



**INTERPRETACIÓN Y
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**
(Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa)



NOTA INTRODUCTORIA:

Las presentes lecciones fueron originalmente concebidas como una guía para el curso de interpretación jurídica que desarrollamos en junio de 2002 dentro del *Plan de Formación Inicial de Jueces* de la *Escuela de Capacitación Judicial* de El Salvador. Nos sentimos honrados por haber colaborado en los inicios de este proyecto y guardamos de ese curso un recuerdo inmejorable, tanto por la seriedad y el entusiasmo de organizadores y alumnos cuanto por la fuerza humana, cultural y paisajística que encontramos. Lo primero constituyó un acicate para completar aquel primer texto; lo segundo, un motivo para volver a El Salvador.

Los autores.



ÍNDICE

NOTA INTRODUCTORIA

ÍNDICE

I. EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ESTADO DE DERECHO	7
1. El poder judicial en el Estado legislativo de Derecho	7
2. El poder judicial en el Estado constitucional de Derecho	10
3. El garantismo (y el redimensionamiento de la función judicial)	13
3.1 Garantismo: en especial, el garantismo penal	13
3.2 La teoría general del garantismo como teoría del Estado constitucional de Derecho	14
4. El debilitamiento del principio de legalidad en relación con los jueces. La importancia de la argumentación en el ejercicio de la función judicial	19
 II. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACION JURÍDICA	 23
1. La necesidad de justificación en el derecho	23
2. Una definición provisional de " teoría de la argumentación jurídica" (TAJ)	24
2.1 La TAJ es teoría	24
2.2 El objeto de la TAJ es la argumentación	26
2.3 La argumentación que estudia la TAJ es la jurídica	27
3. La utilidad de la TAJ	28
3.1 La utilidad del aspecto descriptivo de la TAJ	29
3.2 La utilidad del aspecto prescriptivo de la TAJ	31
4. Racionalidad y derecho	32
4.1 El problema de las ciencias sociales	33
4.2 "Derecho racional "y razón jurídica"	34
4.2.1 Derecho racional	34
4.2.2 Razón jurídica	36
4.3 Cuatro modelos básicos	36
4.3.1 Modelo fuerte-fuerte	37
4.3.2 Modelo fuerte- débil	38
4.3.3 Modelo débil- débil	38
4.3.4 Modelo débil- fuerte	39
5. La Teoría de la Argumentación Jurídica a partir de los años cincuenta	40
5.1 La teoría del " logos de lo razonable" de Luis Recaséns Siches	42
5.2 La tópica de Theodor Viehweg	43
5.3 La nueva retórica de Chaim Perelman	47
 III. LA ACTIVIDAD JUDICIAL: PROBLEMAS INTERPRETATIVOS.....	 51
1. La actividad judicial como actividad interpretativa y probatoria	51
2. Concepto, tipos y concepciones de la interpretación	53
2.1 Interpretación jurídica. Concepto y tipos	53
2.2 Tres concepciones de la interpretación	55



2.3 El formalismo: el modelo del juez autómeta	56
2.4 El antiformalismo: el modelo subjetivista del juez	58
2.5 La textura abierta del derecho	60
3. El carácter discrecional de la interpretación. Los problemas interpretativos.	61
3.1 Problemas del contexto lingüístico	61
3.2 Problemas de los contextos sistemático y funcional	63
4. Casos fáciles y casos difíciles	66
IV. LA MOTIVACIÓN. CONCEPTOS FUNDAMENTALES	70
1. La interpretación. Recapitulación y "saltos"	70
2. Algunas categorías centrales de la motivación judicial	73
2.1 Hablemos de argumentos y no de personas: contexto de descubrimiento y contexto de justificación	74
2.2 Concepto y clases de justificación	80
2.2.1 Justificación interna y justificación externa	82
2.2.1.1 Justificación interna/externa como justificación lógico-deductiva o no	83
2.2.1.1.1 Los juristas frente a la lógica : el Derecho no tiene que ver con la lógica	84
2.2.1.1.2 Los lógicos frente al Derecho: la lógica no tiene que ver con el Derecho	85
2.2.1.2 Justificación interna/externa como justificación sobre normas sistemáticas o extrasistemáticas	88
3. El papel de las premisas fácticas. Remisión	89
4. ¿ En que medida estas distinciones diferencian a la TAJ actual respecto a sus precursoras?	90
5. La TAJ estándar	92
5.1 Justificación interna o de primer orden	92
5.1.1 Problemas de relevancia	93
5.1.2 Problemas de interpretación	94
5.1.3 El problema de la prueba	94
5.1.4 Problemas de hecho secundarios o problemas de calificación	95
6. Algunas pistas muy generales para una justificación externa	95
6.1 Consistencia y coherencia	96
6.2 Universalizabilidad	97
6.3 Consecuencialismo	98
V. LOS ARGUMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN	101
1. Definiciones legislativas y leyes interpretativas	101
2. Los métodos de interpretación	103
2.1 Métodos de interpretación según su resultado	104
2.2 Métodos de interpretación según los contextos interpretativos	105
2.3 Esquemas argumentativos especiales	106
2.4 Reglas de prioridad	110
3. Los argumentos de la dogmática	112
3.1 Concepto de dogmática	112
3.2 Funciones de la dogmática	113
3.3 Tipos de enunciados de la dogmática	113



3.4 Cómo se usan los enunciados de la dogmática	114
4. El recurso a los precedentes	114
5. Resumen: criterios para la justificación de la decisión normativa	117
VI. LA CUESTIÓN DE LOS PRINCIPIOS	119
1. ¿Por qué son importantes los principios? El caso Elmer	119
2. Positivismo vs. No-positivismo	121
2.1 Positivismo jurídico	121
2.1.1 Positivismo metodológico o como enfoque	121
2.1.2 Positivismo teórico	122
2.1.3 Positivismo ideológico	123
2.2 No positivismo	124
3. Principialismo: el argumento de los principios contra el positivismo en Ronald Dworkin	125
4. ¿En qué se distinguen reglas y principios?	126
4.1 Las reglas: aplicación "todo o nada"	132
4.2 Los principios: más o menos aplicación	133
4.3 Los principios como mandatos de optimización	137
4.3.1 Criterio de Optimización	139
4.4 Las reglas como normas cerradas y los principios como normas abiertas	140
4.5 Principios y reglas como razones para la acción	142
5. Principios y valores. A propósito del art. 1.1 de la Constitución Española	143
6. En Conclusión	146
VII. PARTICULARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	147
1. La justicia constitucional: concepto y sistemas	147
1.1 Concepto de justicia constitucional	147
1.2 Dos sistemas de justicia constitucional	148
2. Los límites de la jurisdicción constitucional	152
3. Interpretación conforme y sentencias interpretativas	154
3.1 El principio de interpretación conforme	154
3.2 Las sentencias interpretativas	155
4. Sentencias manipulativas y otras "fricciones" con el legislador	157
4.1 Las sentencias manipulativas	157
4.2 Otras formas de influencia política de la justicia constitucional	160
4.3 Argumentos contra el control del constitucionalidad	162
5. El juicio de ponderación	163
5.1 Los conflictos entre normas constitucionales y la ponderación	163
5.2 Reglas de la ponderación (o juicio de proporcionalidad)	166
5.3 Tres observaciones sobre la ponderación	167
6. A modo de conclusión	171



VIII. ¿HACE EL JUEZ JUSTICIA CUANDO APLICA EL DERECHO?	174
1. Introducción. El abogado Perkins y el Juez Hércules	174
2. La llamada "tesis del caso especial"	177
2.1 Dos precisiones de la tesis del caso especial	178
2.2 Cuatro interpretaciones de la tesis del caso especial	180
2.2.1 TCE1. el positivismo jurídico	181
2.2.2 TCE2. Legal Reasoning and Legal Theory de MacCormick	181
2.2.3 TCE3. La teoría de Alexy	182
2.2.3.1 TCE3 y el positivismo jurídico	186
2.2.3.1.1 TCE3 y la tesis de la separación: ¿Hace el Juez justicia cuando aplica el Derecho?	186
2.2.3.1.2 TCE3 y la tesis de los límites del Derecho: ¿ Aplica el juez Derecho cuando imparte justicia?	189
3. Conclusión	192
IX. LA PRUEBA DE LOS HECHOS	194
1. Dos concepciones de la prueba: el cognoscitivismo y la concepción persuasiva	194
1.1 Concepción cognoscitivista de la prueba	195
1.2 Concepción persuasiva de la prueba	195
1.3 Las relaciones verdad-prueba	196
2. La prueba judicial como prueba prevalentemente inductiva	197
2.1 Prueba deductiva y prueba inductiva	197
2.2 La valoración de la prueba	201
3. Algunas construcciones doctrinales y jurisprudenciales. Consideraciones críticas	206
3.1 La distinción prueba directa/prueba indirecta	206
3.2 Los requisitos de la prueba indirecta o indiciaria	208
4. El carácter institucionalizado de la prueba judicial	211
5. La motivación de la prueba	219
5.1 La necesidad de motivación de la prueba	219
5.2 En qué consiste la motivación. Relaciones entre justificación y descubrimiento	221
5.3 El estilo de la motivación	223
5.4 Resumen: reglas sobre la motivación	226
BIBLIOGRAFIA	227



I. EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ESTADO DE DERECHO.

Marina Gascón Abellán

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

1. EL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO LEGISLATIVO DE DERECHO.

El Estado de derecho es una *ideología* jurídica, pues no es consustancial al concepto de Estado ser “de derecho”. Estado de derecho es aquél en el que *el poder actúa conforme a Derecho, o a la ley en sentido amplio, a normas jurídicas preconstituidas*, y responde a la idea de gobierno *sub leges y per leges*: el gobierno de la ley frente al gobierno de los hombres. Se obedece –dice Weber– “no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida, la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer”¹.

