que se trate como en relación con el mundo (en relación con las consecuencias de la decisión).

Una decisión tiene sentido en relación con el sistema cuando satisface los requisitos de consistencia y de coherencia. Una decisión satisface el requisito de consistencia cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas.

Esta exigencia puede extenderse también a la premisa fáctica. Así, cuando existe un problema de prueba, las proposiciones sobre el pasado (el hecho cuya existencia se infiere) no deben entrar en contradicción con las afirmaciones verdaderas sobre el presente.

El requisito de consistencia puede entenderse, pues, que deriva, por una parte, de la obligación de los jueces de no infringir el Derecho vigente y, por otra, de la obligación de ajustarse a la realidad en materia de prueba.

Principio de coherencia

Además, tanto en relación con las normas como en relación con los hechos, las decisiones también deben ser coherentes.

Según MacCormick habría que distinguir entre coherencia normativa y coherencia narrativa.

La coherencia normativa exige que una norma o una serie de normas se puedan subsumir bajo unos de principios generales o valores que, a su vez, resulten aceptables, en el sentido de que configuren, cuando se toman conjuntamente, una forma de vida satisfactoria. Principios y valores en el sentido de estados de cosas que se consideran deseables, legítimos y/o valiosos.

La coherencia normativa es un mecanismo de justificación, porque presupone la idea de que el Derecho es una empresa racional; porque está de acuerdo con la noción de universalidad -en cuanto componente de la racionalidad en la vida práctica- al permitir considerar las normas no aisladamente, sino como conjuntos dotados de sentido; porque promueve la certeza del Derecho, ya que no se puede conocer con detalle el Derecho, pero sí sus principios. Pero se trata de una justificación formalista y relativa, ya que la coherencia podría ser satisfecha por un Derecho nazi que parta como valor supremo de la pureza de la raza. En este sentido la coherencia sólo suministra una justificación débil o una exigencia negativa: ante un mismo caso podrían articularse dos o más decisiones coherentes que, sin embargo, fuesen entre sí contradictorias.

En la idea de coherencia normativa se basan dos tipos de argumentos que juegan un papel importante en los casos difíciles: los **argumentos a partir de principios** y los **argumentos por analogía**.

Los principios se caracterizan por ser normas generales lo que hace que cumplan una función explicativa (aclaran el sentido de una norma o de un conjunto de normas), en segundo lugar, porque tienen un valor positivo, lo que hace que cumplan una función de justificación (si una norma puede subsumirse bajo un principio, ello significa que es valiosa). Vid. "Los principios y el criterio de universalización" en Luis Prieto, *Sobre principios y normas*, pp. 163-169)

La coherencia narrativa suministra un test en relación con cuestiones de hecho, cuando no cabe una prueba directa, por observación inmediata, de las mismas. Así se afirma que la toma en consideración de un hecho resulta coherente en relación con el resto de los hechos probado. MacCormick muestra un ejemplo de cómo la noción de deducción no es estrictamente lógica: Sherlock Holmes duda de que el forastero detenido por la policía haya sido en realidad el ladrón del caballo, lo que le mueve a pensar así es que ello resulta incoherente con el hecho de que el perro que había en el establo no hubiera ladrado durante la noche, pues los perros acostumbran a ladrar a los forasteros; así pues, resulta más coherente pensar que el ladrón no fuese un forastero, sino algún habitante de la casa.

El test de coherencia narrativa justifica que asumamos unas creencias y rechacemos otras en relación con hechos del pasado, porque consideramos al mundo fenoménico como algo explicable en términos de principios de tipo racional. Sin embargo, la justificación es también aquí simplemente provisional, puesto que los esquemas explicativos son revisables, la información que se deriva de la percepción es incompleta y algunas percepciones son engañosas.

Los argumentos consecuencialistas.

Como ya hemos señalado, de acuerdo con MacCormick, una decisión tiene que tener sentido no sólo en relación con el sistema, sino también en relación con el mundo. Y aunque considera que en

la justificación de los casos difíciles lo que se produce es una interacción entre argumentos a partir de principios (incluyendo aquí el uso de la analogía) y argumentos consecuencialistas, lo que resulta decisivo, en su opinión son los argumentos consecuencialistas.

Es decir, la argumentación jurídica, dentro de los límites marcados por los principios de universalidad, consistencia y coherencia, es esencialmente una argumentación consecuencialista.

¿Qué debe entenderse por consecuencialismo? En primer lugar hay que distinguir entre el resultado y las consecuencias de una acción. El resultado de la acción del juez al decidir un caso consiste en producir una norma válida. Las consecuencias son los estados de cosas posteriores al y conectados con el resultado. En general lo relevante es la predicción de qué conducta autorizaría o prohibiría la decisión en cuestión. Las consecuencias jurídicas se evalúan en relación con una serie de valores como la justicia, el sentido común, el bien común, la convivencia pacífica, el orden público, etc. Además hay valores que son predominantes dependiendo de ramas del derecho, por ejemplo, en el derecho penal es la paz o el orden público y en el derecho de obligaciones y contratos lo es la libertad personal para perseguir determinados fines.

Por tanto no se trata únicamente de las consecuencias que puede tener la decisión para las partes en una ocasión particular -utilitarismo de acto- que rompería el principio de universalidad, sino las consecuencias de la norma en que consiste la decisión.

En este sentido, la concepción consecuencialista de MacCormick puede ser compatible con la idea de que para justificar las decisiones judiciales se utilizan dos tipos de razones sustantivas: **razones finalistas**, en virtud de las cuales una decisión se justifica porque promueve un cierto estado de cosas que se considera valioso y **razones de corrección** donde una decisión se justifica porque se considera correcta o buena en sí misma, sin tener en cuenta ningún otro objetivo ulterior.