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

* Profesora de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho (Albacete) de la Universidad de Castilla La Mancha, España.

1 M. Weber, *Economía y Sociedad*, ed. de J. Winckelmann, trad. de J. Medina Echevarría y otros, Madrid, FCE, 10ª reimp., 1993, p.707.

su justicia y que postulan, por tanto, el sometimiento a ella². Por ello el Estado de derecho se configura como Estado legislativo, y más que de principio de legalidad en sentido amplio cabe hablar de *imperio de la ley en sentido estricto*: de un lado, las constituciones terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales sólo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que la ley les diera, de manera que no constituían un límite a la legislación³; de otro, el consagrado principio de separación de poderes no supuso la articulación de un sistema de frenos y contrapesos recíprocos sino simple y llanamente la subordinación al legislativo de los otros poderes. En suma, el Estado de Derecho se desarrolla en Europa como *Estado legislativo* de Derecho, y significa (sólo) la sumisión de la Administración y del Juez a la ley, que, por cuanto norma general y abstracta y expresión de la voluntad general, es también garantía de justicia.

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

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

Estrechamente conectada con la vinculación a la ley –o más aún, instrumental de la misma– se postula la *independencia judicial*, principio con el que se pretende garantizar

2 Este es un aspecto que está muy presente en Rousseau, quien entiende que la generalidad y la abstracción son características de la ley, lo que, unido a la generalidad de la voluntad legisladora, le conduce a proclamar que la ley no puede ser injusta, “puesto que nadie es injusto consigo mismo”, vid. *Contrato Social*, en *Escritos de Combate*, ed. De S. Masó, Madrid, Alfaguara, 1979, Libro II, cap. IV, pp. 431 ss. Pero es un aspecto que se repite en todas las caracterizaciones del Estado de derecho. Así, L. Duguit afirma que “la ley puede ser mala, todo lo injusta que se quiera, pero su redacción general... reduce al mínimo ese peligro”, *Traité du droit constitutionnel*, vol. II, París, Fontemoing, 1923, p. 145. Y C. Schmitt, en el mismo sentido, insiste en que la generalidad fija un límite al poder absoluto del legislador, *Teoría de la constitución* (1928), trad. De F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982, p. 150.

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

4 Cfr. E. García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo* (1974), 3ª ed., Madrid, Civitas, 1989.



que los jueces puedan actuar libremente, sin injerencias ajenas; particularmente de otros poderes del Estado. Por eso la independencia judicial se cifra sobre todo en la *libertad interpretativa* de los jueces: la interpretación de la ley no puede estar influida por instancias externas al propio juzgador. Pero además, para que el juez sea verdaderamente independiente suelen establecerse una serie de garantías. Se trata de *garantías orgánicas de la independencia*: un estatuto especial para los jueces, el gobierno del poder judicial separado de la política, sistemas de recusación y apartamiento de jueces, retribuciones adecuadas, prohibición de militancia política y sindical, medidas para evitar la vuelta inmediata de los políticos-jueces a la función judicial, etc.

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

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

Una cuestión central que cabe plantear es si la independencia judicial constitucionalmente prevista exige reconocer la absoluta libertad interpretativa de los jueces o si, por el contrario, pese a reconocer esa independencia, la constitución exige (también) el establecimiento de mecanismos uniformadores de jurisprudencia para que no se debiliten los valores de la *certeza o previsibilidad* de las decisiones jurídicas y de la *igualdad* en la aplicación de la ley; valores que, como se ha dicho, se pretenden garantizar también a través de la vinculación del juez a la ley.

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

Por ejemplo, ante la manifiesta desigualdad en la aplicación judicial de la ley (casos sustancialmente idénticos resueltos de modo distinto por diferentes jueces o tribunales), se ha recurrido a veces al Tribunal constitucional español, a través del amparo por infracción del

principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley, solicitándole que unificase (o que obligase a unificar) jurisprudencia. El Tribunal se ha negado reiteradamente alegando que la independencia judicial reconocida por la constitución impide cercenar la libertad interpretativa de jueces y tribunales. Y que, por eso, a salvo de los eventuales mecanismos de unificación de jurisprudencia legalmente previstos, como el recurso de casación, nada puede hacerse.

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

2. EL PODER JUDICIAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

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

Históricamente, el Estado constitucional de Derecho es la forma política que cuajó en el *constitucionalismo americano*, que a diferencia del europeo, que no superó el “imperio de la Ley” y donde por tanto las constituciones fueron simples cartas políticas, asumió desde el principio el valor normativo de la Constitución⁶. En el resto de los

5 Así, por ejemplo, M. García Pelayo, “Estado legal y Estado constitucional de derecho”, en *Obras Completas*, III, Madrid, CEC, 1991, p.3029.

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



países, la construcción del Estado constitucional es obra más reciente. Justamente la nota de limitación al poder y garantía de los derechos que define el constitucionalismo es lo que explica que, con independencia de las variables experiencias históricas de cada país, la construcción del Estado constitucional en el último siglo esté muy ligada al *intento de romper con regímenes políticos de corte autoritario y refundar la organización política* sobre un nuevo modelo de legitimidad. Este es el móvil que anima el impulso constituyente en Europa, pues en la factura de la Constitución italiana (1947) y de la Ley Fundamental de Bonn (1949) jugaron un papel no desdeñable consideraciones puramente empíricas: la experiencia nazi y fascista, donde en nombre de la legalidad vigente se habían producido los crímenes más execrables, aconsejaba adoptar catálogos (constitucionales) de derechos que se impusieran a cualquier política. Y ese mismo afán de refundación política y ruptura con un pasado autoritario está también presente en los posteriores procesos constituyentes de Grecia (1975), Portugal (1976) y España (1978). La oleada constituyente se extenderá en los ochenta a muchos países de América Latina en un intento (también) por reconstruir su organización política tras experiencias de dictaduras militares o guerras civiles; y más recientemente a los antiguos países socialistas. Es más, puede decirse que el paradigma del Estado constitucional, por cuanto supone el establecimiento de vínculos políticos al poder, tiende a implantarse incluso en el ámbito internacional mediante la suscripción de documentos normativos supranacionales (así la Carta de Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948) y la creación de Tribunales de Justicia llamados a garantizar su eficacia.

Uno de los rasgos que mejor definen el Estado constitucional de Derecho es la *orientación del Estado a la protección de los derechos* al margen (o incluso por encima) de la ley: ya no eficacia de los derechos en la medida y en los términos marcados en la ley, sino eficacia de los derechos *en la medida y en los términos establecidos en la Constitución*. Ahora bien, el reconocimiento constitucional de derechos se efectúa por lo general en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentes las dudas sobre el alcance y contenido de los derechos en los distintos supuestos en los que pueden tener incidencia. A quién corresponde decidir cuál sea ese alcance o contenido es justamente la cuestión polémica. Cabría sostener que el *principio democrático* exige atribuir este fundamental papel al legislador; pero es también evidente que el propio *carácter supramayoritario* o supralegal de los derechos hace que al final sean los jueces (constitucionales u ordinarios) quienes, por cuanto llamados a hacer valer la constitución, terminan ejerciendo esa función. Por ello, el carácter normativo de la constitución, más allá de la simple posibilidad de enjuiciamiento normativo de la ley, comporta cambios muy profundos en la manera de concebir el Derecho y las propias instituciones jurídicas. En particular, comporta *cambios profundos en la manera de concebir las relaciones entre legislación y jurisdicción*: el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez a Derecho pero sobre todo a la ley, ha pasado a entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales pero no a la ley, lo que resulta polémico desde el punto de vista del principio democrático.

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

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

En el Estado Constitucional el juez está vinculado a la ley pero también a la constitución. Esa doble vinculación del juez (a la ley y a la constitución) significa que éste sólo está obligado a aplicar leyes constitucionales, de manera que debe hacer un previo juicio de constitucionalidad de la ley. Si entiende que la ley es constitucional (porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la constitución), entonces debe aplicarla. Pero si la ley no resulta constitucional (porque no cabe hacer de ella ninguna interpretación constitucionalmente adecuada), entonces no está vinculado a ella. En este segundo supuesto, los jueces, en los sistemas de *judicial review*, “desplazan” la ley y resuelven el caso aplicando directamente la constitución; en los sistemas de control concentrado, los jueces no pueden desplazar la ley sino que vienen obligados a plantear la “cuestión” al Tribunal constitucional, que es el único órgano llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley. En ambos casos se relanza el papel del juez en relación con la ley: en el primero (*judicial review*) porque se reconoce directamente la facultad del juez para inaplicar las leyes inconstitucionales; en el segundo (control concentrado) porque, a pesar de no reconocerse dicha facultad, bajo el argumento de que se está haciendo una interpretación de la ley conforme a la constitución es posible que al final el juez “esquive” la ley; o sea, es posible que el juez aplique la constitución (o el entendimiento que tiene de la misma) en detrimento de la ley. De ello nos ocuparemos en los epígrafes III.2.b) y IV de este mismo tema.

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

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

En suma, la necesariamente *abierta* interpretación de las normas constitucionales, impregnadas de valores de justicia, así como la presencia en la mayoría de los casos de

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

8 En general, “se está convirtiendo en un lugar común asumir que la importancia de los principios...corre paralela a la progresiva judicialización del derecho”, M. Atienza y J. Ruiz Manero, *las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, p.19; y en el mismo sentido L. Prieto, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992.



valores y principios constitucionales contrastantes entre sí, parece que conduce inevitablemente a que en la resolución del caso concreto terminen triunfando las opciones valorativas del juez sobre las del legislador. Pero sobre esto también habremos de volver⁹.

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

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

3.1 Garantismo: en especial, el garantismo penal.

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

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

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

9 Vid. también tema 7.

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

lo que el poder legislativo puede sancionar (la esfera de los delitos) y la afflictividad de las penas. Las *garantías procesales* (desde las netamente procesales de la contradictoriedad, la paridad entre acusación y defensa, la separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad, hasta las orgánicas de la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural), afectan a la comprobación judicial del hecho punible y van encaminadas a reducir al máximo, y al límite anular, los márgenes de arbitrio del juez.

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

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

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

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

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



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

El garantismo se presenta, en primer lugar, como la base de una *filosofía política* que, frente a las concepciones éticas absolutas o totales del Estado, exige -parafraseando a Luhman- doctrinas políticas heteropoyéticas, no autorreferenciales: el Estado y el derecho no son en sí mismos éticamente valiosos, sino que requieren una justificación externa.

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

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

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

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

Consecuencia de la filosofía política del garantismo es, en efecto, un cierto *modelo normativo de derecho* basado en el sometimiento a la ley de todos los poderes estatales: el derecho como sistema de garantías. El concepto garantista de orden jurídico es pues, de nuevo, coincidente con la ideología del Estado de derecho: el derecho es un sistema de límites y vínculos al poder político (las garantías) para la protección de bienes e intereses. Cuál sea el concreto modelo garantista de legalidad es algo que dependerá de cada sector del ordenamiento a la vista de los bienes e intereses que deban ser tutelados. Así, junto al garantismo penal, es posible construir también un garantismo administrativo, internacional, civil, laboral, etc. En todo caso, es evidente que el garantismo está siempre abierto a la construcción de sistemas de legalidad para la protección de nuevos y parcialmente distintos derechos constitucionales. En suma, el garantismo, en cuanto teoría general, no impone aún un sistema de legalidad concreto, pero sí un modelo general: el propio del Estado de derecho que concibe a éste como una red de garantías de bienes y derechos; es decir, de un Estado que “positiviza” los derechos vitales del individuo convirtiendo su respeto y realización efectiva en un vínculo al poder político.

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

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

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

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



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

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

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

“Cuando las leyes vigentes son sospechosas de invalidez, no existe ni siquiera para los jueces -incluso aún menos para los jueces- una obligación jurídica de aplicarlas...Ni siquiera es relevante que (la ley) no haya sido nunca sospechosa de invalidez, ni que haya sido declarada válida en ocasiones anteriores: la invalidez, en efecto, no está sujeta a prescripción, sino que puede ser alegada y declarada en cualquier momento...Es

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

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



bien cierto que la invalidez de una ley debe ser reconocida y declarada por una autoridad...en nuestro ordenamiento el Tribunal Constitucional. Esto equivale a una presunción de validez que, por obvias razones de certeza...asiste a cada ley vigente, permitiendo que sea aplicada válidamente; pero esta presunción es sólo relativa y basta, para superarla, la valoración crítica del juez mismo que, en vez de aplicarla, objeta su invalidez” (*Derecho y razón*, cit., p.873).

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

Ahora bien, es evidente que, tanto en un caso como en otro, se está confiriendo al juez un gran poder dispositivo (el poder de censura de las leyes) que contradice la lógica garantista de estricta sumisión a la ley: se trasmuta el *principio de legalidad*, tal y como ha sido tradicionalmente entendido por el positivismo europeo (vinculación del juez al derecho pero sobre todo a la ley), en *principio de constitucionalidad* (vinculación del juez a los derechos y a la justicia consagrados en la constitución y sólo ulteriormente a la ley). Pero en la perspectiva garantista ello es consecuencia aporética de la positivación del *deber ser* de las normas, o sea de la constitucionalización de los derechos; aunque, desde luego, es también consecuencia de una mala legislación, pues una legislación adecuada (precisa y unívoca, sin antinomias ni lagunas) estrecha los márgenes de discrecionalidad judicial y evita el ejercicio de un poder de disposición por parte del juez.

Con todo, lo realmente grave para el garantismo no son las deficiencias e insuficiencias de la ley (vaguedad, ambigüedad, antinomias, lagunas), sino un cierto escepticismo sobre las posibilidades de superarlas. Un injustificable e inaceptable escepticismo que, presente en muchas de las actuales teorizaciones de la descodificación, desregulación y deslegalización, y apoyado en una suerte de falacia naturalista o determinista, entiende que “nuestros sistemas jurídicos son como son porque no podrían ser de otro modo”. En fin, una crisis de la razón jurídica que “se proyecta en la función judicial minando su legitimidad en la misma medida en que parece aumentar, precariamente, su poder discrecional y su carácter central”¹⁷.

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

17 *Ibidem*, p.920.



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

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

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

El garantismo pone de manifiesto que el debilitamiento del principio de legalidad en relación con los jueces es en muchos casos consecuencia de una *mala legislación* o sencillamente consecuencia "lógica" del *principio de constitucionalidad*, que obliga a los jueces a tener presentes las exigencias de la constitución en presencia de los casos concretos.

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

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

Por una razón o por otra, lo cierto es que el juez del Estado constitucional está dotado de un enorme poder. Es verdad que se trata de un poder soportable, porque el tipo de control que ejerce es “incidental” y porque en muchos ordenamientos coexiste con un Tribunal constitucional cuya composición suele estar fuertemente determinada por el poder legislativo. Pero también es cierto que se trata de un poder más eficaz que el del Juez constitucional, porque es más eficaz y de mayor calado la labor callada y difusa del día a día de los tribunales de justicia.

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

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

Sin embargo, sí cabría hablar de un auténtico abandono del principio de legalidad en relación con el juez cuando se pretende dar carta de naturaleza a la transformación de la magistratura en sujeto político. Intentos de este tipo, que constituyen una variante del realismo jurídico, tal vez puedan verse en los *Critical Legal Studies*, en el ámbito estadounidense, en el *Movimiento de Derecho Alternativo*, en el ámbito sudamericano y en el *Uso Alternativo del Derecho*, en el ámbito europeo. Y, sin llegar a una propuesta de anulación del legislador a favor del juez, Zagrebelsky ofrece en *El derecho dúctil* una construcción teórica a partir de las constituciones de principios que resulta, sin duda, seria y sugestiva, pero que también puede servir de base a la justificación de soluciones judicialistas que rozan, si no sobrepasan, los límites del principio de legalidad¹⁸. Con unos u otros matices, puede decirse que lo que une a todas estas corrientes es la idea de que 1º) dado que las constituciones del pluralismo juridifican una gran variedad de valores materiales de justicia contrastantes entre sí, y 2º) dado que la ley, manifestación de la lucha política que se desarrolla en el sistema, muchas veces se corresponde más con pactos de intereses que con objetivos racionales de regulación, 3º) resulta que son los jueces (los constitucionales pero también los ordinarios), hombres prudentes capaces de mitigar en el caso concreto los posibles excesos de la ley, quienes se convierten en guardianes del contenido de justicia material de la Constitución, frente a las posibles veleidades partidistas del legislador. En pocas palabras, el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que la solución aportada para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional; de no ser así puede “sortearla”:

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



“Las exigencias de los casos –dice G.Zagrebel’sky- cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son estas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida” (*El Derecho dúctil*, cit., p.134).

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

Precisamente la toma de conciencia del papel central que los jueces vienen llamados a desempeñar en los sistemas regidos por el principio de constitucionalidad, pero también la conciencia del riesgo antidemocrático a que puede conducir un activismo judicial desbocado, tal vez explique la gran atención que en las últimas décadas se viene prestando a los procesos argumentativos judiciales. Y es que, si es consustancial al constitucionalismo la centralidad de un poder judicial fuertemente discrecional y con amplias facultades dispositivas, entonces parece necesario esmerar la argumentación para no renunciar a valores como la previsibilidad, la certeza, la igualdad en la aplicación de la ley y (sobre todo) el carácter no arbitrario de la función judicial. Este último es un aspecto particularmente importante. Si el juez ya no es la “boca que pronuncia las palabras de la ley” sino el depositario de un poder que se ejerce con ciertas anchuras, entonces debe acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; debe acreditar, en fin, que ese ejercicio más o menos discrecional de poder



no es, sin embargo, un ejercicio arbitrario. La presencia de una fuerte discrecionalidad en el desempeño de la función judicial no proporciona inmunidad al juez; antes al contrario, representa un reto para la conformación de controles jurídicos que se ejercerán sobre el proceso argumentativo que conduce desde la inicial información fáctica y normativa a la resolución o fallo¹⁹. Este es el sentido de las teorías de la argumentación.

19 Vid. L.Prieto, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del centro de estudios Constitucionales*, 9, 1991; y M.J.Añón, “Notas sobre discrecionalidad y legitimación”, *Doxa*, 15-16, 1994, vol.II.



II. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

*Alfonso Jaime García Figueroa***

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

1. LA NECESIDAD DE JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO.

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

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

** Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Castilla La Mancha, España

filósofo Jürgen Habermas se ha pronunciado sobre estas cuestiones en su personal incursión iusfilosófica *Facticidad y validez*.