Ahora bien, aunque los argumentos consecuencialistas sean los decisivos para justificar una decisión frente a un caso difícil, no son, sin embargo, concluyentes¹. En este caso concluyente significa que no puede pretenderse que para cada caso difícil existe una única respuesta correcta.

MacCormick sostiene que frente a los casos difíciles, los jueces no gozan de discreción en sentido fuerte, puesto que sus decisiones están limitadas por los principios de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias. Por otro lado, los jueces tienen autoridad para decidir casos de manera definitiva, pero eso no quiere decir que tengan el poder de decidir sobre lo que sea lo que debe constituir una buena razón en favor de una decisión; esto es, una decisión judicial puede no estar justificada, aunque contra ella no quepa ya recurso alguno.

En el orden jurídico, a la hora de tomar decisiones existen desacuerdos prácticos reales (conflictos entre derechos) y además existe la obligación de tener que tomar una decisión. En tales casos los límites de la decisión vienen marcados por lo que puede llamarse racionalidad práctica, pero la razón práctica también tiene sus límites.

¹ Razón concluyente: p es una razón concluyente para que x haga y si y sólo si, p. es una razón para hacer y que no ha sido cancelada y no hay una razón q tal que q supere a p.

Razón absoluta: p. es una razón absoluta para que x haga y si y sólo si, no puede haber un hecho que la supere; es decir para toda razón q no es nunca el caso tal que q supere a p.

Ejemplo: El hecho de que mi hijo haya sido herido es una razón para que yo lo lleve al hospital en coche excediendo el límite de velocidad. pero no es una razón absoluta. Es posible que un peatón venga caminando de pronto por la carretera. Si este fuera el caso esta sería una razón para que yo no fuera tan rápido. pero si no vienen ningún peatón es una razón concluyente que debe superar a la razón en conflicto: la norma que establece el límite de velocidad.

Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, p. 31.

La exigencia más importante de la racionalidad práctica es que en favor de la acción debe darse algún tipo de razón, bien sean razones valorativas o razones finalistas. Pero en una argumentación práctica hay diversos órdenes de valores (deseos, intereses, valores morales) que hay que ordenar y establecer preferencias. Por tanto deben existir valores o principios cuya validez se extiende a lo largo de momentos diferentes y que sean aplicables imparcialmente a diferentes agentes y casos. Al final llegamos habría que llegar a una serie de valores donde es irrelevante hablar de racionalidad conforme a fines o conforme a valores porque ambas forman parte de una misma y compleja realidad. Precisamente la misma idea de racionalidad es uno de esos valores permanentes (se manifiesta en la adecuación de medios a fines y en la sistematización de principios para elegir entre razones en conflicto en el marco de un conjunto coherente y consistente).

El razonamiento jurídico, en este sentido, es una forma de racionalidad práctica donde hay que adoptar, en determinados momentos, decisiones de carácter último (entre criterios de justicia o de utilidad o de oportunidad), en favor de los cuales se pueden dar razones, pero estas razones no son concluyentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. (1989) *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEC, traducción de M. Atienza e I. Espejo
- ALEXY, R. (1995), "La argumentación racional como discurso jurídico", *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 217-245.
- ATIENZA, M. (1989) "Contribución para una teoría de la legislación", *Doxa* nº 6, pp. 385-404.
- ATIENZA, M. (1991), *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación jurídica*, Madrid, CEC.
- ATIENZA, M. (1995) "¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial? *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp.249-262.
- ATIENZA, M. (1995), *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel.
- BOBBIO, N. (1985) "La razón en el Derecho", *Doxa*, nº 2.
- GARCÍA AMADO, J.A. (1986), "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", *Anuario de Filosofía del derecho*, 151-182.
- GARCÍA AMADO, J.A. (1987), "Tópica, derecho y método jurídico", *Doxa* nº 4, pp. 161-188.
- GASCÓN, M./GARCÍA FIGUEROA, A. (2003), *La Argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra, Lima (Perú)
- ITURRALDE, Victoria (2004), *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant Lo Blanch
- MORESO, JJ/VILAJOSANA, J.M. (2004), *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, Cáp. Vii.
- PRIETO, L. (1992), *Sobre principios y normas*, Madrid, CEC. Cap. 6.
- RAZ, J. (ed), *El razonamiento práctico*, Méjico, FCE.
- RAZ, J. (1991), *Razón práctica y normas*, Madrid, CEC, trad. Juan Ruiz Manero
- PÉREZ RUIZ, C. (1987), *La argumentación moral del tribunal supremo (1940-1975)*, Madrid, Tecnos, (G.III-83)
- CASANOVAS, POMPEU Y MORESO, JOSÉ JUAN (1998), *Argumentació y pragmàtica del dret*, Barcelona, Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya
- SWINBURNE, R. (1976), *La justificación del razonamiento inductivo*, Madrid, Alianza. Traducción de E. Pérez Sedeño
- RUSSELL, Beltrand (1970), *Los problemas de la filosofía*, Barcelona, Labor, traducción de J. Xirau (original de 1912)
- WRÓBLESWSKI, J. (1974) "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decisión", *Rechtstheorie*, 5, pp. 33-46

- WRÓBLESWSKY, J. (1985), *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Traducción de A. Azurza, Madrid, Cívitas.
- GASCÓN, M. (1999), *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons
- MENDONCA, D. (1997), *Interpretación y aplicación del Derecho*, Universidad de Almería
- FERRER, J. (2002) *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons
- PRIETO, L. *Sobre principios y normas*, Madrid, CEC