En este universo de ideas aparecen en 1978 las dos obras capitales de la teoría de la argumentación jurídica continental y angloamericana, respectivamente: *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy y *Legal Reasoning and Legal Theory* de Neil MacCormick. Ambas han superado todo un cuerpo de teorías precursoras surgidas a partir de los años cincuenta y han influido poderosamente sobre los trabajos posteriores de autores como Aarnio, Peczenik o Atienza, por citar sólo algunos nombres. Estas teorías han puesto de manifiesto insistentemente las insuficiencias que presentan tanto una concepción puramente formalista del razonamiento jurídico, que reduce la aplicación del Derecho a un silogismo, como una concepción irracionalista que reduce la aplicación del Derecho a simples expresiones de emociones. La teoría de la argumentación intenta situarse en un punto medio que parte de la posibilidad de un análisis racional de los procesos argumentativos, pero también reconoce las limitaciones que este análisis presenta en el mundo del Derecho. En todo caso, parece incuestionable que la justificación de las decisiones jurídicas, su racionalidad, representa una pieza clave de todo discurso práctico. Como señala Stephen Toulmin, “si no hay un debate racional, se pasa a un debate de “quien a quien”³⁰. Por eso, en el ámbito específicamente jurídico y político, la ausencia o la insuficiencia de la justificación cuando no causa una lesión, genera un riesgo para cualquier Estado de Derecho. Por tanto, la teoría de argumentación jurídica es una pieza clave en la teoría del Estado y la teoría del Derecho.

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

Ahora bien, ¿qué entendemos precisamente por teoría de la argumentación jurídica? Es posible anticipar una definición, siquiera sea provisional. Con el sintagma “teoría de la argumentación jurídica” (en lo sucesivo TAJ, por brevedad) se hace referencia al análisis teórico de los procesos argumentativos en el Derecho. Podemos desglosar nuestra definición para perfilar sus contornos y anticipar algunas de las cuestiones que se tratarán posteriormente:

2.1. La TAJ es teoría

La TAJ es teoría. Esto significa que pretende la descripción, conceptualización y sistematización de la argumentación jurídica. Esta afirmación requiere algunas precisiones. En primer lugar, la TAJ es básicamente teoría, no práctica. Con esto no se pretende afirmar que no tenga nada que ver con la práctica de los abogados y los jueces. Muy al contrario, la práctica del Derecho es tan importante para la TAJ que representa nada menos que su objeto de estudio. Pero precisamente por esta razón, TAJ y práctica del Derecho son en principio cosas distintas, son *discursos* distintos, *lenguajes* distintos, que operan en *niveles* distintos. La TAJ *describe* la práctica del Derecho y a veces *prescribe* cómo debería ser la

20 Según la mordaz frase de Lenin, nos dice S. Toulmin, *El uso colectivo de los conceptos*, vol. I, *La comprensión humana*, trad. de Néstor Míguez, Alianza, Madrid, 1977, pág. 57.



práctica del Derecho, pero en todo caso constituye algo diverso de la propia práctica del Derecho. En otras palabras, la TAJ representa un metalenguaje (cuyo lenguaje objeto es la argumentación jurídica de los juristas) que dispone de sus propios instrumentos y categorías, todos ellos diferentes en muchos casos de los que se emplean en el tráfico jurídico ordinario. Esto no tiene nada de extraño, si se piensa bien. Supongamos que escribo un estudio sobre los poemas de Octavio Paz. En este caso, yo no escribo poesía, sino un estudio literario sobre poesía, a pesar de que el objeto de éste sea una obra poética. Esto significa que mi actitud y mis propósitos, mis palabras y mis conceptos son en principio muy distintos de los que inspiraban a Octavio Paz cuando escribía. Por eso, los escritos de Octavio Paz y el mío tendrían un vocabulario diferente o bien el mismo vocabulario *usado* de forma distinta. Con toda probabilidad los conceptos fundamentales de mi estudio serían *métrica, rima, ritmo, soneto, alejandrino...* mientras que en los poemas de Octavio Paz destacarían otros bien distintos como *salamandra, heliotropo, mariposa*, etc. Es cierto, repito, que estas palabras también habrían de figurar en mi estudio, pero lo harían entrecomilladas (“salamandra”, “heliotropo”, “mariposa”) al efecto de indicar que no estoy *usando* de forma poética esos términos, sino sólo *mencionando* técnicamente las palabras que *usaba* poéticamente Octavio Paz.

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

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

a) Desde una perspectiva empírica, el cometido de la TAJ sería simplemente describir las decisiones jurisdiccionales en cuanto fenómenos sociales, acudiendo a los instrumentos de disciplinas como la psicología, la sociología, la antropología, etc. Sin embargo, no es ésta la perspectiva que ha adoptado la TAJ dominante, pues las causas psico-sociológicas que dan lugar a las decisiones jurisdiccionales han sido reiteradamente desplazadas por el estudio del llamado contexto de justificación en el que sólo resulta relevante el carácter justificado o no de una decisión con independencia de su causa psicológica o sociológica (*infra* cap. IV).

b) Desde una perspectiva conceptual o analítica, el cometido de la TAJ consiste, como he anticipado, en conceptualizar y sistematizar la argumentación jurídica. Esto supone una reconstrucción racional de las prácticas argumentativas jurídicas de forma sistemática. Esta perspectiva es fundamental entre los teóricos de la TAJ.

c) Desde una perspectiva normativa, el cometido de la TAJ consiste en aportar fórmulas para mejorar la argumentación de los operadores jurídicos a través de propuestas acerca de cómo éstos deberían decidir.

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

2.2. El objeto de la TAJ es la argumentación

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

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

Pero a nosotros no nos interesan aquí los argumentos de enólogos, médicos o filólogos, sino la argumentación que tiene que ver con normas. Bajo este punto de vista más específico, argumentar consiste en justificar, fundamentar, basar enunciados normativos, juicios prácticos. Se trata de decir por qué *debemos* (o no) comportarnos de cierto modo. En otras palabras, argumentar significa exponer las premisas, *normativas o no*, de una inferencia práctica, es decir, de un razonamiento cuya conclusión es una norma. El inciso que acabo de subrayar sobre el carácter normativo o no de las premisas es importante, porque a pesar de que un razonamiento normativo, como una sentencia judicial, se caracteriza porque su conclusión presenta normalmente carácter normativo, es decir, presenta normalmente un enunciado en el que se ordena, prohíbe o permite alguna acción, es de todos sabido que esto no impide que entre los enunciados que forman parte de la argumentación figuren enunciados descriptivos, definiciones o



expresiones de sentimientos. Tradicionalmente, la Sentencia judicial contiene no sólo fundamentos de Derecho sino también unos fundamentos de hecho que dan lugar a un fallo de carácter normativo. Así que para hallarnos ante una inferencia práctica, normativa, lo importante es que su conclusión presente carácter normativo a pesar de que las premisas puedan presentar carácter normativo o no normativo, y ello con un solo límite: en efecto, no es necesario que todas las premisas del razonamiento sean normativas, pero entre las premisas de una argumentación normativa debe existir al menos una norma. De lo contrario, sería imposible que la conclusión fuera normativa y que, por tanto, nos halláramos ante un razonamiento normativo. La razón reside en que, como es sabido, según la llamada Ley de Hume no es posible derivar juicios prescriptivos de juicios descriptivos y a la inversa. No podemos decir cómo debería ser el mundo a partir de la constatación de cómo es el mundo y, por cierto, tampoco podemos verificar cómo es el mundo, simplemente imaginando cómo debería ser. Cuando, infringiendo la Ley de Hume, decimos que las cosas deben ser como son, entonces incurrimos en lo que Moore denominó la “falacia naturalista”²¹. Muchas veces las personas argumentan a favor de una conclusión normativa (moral o política) sobre la base de premisas descriptivas y entonces incurren en esta falacia. Otras veces lo que sucede es que sí utilizan premisas normativas en la fundamentación de tal conclusión, pero no se hacen explícitas por ser consideradas correctas de manera (erróneamente) obvia. La falacia naturalista encierra una falacia lógica y una falacia justificatoria. Por ejemplo, quien diga:

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

1) O bien deriva un juicio normativo de uno descriptivo incurriendo en un error lógico, pues cabría reformular su razonamiento así: “la homosexualidad *debe* rechazarse porque los seres humanos nunca *son* homosexuales en estado de naturaleza” y entonces la conclusión normativa “debe rechazarse la homosexualidad” se basa en una premisa no normativa, de carácter empírico: “los seres humanos nunca son homosexuales en estado de naturaleza” (premisa que además de normativamente irrelevante, a mayor abundancia, seguramente sea empíricamente falsa)

2) O bien da por sentado un enunciado normativo como, digamos: “*debemos* rechazar todo lo que sea antinatural” incurriendo en un error justificatorio. En este caso, el argumento no es falaz por derivar un juicio normativo de otro empírico, sino porque el juicio normativo es más que cuestionable a poco que contemplemos la naturaleza. La naturaleza es como es, no tiene nada de moral ni de inmoral. En última instancia, este error justificatorio es consecuencia a su vez del error lógico.

2.3. La argumentación que estudia la TAJ es la jurídica

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

21 G. E. Moore, *Principia Ethica* (1903), trad. de María Vázquez Guisán, Crítica, Barcelona, 2002, pág. 33.

En primer lugar debe señalarse que, consecuentemente, no pretende ocuparse directamente de la argumentación moral. Sin embargo, la realidad es que la TAJ no puede ignorar el razonamiento moral porque el razonamiento jurídico se encuentra estrechamente vinculado al razonamiento moral. La llamada "tesis del caso especial" (*infra* tema VIII) mantiene esta vinculación con particular intensidad, pues afirma típicamente que "el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico". Dicho de otro modo, no es posible estudiar la argumentación jurídica aisladamente, sin ninguna atención a la razón práctica, porque la razón práctica presentaría según muchos autores una estructura unitaria, que no se puede fragmentar. Una norma es siempre una razón para actuar de cierta manera, una razón para la acción que se entrelaza con otras razones para actuar en el razonamiento práctico y cuya premisa fundamental última habría de tener naturaleza moral, pues no puedo estar obligado moralmente a hacer algo a lo que no se me puede obligar moralmente por ser inmoral. El postulado de la unidad de la razón práctica no es nuevo (era ya parte fundamental de la teoría del Derecho de Kant²²), pero hoy en día ha adquirido auge teórico y trascendencia política: si reconocemos la dimensión moral del razonamiento jurídico y además atendemos a la fuerte impronta moral y política de muchos conceptos y principios constitucionales (dignidad humana, democracia, libertad o justicia²³), entonces el juez (singularmente el constitucional) gana protagonismo, pues a él le corresponde articular en sus decisiones la dimensión moral y la dimensión puramente institucional del Derecho.

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

3. La utilidad de la TAJ.

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

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

23 Valores que aparecen en el Preámbulo de la Constitución salvadoreña de 1983: "Nosotros, representantes del pueblo salvadoreño reunidos en Asamblea Constituyente, puesta nuestra confianza en Dios, nuestra voluntad en los altos destinos de la Patria y en el ejercicio de la Potestad Soberana que el Pueblo de El Salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional, con base en el respeto a la dignidad humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista".



han hecho su trabajo durante siglos y siguen haciéndolo hoy en día sin conocimientos de TAJ? ¿No será la TAJ un mero esparcimiento elegante sin ninguna trascendencia práctica?.

La cuestión que late en el fondo de estos interrogantes es el lugar común de kantiana memoria “esto puede ser correcto en teoría, pero no vale para la práctica”²⁴. En realidad, la TAJ puede servir a la práctica en dos sentidos que conviene distinguir. En cuanto teoría descriptiva de la argumentación que se desarrolla en el plano del puro análisis conceptual, la TAJ puede contribuir a que los juristas sean más conscientes de su propio quehacer. En cuanto teoría prescriptiva de la argumentación, que guía a los operadores jurídicos en su actividad decisoria, la dimensión práctica es algo más clara, aunque en este caso el inconveniente consiste en que la TAJ se desenvuelve normalmente en un nivel de abstracción muy elevado que por sí sólo no aporta una guía precisa para la resolución de una concreta controversia jurídica. Veamos por separado algunas consideraciones sobre la utilidad de la TAJ en su aspectos descriptivo y prescriptivo.

3.1 LA UTILIDAD DEL ASPECTO DESCRIPTIVO DE LA TAJ

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

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

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



conocimientos de química, seguramente podría asesorar a un cocinero sobre cómo conservar y almacenar las manzanas o sobre cómo debe prepararlas para que no pierdan sus vitaminas cuando vayan a ser ingeridas. Un químico y un cocinero seguramente observan una manzana de formas completamente diversas y utilizan un lenguaje completamente diverso para referirse a una manzana (el químico nos habla de fructosa, oxidación, porcentajes de agua... mientras que el cocinero habla de la idoneidad de las compotas como guarnición de ciertos asados, del tiempo de cocción del *Apfelstrudel* o de la matizada dulzura que adquiere una tarta de manzana a los postres). Sin embargo, parece que el análisis químico puede ayudar a mejorar la labor de los cocineros por mucho que éstos hayan trabajado toda la vida sin conocimientos (al menos teóricos) de química. La razón es que químicos y cocineros utilizan esquemas conceptuales diversos, con fines diferentes, pero en última instancia hablan del mismo objeto: una manzana en nuestro caso. Análogamente, un teórico de la argumentación y un jurista utilizan esquemas conceptuales diversos pero ambos se ocupan del mismo objeto: la argumentación jurídica. Por tanto, del mismo modo que la química puede ponerse al servicio de un cocinero, así la teoría de la argumentación jurídica puede ponerse al servicio de los juristas. Cualquier jurista puede desarrollar su trabajo sin tener conocimientos sobre TAJ en su perspectiva analítico-conceptual, pero parece que estos conocimientos en principio pueden ayudarle a hacer mejor su trabajo en algún sentido.

Bajo este punto de vista, el mero estudio de la TAJ en un sentido analítico, descriptivo, conceptual, no es una actividad suficiente ni necesaria para que los juristas puedan desempeñar sus funciones. Que no es una herramienta suficiente queda fuera de toda duda, pues ningún operador jurídico puede aspirar a resolver las controversias jurídicas contando tan sólo con conocimientos de TAJ. Todo jurista requiere un conocimiento profundo de la dogmática jurídica y una cierta experiencia profesional para hacer su trabajo del mismo modo que ningún químico, en cuanto tal, está en condiciones de ocupar el lugar de un *chef* en los fogones. Que no es una herramienta necesaria lo demuestra el hecho histórico de que los juristas han desarrollado y siguen desarrollando su trabajo sin contar con conocimientos específicos de TAJ, de forma análoga a como se ha cocinado sin conocimientos teóricos de química. Sin embargo, reitero, esto no implica necesariamente que el estudio de la TAJ carezca de sentido en la medida en que puede contribuir a mejorar en el jurista la consciencia del propio quehacer. Este mejor conocimiento del propio quehacer puede ser útil al menos en dos sentidos: en primer lugar, en el plano de diseño institucional, la TAJ puede ayudar a armar el sistema de legitimidad de la función jurisdiccional, por ejemplo. El análisis conceptual de la argumentación nos permite comprender qué hacen los jueces cuando deciden y ello presenta gran trascendencia para la legitimidad de la labor jurisdiccional. Por ejemplo, poner de relieve los límites del Derecho y de la lógica a la hora de aplicar el ordenamiento jurídico revela problemas serios para el Estado democrático y la separación de poderes, porque normalmente los jueces no son elegidos por el pueblo y el hecho de que gocen de un poder de decisión más allá de la estricta aplicación de la letra de la ley ha sido considerado por algunos como una usurpación de las funciones del Legislador. Sin embargo, pese a los problemas, parece ser que sólo reconociendo ese poder de los



jueces es posible el funcionamiento del Poder Judicial y de un elemento clave de muchos sistemas jurídico-políticos: el control de constitucionalidad. En la medida en que el poder judicial y el control de constitucionalidad se manifiesten como elementos fundamentales de los actuales Estados constitucionales, la TAJ representará un elemento clave para su comprensión y la legitimación. En este sentido, la teoría de la argumentación jurídica nos muestra de nuevo y de paso que lo que es importante para la teoría acaba siéndolo también para la práctica y aquí cobra importancia una TAJ descriptiva que nos diga qué tipo de actividad decisional estamos juzgando como válida o no dentro de un Estado constitucional.

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

3.2 La utilidad del aspecto prescriptivo de la TAJ

Cuando la TAJ adopta una perspectiva prescriptiva, no se limita a describir y sistematizar cómo *deciden* los jueces, sino que nos dice cómo *deberían* decidir los jueces en los casos difíciles. Nuevamente, el aparato conceptual de la TAJ puede apartarse del que habitualmente utilizan los juristas, pero en todo caso, la TAJ prescriptiva adopta un punto de vista mucho más semejante al de los propios juristas, pues se trata en todo caso de resolver un problema práctico: qué se debe decidir en tal caso. Por eso, aquí la divergencia entre la práctica de los juristas y la TAJ tiene que ver con el grado de abstracción que presentan las propuestas de la TAJ. La TAJ aconseja a los juristas que adopten en su toma de decisiones criterios consecuencialistas o de universalizabilidad, consideraciones de consistencia y coherencia, respeto del precedente, etc. Pero aquí en cierto sentido nos hallamos ante una paradoja que podríamos llamar la paradoja del casuismo. La paradoja del casuismo consiste en que precisamente a causa del carácter profundamente particular, específico, único de cada caso que juzgan los jueces, es necesario formular guías muy abstractas para su resolución por parte de una TAJ. Esta paradoja explica que los intentos de formalizar los criterios normativos para la resolución de conflictos jurídicos se hayan encontrado con dificultades muy serias²⁵.

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

En definitiva, la TAJ en sentido descriptivo puede ser beneficiosa para los juristas si bien no puede en ningún caso suplantar las disciplinas dogmáticas y las prácticas en que se ve inmerso el jurista en su quehacer diario y, por otra parte, la TAJ en sentido prescriptivo presenta un grado de abstracción muy elevado que en ningún caso puede eliminar el agónico momento de la decisión final del operador jurídico ante un caso real. Por tanto, los propósitos de la TAJ en relación con la práctica del Derecho no sólo no son imperialistas. En cierta forma son extremadamente modestos. En ningún caso la TAJ pretende (seguramente porque de pretenderlo tampoco podría) suplantar a los juristas ni, por así decir, enmendarles la plana sistemáticamente. De lo que se trata más bien es de contribuir a impulsar el conocimiento de esta actividad, desvelar algunos presupuestos de la argumentación jurídica que puedan resultar revisables y proponer algunos criterios para intentar mejorar la racionalidad del sistema jurídico-político en el que se inserta la función jurisdiccional. La racionalidad en el discurso jurídico es objeto y presupuesto de la TAJ. Por eso, cuando hablamos de TAJ es importante preguntarse sobre el papel de la racionalidad en el Derecho.

4. Racionalidad y Derecho

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

Sin embargo, no todo el mundo estaría plenamente de acuerdo en considerar que el Derecho y las decisiones jurisdiccionales pueden acomodarse a la idea de racionalidad y desde luego no todos aquellos que lo aceptan concederían el mismo alcance a la racionalidad en el Derecho. Por ejemplo, algunos autores del realismo norteamericano y algunas teorías críticas (singularmente, los llamados *Critical Legal Studies*) han sostenido que el Derecho y la argumentación jurídica representan por encima de todo cuestiones de voluntad, ideología, experiencias, corazonadas (*hunches*) que escapan de un análisis racional. Este tipo de planteamientos escépticos frente a la posibilidad de un control racional de las decisiones judiciales suelen desembocar en un estudio de las causas psicosociológicas que han provocado la decisión jurisdiccional (¿de qué sirve el análisis racional de decisiones que dependen de cómo le sentó al juez el desayuno?) o de las posiciones ideológicas o políticas que se hallan tras los problemas jurídicos ("*Law is politics*")²⁶.

En realidad, esta resistencia a un análisis racional de las cuestiones jurídicas se enmarca en un problema mucho más amplio en el que se ha visto sumido tradicionalmente el estudio del Derecho: el problema del *status* científico del

26 Vid. J.A. Pérez Lledó, *El movimiento de los Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996.



conocimiento de las ciencias sociales (también llamadas ciencias culturales, hermenéuticas, humanas, del espíritu o simplemente humanidades). Veámoslo brevemente:

4.1 El problema de las ciencias sociales

A lo largo de la historia el prestigio de las ciencias experimentales (la física, la química, la biología, etc.) se ha visto incrementado por la fiabilidad de sus resultados. Sin embargo, otras disciplinas como la historia, la literatura, la jurisprudencia etc. han llegado a ser consideradas, al contraste con aquéllas, como el reino de la irracionalidad o del más absoluto voluntarismo. Este agravio comparativo ha constituido un lastre para la generalidad de estas disciplinas y singularmente para el estudio del Derecho, como se han encargado de destacar los propios juristas, entre quienes ha destacado con luz propia Kirchmann²⁷. Ciencias como la economía o la sociología, más jóvenes que la ciencia del Derecho, han alcanzado en este contexto mayor fortuna que la vieja jurisprudencia. A pesar de todo, tenemos la sensación de que en el estudio de la historia, o en el análisis de la literatura o en la ciencia del Derecho se recurre a la razón en algún modo.

En el siglo XIX diversos autores pretendieron resolver el problema por elevación. Cabría destacar a autores como Simmel, Collingwood, Croce o Dilthey, quien formuló en su momento una división entre ciencias de la naturaleza (*Naturwissenschaften*) y ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*) que habría de gozar de gran fortuna. Según esta división, las primeras se ordenarían meramente a un conocimiento externo de los fenómenos, a una *cognitio circa rem*, mientras que las segundas perseguirían un conocimiento profundo de las cosas en sí, nada menos que la *cognitio rei*. Por otra parte, la actividad desplegada por el estudioso sería también diversa según la disciplina. Las ciencias de la naturaleza tenderían a “explicar” (*erklären*), mientras que las ciencias del espíritu pretenderían “comprender” (*verstehen*) la realidad. La explicación reduce en principio a quien la desarrolle a mero observador, espectador de lo que sucede, sin participar en absoluto en el fenómeno que estudia. De acuerdo con este método, la verdad de los enunciados recabados con los instrumentos del método científico, unidos a la corrección del procedimiento lógico, garantiza la verdad (al menos según el paradigma científico vigente) de las conclusiones. La comprensión requeriría, en cambio, la continua participación de quien la lleve a cabo. En la comprensión el sujeto cognoscente no es mero observador, sino participante en la práctica que estudia, dejando así parte de sí mismo en su labor. Esta teoría consagra, como es obvio, el subjetivismo en el conocimiento. La imagen ideal de las ciencias sociales ha oscilado, así pues, entre ambos extremos: la explicación y la comprensión, la tradición analítica y la hermenéutica, entre una razón en sentido fuerte y una razón en sentido débil e incluso, yendo más allá, entre racionalismo e irracionalismo. Específicamente, el Derecho ha oscilado entre formalismo y antiformalismo (*infra* tema III). Hoy en día, después de mucho debatir,

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

ambas posiciones se han acercado y se habla de una hermenéutica analítica²⁸. Esta síntesis ha desempeñado un destacado papel en el extraordinario desarrollo de la actual teoría de la argumentación jurídica²⁹.

Frente a las posiciones escépticas ante un enfoque racional del Derecho, otras han defendido la posibilidad de un análisis racional del Derecho y de la argumentación jurídica más específicamente, si bien, han discrepado en su alcance. Para explicar la evolución histórica de estos planteamientos de forma esquemática resultan particularmente útiles algunas propuestas de Enrico Pattaro³⁰ a propósito de un esquema de Norberto Bobbio³¹, de las que me serviré muy libremente, prescindiendo de su literalidad, para mis propios fines. El punto de partida es que el término “razón” evoca un concepto rico y complejo que adquiere ciertos matices al incorporarse al mundo del Derecho, donde puede ser contemplada en un sentido débil o bien en un sentido fuerte. Podemos hablar, pues, de *racionalidad* o más débilmente de *razonabilidad*. A su vez, podemos predicar racionalidad o bien razonabilidad, ya sea del sistema jurídico (Derecho racional/ Derecho razonable), ya de la aplicación del sistema jurídico (argumentación jurídica racional/ argumentación jurídica razonable). Como veremos, si cruzamos ambas distinciones, surgen cuatro modelos analíticos que serán detallados más tarde (infra 4.2).

4.2. Derecho racional y razón jurídica

A juicio de Bobbio³², los términos razón y Derecho experimentan ciertas transformaciones, ciertas especificaciones en sus contenidos, al entrar en contacto y, más concretamente, cuando se le otorga la sustantividad a uno y un carácter adjetivo al otro. Esto se verifica al contrastar las expresiones “Derecho racional” y “razón jurídica”.

4.2.1. “Derecho racional”

Predicar racionalidad del Derecho significa concebir el sistema jurídico fundamentalmente como una expresión de razón, una razón en sentido fuerte que se contrapone a la voluntad. Resulta fácil comprender por qué esta asociación de Derecho y razón ha sido controvertida: cuando pensamos en las iniquidades a las que el Derecho históricamente ha dado cobertura, tendemos a considerar el Derecho como un mero acto de voluntad, una expresión de fuerza. Sin embargo, cuando pensamos en los beneficios que el Derecho nos ha proporcionado, garantizando la convivencia, promoviendo el progreso social y el respeto de ciertos derechos, entonces tendemos a considerar el Derecho como una expresión de racionalidad. En este segundo caso, el “Derecho racional” se convierte en

28 Cfr. G.H. von Wright, *Explicación y comprensión*, trad. de Luis Vega Reñón, Alianza Universidad, Madrid, 1979.

29 Vid. A. Aamio, A. Alexy y A. Peczenik., “The Foundation of Legal Reasoning”, en *Rechtstheorie*, nº 12 (1980), Duncker & Humblot, Berlin, págs. 133-158; 257-279 y 423-448, aquí pag. 134.

30 E. Pattaro, “La razón en el Derecho. Comentario a Norberto Bobbio”, trad. de Josep Aguiló Regla, en *Doxa*, nº 2 (1985), págs. 147-152.

31 N. Bobbio, “Reason in Law”, en *Ratio Juris*, vol.1, núm.2, julio (1988), págs. 97-108, aquí pag. 99. Existe traducción al castellano: N. Bobbio, “La razón en el Derecho (observaciones preliminares)”, trad. de Alfonso Ruiz Miguel, en *Doxa*, nº 2 (1985), págs. 17-26.

32 N. Bobbio, “Reason in Law”, cit., pag. 99.



el objeto de estudio paradigmático de los teóricos del Derecho e incluso se considera el sistema jurídico como una entidad intrínsecamente racional. La historia del pensamiento jurídico es en buena medida la historia de la pugna entre dos concepciones del Derecho: el Derecho como expresión de voluntad y el Derecho como expresión de razón.

La disputa entre voluntaristas e intelectualistas en el seno del iusnaturalismo teológico medieval nos ofrece un claro ejemplo de ello³³. A juicio de autores como los franciscanos Rogerio Bacon, Juan Duns Escoto o Guillermo de Occam, el Derecho es la expresión de la voluntad de Dios. En cambio, según Tomás de Aquino, el Derecho es una expresión de racionalidad ("*aliquid pertinens ad rationem*"³⁴). La definición de Derecho que nos ofrece Tomás de Aquino no puede ser más explícita: "ordenación de la *razón* dirigida al bien común, promulgada por aquel que tiene el gobierno de la comunidad"³⁵ (cursiva mía). En la disputa entre el voluntarismo y el intelectualismo tomista se vislumbra el germen de la ulterior disputa entre positivistas (voluntaristas) y jusnaturalistas (racionalistas).

El posterior proceso de secularización dará lugar al iusnaturalismo racionalista de autores como Grocio y más tarde Pufendorf, Tomasio y Wolff, quienes, prescindiendo de fundamentaciones divinas, reforzarán la dimensión racionalista del Derecho en una dirección que se extiende a autores como Locke, Spinoza o Leibniz. Naturalmente, los planteamientos racionalistas se proyectan sobre toda la Ilustración y alcanzarán una de sus manifestaciones más rotundas en la teoría del Derecho de Kant. La siguiente definición de Derecho que debemos al filósofo de Königsberg expresa claramente el reforzamiento de la dimensión racionalista del Derecho frente a la puramente voluntarista: "El conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad"³⁶.

El Derecho, en suma, es concebido en estos planteamientos como un sistema normativo de carácter racional. Lo racional se opone así a lo empírico, a lo histórico, a lo divino. En opinión de Perelman, son Hobbes, Montesquieu y Rousseau, los autores que liquidan este modelo racionalista, de modo que la razón pierde el protagonismo en el Derecho en beneficio de, respectivamente: una voluntad soberana, las condiciones ambientales en las que el Derecho nace y la voluntad general³⁷, abriendo así paso a los planteamientos positivistas que se impondrán en el siglo XIX y luego en el XX. La muerte de Kant coincide con la publicación de un verdadero símbolo del positivismo decimonónico: el Código civil francés de 1804. Por tanto, el predominio del estudio del Derecho racional, esto es, del estudio de la razón en sentido fuerte en el momento de la creación del Derecho se extiende desde los griegos hasta Kant³⁸.

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

34 Santo Tomás, *Summa teológica*, I.2, q.90, a. 1

35 *Ibid.* I.2, q.90, a. 4

36 I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, cit., 230, pág. 39.

37 N. Bobbio, "Reason in Law", cit., págs. 24-29.

38 *Ibid.*, págs. 100-101.

4.2.2 "Razón jurídica"

Hablar de "razón jurídica" presupone que el Derecho dispone de un tipo específico de razón, una razón en "sentido débil", que se vincula al inglés "*common sense*", al italiano "*razionino*"³⁹, probablemente a la noción de "*razonabilidad*" y que se desenvuelve predominantemente no ya en el momento de la creación del Derecho, sino en el de su aplicación. Esta perspectiva ha presidido el estudio de la razón en el Derecho desde Kant hasta nuestros días, hasta el punto de que las fronteras del estudio de la razón en el Derecho tienden a superponerse a las trazadas por los dominios de la razón jurídica, en el sentido aquí recogido, probablemente, como afirma el propio Bobbio, por influencia de los autores angloamericanos, cuya cultura jurídica de base judicial está marcada por el casuismo⁴⁰.

4.3. Cuatro modelos básicos

A partir de estas notas de Bobbio, Pattaro perfila un esquema que matiza el significado de razón en sus sentidos débil y fuerte, asimilándolas, respectivamente, a los aristotélicos *epistemonikon* (razón científica, especulativa, scible) y *logistikon* (razón calculativa, disputable)⁴¹. Aquí asumiré esta distinción entre razón en sentido fuerte y en sentido débil en términos muy amplios y de forma general a los efectos simplemente de ordenar esta exposición. Por otra parte, señalaré algunos representantes de cada uno de los modelos sin ajustarme a las indicaciones de Pattaro. El profesor de Bolonia nos sugiere cuatro modelos⁴² que resultan de la combinación de los pares razón fuerte-razón débil y momento de creación del Derecho-momento de su aplicación. Examinemos estos modelos con más detenimiento:

Modelos	Creación del Derecho	Aplicación del Derecho	Representantes
1. fuerte-fuerte	Razón fuerte	Razón fuerte	Kant
2. fuerte-débil	Razón fuerte	Razón débil	Tomás de Aquino
3. débil-débil	Razón débil	Razón débil	Viehweg, Perelman...
4. débil-fuerte	Razón débil	Razón fuerte	TAJ estándar ⁴³

39 Ibid., págs. 99-100.

40 Ibid., pág. 101

41 E. Pattaro, "Models of Reason, Types of Principles and Reasoning. Historical Comments and Theoretical Outlines", en *Ratio Juris*, vol.1, núm. 2, julio (1988), págs. 109-122, aquí 117. Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1139a, trad. de Julián Marías y Araujo, C.E.C., Madrid.

42 E. Pattaro, "Models of Reason, Types of Principles and Reasoning", cit., págs. 117-118.

43 Con la expresión "teoría estándar de la argumentación jurídica" Manuel Atienza (*Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 132) se refiere a las teorías de Alexy y McCormick. Para una visión general de las diversas teorías de la argumentación jurídica, también vid. Neumann, U., *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986.



4.3.1. Modelo fuerte-fuerte

Según este modelo, la razón es fuerte en el momento de la creación del Derecho e igualmente fuerte en el momento de su aplicación. En términos muy generales, parece ser un buen ejemplo de este paradigma el iusnaturalismo racionalista ya referido que postuló la existencia de un Derecho natural aprehensible por la razón. Correlativamente, este racionalismo acabará por exigir del operador jurídico una actitud pasiva y mecánica. Los jueces aplicarán los preceptos como “seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”⁴⁴. Las decisiones judiciales se convierten así en el fruto de “un silogismo perfecto”, de modo que el proceso de justificación de las sentencias bien podría recomponerse desde su conclusión hasta su fundamento último. Por tanto, en ningún momento queda el Derecho, desde su creación hasta su aplicación, fuera del amparo de una razón en sentido fuerte.

Parece que la teoría del Derecho de Kant ejemplifica este modelo. Kant sostiene, como ya se ha señalado, un concepto racionalista de Derecho y al mismo tiempo concibe su aplicación como una actividad profundamente racional y próxima a la matemática. Según Kant, el Derecho se expresa a través de leyes precisas a diferencia de la moral (“la ética no da leyes para las acciones (porque esto lo hace el Ius), sino sólo para las máximas de las acciones”⁴⁵). Por eso, las obligaciones jurídicas son perfectas y las obligaciones morales son imperfectas. Para aplicar la norma jurídica N1, “prohibido vender alcohol a los menores”, basta con constatar la edad del comprador para determinar si la conducta de suministrarle alcohol está prohibida o no. Por el contrario, a la hora de aplicar una norma moral las cosas son bien distintas. Supongamos, por poner un ejemplo kantiano, que debemos aplicar la norma moral N2, que nos obliga a procurar la felicidad ajena, y por cuya virtud debo, sin esperar recompensa, sacrificar mi bienestar en favor del bienestar físico o moral de otra persona. N2 determina “un deber amplio; tiene espacio libre para obrar en él más o menos, sin que puedan señalarse con precisión sus límites —la ley vale sólo para las máximas, no para determinadas acciones”⁴⁶. En suma, según Kant, los deberes jurídicos (como el que impone N1) son perfectos, porque determinan obligaciones estrictas (hoy diríamos que se expresan a través de reglas) en tanto que los deberes éticos (como el que contiene N2) son imperfectos porque determinan obligaciones amplias (hoy diríamos que se expresan a través de principios) que llevan aparejado un cierto grado de discreción (*latitudo*). Esto significa que en principio la discreción queda excluida del Derecho⁴⁷. Por todo ello, según Kant, la doctrina del Derecho que, “según su naturaleza, ha de ser rigurosamente determinante (precisa), no necesita —como tampoco la matemática pura— un reglamento universal

44 Montesquieu, *Del espíritu de las Leyes* (1735), trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 112

45 I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, cit., 388 *in fine*, pág. 241.

46 Ibid. 395, pág. 247.

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

(método) de cómo se debe proceder al juzgar, sino que lo verifica en la acción”⁴⁸. Kant excluye la discreción del jurista en el razonamiento jurídico a partir de una teoría hiperracionalista de la interpretación y la argumentación jurídica.

La codificación, en la medida en que concibe los nuevos cuerpos legales como la nueva *ratio scripta*, da continuidad a esta situación: la razón en sentido fuerte se identifica ahora con el ordenamiento jurídico, y queda respaldada además por la autoridad⁴⁹. Después de la Revolución francesa, la seguridad, un valor de la burguesía emergente, se instala en el trono que hasta entonces la justicia (determinada por la razón) había ocupado en el dominio de la creación del Derecho. En la Europa continental esta concepción del Derecho favorecedora del formalismo jurídico parece haber sido fuertemente interiorizada por los juristas, quienes no en vano se forman como juristas a través del estudio de los códigos descendientes del francés de 1804. A un código omnicompreensivo le corresponde una aplicación hiperracionalista que niega la discreción judicial, porque no es necesaria.

4.3.2 Modelo fuerte-débil

Según este modelo, la razón se presenta fuerte en el Derecho (por tanto en la premisa normativa principal del razonamiento jurídico) y débil en el desarrollo de las conclusiones de los procesos argumentativos. Es posible acceder mediante la razón en sentido fuerte a ciertos principios autoevidentes, pero su ulterior aplicación reclama una razón prudencial que conduzca a resultados plausibles, aceptables. Pattaro⁵⁰ incluye bajo este modelo a Tomás de Aquino. El Derecho natural, aquella parte de la Ley eterna, que nos es dada a conocer a los hombres, puede ser conocida por la razón humana, que es auxiliada por la revelación y por la intuición (“sindéresis”). La tarea jurídica significa en la teoría de Tomás de Aquino un proceso de determinación. Como señala Ollero, “la analogía permite establecer una relación de semejanza entre dos realidades en principio heterogéneas (principio legal y caso concreto) pero siempre mediante un *tertium comparationis*”⁵¹. Este último elemento requiere la participación prudencial del aplicador, nexo calculativo entre lo dado por la razón (unos principios éticos naturales) y lo que ha de resolverse prácticamente.

4.3.3 Modelo débil-débil

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

48 Ibid., 411, págs. 269-270.

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

50 Ibid., pag. 118.

51 A. Ollero, *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, pág. 51.



Pattaro⁵² se refiere en este contexto a la nueva retórica de Perelman y a la tónica de Viehweg, aunque también nos brindan ejemplos relevantes teorías como la de Reale o la “lógica de lo razonable” de Recaséns Siches⁵³. Este “logos de lo humano” o “de lo razonable”, “una lógica material frente a la formal tradicional, frente a la lógica de lo racional”⁵⁴. Como se ve, en la oscilación entre tradición analítica y hermenéutica estos autores refuerzan esta segunda dimensión.

4.3.4 Modelo débil-fuerte

Desde esta perspectiva se considera que el Derecho se rige por una razón prudencial, en tanto que su aplicación es susceptible de un análisis racional en sentido fuerte. Es decir, los principios de los que se parte en el razonamiento jurídico (las normas jurídicas) son contingentes, pero una vez admitidos, el desarrollo deductivo subsiguiente convierte en necesaria la conclusión, al menos mientras que dichos principios permanezcan inalterados, aceptados. En opinión de Pattaro, autores como Aulis Aarnio, Robert Alexy y Aleksander Peczenik representan típicos exponentes de este paradigma⁵⁵, a los que cabría añadir, por lo que se refiere al ámbito de la jurisprudencia angloamericana, la figura de D.N. MacCormick. Como luego veremos (infra tema VIII), la caracterización de Pattaro quizá exija algún matiz, pues la teoría de Alexy propone una TAJ inspirada en una racionalidad fuertemente matizada en la teoría del discurso y por otra parte parece presuponer en el Derecho una racionalidad mayor dado el carácter racionalista de su teoría antipositivista del Derecho.

En lo sucesivo, con el fin de delimitar este estudio, prescindiré de los modelos 4.2.1 y 4.2.2. La codificación relativiza la importancia de la razón en sentido fuerte que propugnó el iusnaturalismo racionalista, precisamente al positivizarla y en todo caso el papel de la racionalidad en el Derecho interesa más a la teoría del Derecho que a la teoría de la argumentación propiamente. El discurso sobre la razón queda desplazado por el de la autoridad en el ámbito de la producción normativa, como señala el propio Pattaro⁵⁶. De esta forma he restringido así el campo de estudio a los modelos 4.2.3 y 4.2.4. Las teorías adscritas a dichos esquemas se ocupan, fundamentalmente, del papel de la razón en la aplicación del Derecho, precisamente donde ambos grupos contrastan. Como se ha señalado, la razón jurídica (*legal reason*) se ha apropiado prácticamente de la totalidad de los dominios del estudio de la razón en el Derecho. Además de la pujanza de la filosofía del Derecho angloamericana (la cual, coherente con el sistema de base judicial que le sirve de marco, concede el protagonismo al momento de la aplicación judicial), cabe pensar en otras circunstancias favorecedoras de este desplaza-

52 E. Pattaro, “Models of Reason, Types of Principles and Reasoning”, cit. pág. 118.

53 L. Recaséns, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable*, Fondo de cultura económica, Universidad Nacional de México, México, 1971.

54 L. Recaséns, *Tratado General de Filosofía del Derecho* (1959), Porrúa, México, 1965, pág. 642 y 664.

55 E. Pattaro, “Models of Reason, Types of Principles and Reasoning”, cit. pág. 118.

56 *Ibid.*, cit. pág. 120

miento del centro de gravedad del debate en torno a la razón en el Derecho desde la producción del Derecho hacia su interpretación y aplicación: la asignación kelseniana de la pureza a su teoría de las fuentes y de la ideología a la teoría de la interpretación⁵⁷; la insistencia en la concepción de las normas jurídicas como el resultado de una interpretación y no como un dato preexistente a ésta por influjo del realismo y de las corrientes antilegalistas⁵⁸, etc.

El hecho fundamental consiste en el tránsito que se verifica desde el estudio de la razón en el ámbito de la legislación hacia el de la interpretación del Derecho. Conferir racionalidad (en sentido fuerte o débil) a la aplicación del Derecho y preservarla de la arbitrariedad constituye el objetivo del método jurídico⁵⁹. No es de extrañar entonces que, si la metodología jurídica estudia los métodos para afianzar la razón en el Derecho y si el campo de estudio de la razón en el Derecho viene a coincidir actualmente con el de la razón jurídica (ese razonamiento específico del Derecho que se desarrolla básicamente, como hemos visto, en el momento de la aplicación del Derecho, de la justificación o argumentación de las decisiones jurídicas), entonces se produzca una asimilación de “metodología jurídica” a “teoría de la argumentación jurídica”. Por todo ello, como se ha señalado insistentemente, acudir al término “metodología jurídica” o, por el contrario, al de “teoría de la argumentación jurídica” se ha llegado a considerar una cuestión de moda⁶⁰: se trataría, en definitiva, de dos denominaciones para la misma realidad.

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

5. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURIDICA A PARTIR DE LOS AÑOS CINCUENTA.

Durante mucho tiempo, numerosos autores adscritos al formalismo jurídico, en general a lo que Bobbio denominaría “positivismo teórico”, se mostraron favorables a la

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

58 Vid. una concisa caracterización del contraste entre el positivismo y las corrientes antilegalistas en J.A. García Amado, “Tópica, Derecho y método jurídico”, en *Doxa*, nº 4 (1987), pág. 178.

59 “En cuanto a la finalidad del método jurídico, parece existir un acuerdo generalizado en las doctrinas modernas que consiste en eliminar la arbitrariedad de la práctica jurídica y conseguir el mayor grado posible de racionalidad de la misma” (J.A. García Amado, “Tópica, Derecho y método jurídico”, cit., pág. 176).

60 Así lo pone de relieve W. Krawietz (“Derecho y racionalidad en la moderna teoría del Derecho”, en E. Garzón Valdés (comp.), *Derecho y filosofía*, trad. de Carlos de Santiago, Barcelona-Caracas, 1988, págs. 153-173; en el mismo sentido, J.A. García Amado, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1986), Madrid, págs. 151-182.



concepción lógico-deductiva del razonamiento jurídico. Probablemente una de las expresiones más célebres y rotundas de esta forma de contemplar el razonamiento jurídico se deba a Cessare Beccaria, quien en su obra *De los delitos y las penas* afirma:

“En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena (...) No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley”⁶¹.

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

(x) Fx Æ OGx

Fa

OGa

Donde leeríamos:

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

Como veremos, esta visión de la aplicación del Derecho resulta muy estrecha, porque nos encontramos con deficiencias de diverso orden, que abordará Marina Gascón en el próximo capítulo y que convierten en insuficiente la concepción de la aplicación del Derecho que nos propone Beccaria. La teoría de la argumentación de los años cincuenta nos ofrece sobre todo un planteamiento antiformalista de la argumentación jurídica probablemente como reacción frente a algunas corrientes formalistas que comienzan a tomar cuerpo en esa época confirmando un planteamiento logicista como el recién expuesto. Se rescatan de la Antigüedad clásica disciplinas como la retórica, la tópica o la dialéctica a la hora de teorizar sobre la argumentación jurídica. En esta línea se inscriben las teorías de autores como Theodor Viehweg que revitaliza la tópica, Chaim Perelman, quien con Olbrechts-Tyteca rehabilita la retórica para el Derecho, o, ya en el ámbito iberoamericano, Luis Recaséns Siches, quien rechaza la aplicación de la lógica al Derecho fuertemente influido por las teorías del realismo norteamericano. Comencemos por este último autor.

61 C. Beccaria, *De los delitos y las penas*, edic. de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1974, cap. IV, pág. 76.

5.1. La teoría del “logos de lo razonable” de Luis Recaséns Siches

“Todas las definiciones de la razón que hacían consistir lo esencial de ésta en ciertos modos particulares de operar con el intelecto, además de ser estrechas, la han esterilizado, amputándole y embotando su dimensión decisiva. Para mí es razón, en el verdadero y riguroso sentido, toda acción intelectual que nos pone en contacto con la realidad, por medio de la cual topamos con lo trascendente. Lo demás no es sino... puro intelecto, mero juego casero y sin consecuencias, que primero divierte al hombre, luego lo estraga y, por fin, le desespera y le hace despreciarse a sí mismo”. José Ortega y Gasset⁶²

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

“El campo del logos es muchísimo más extenso que el área de la lógica pura tradicional. Comprende otras regiones, como, por ejemplo, la de la razón histórica apuntada por Dilthey, la de la razón vital e histórica mostrada por Ortega y Gasset, la de la experiencia práctica desenvuelta por Dewey, la lógica de lo humano o de lo razonable a cuya explotación estoy yo dedicado”⁶³.

Recaséns insiste con frecuencia en la unicidad de la experiencia jurídica, en la necesidad de analizar el Derecho aquí y ahora, *hic et nunc*. Cada caso es diverso y por ello el Derecho es esquivo a las generalizaciones, las sistematizaciones y los métodos de la ciencia. Recaséns afirma que hasta el momento de su aplicación, “las leyes son siempre una obra inconclusa”⁶⁴ y en este sentido se muestra favorable a postulados del realismo norteamericano. De hecho, Recaséns se

62 Cito según Luis Recaséns en su *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., pág. 645.

63 *Ibid.*, pág. 642.

64 *Ibid.*, cit., pág. 628.



expresa en términos muy laudatorios en relación con este movimiento y se refiere con insistencia a esa vertiente real del Derecho vivo, la que se nos descubre cuando el Derecho abandona su abstracción. Mostrando una clara adhesión, nuestro autor recoge la siguiente cita, donde un civilista español, Javier Dualde, afirmaba: “una abstracción es lo opuesto a una concreción. Como lo concreto es lo real, lo abstracto es lo irreal”⁶⁵. Por esta razón Recaséns censura “la exaltación de la matemática como tipo ejemplar de conocimiento”⁶⁶, fruto de un “prejuicio racionalista en favor de lo general”⁶⁷, de un “fetichismo de lo general”⁶⁸ o “de un espíritu de veneración a lo universal y de desdén hacia las singularidades de lo particular, que, nacido en Grecia, revivió impetuosamente en la cultura moderna y se proyectó sobre todos los sectores de ella, incluso en el campo de la interpretación del Derecho positivo”⁶⁹.

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

5.2 La tópic de Theodor Viehweg

Cuando tenemos que defender una posición mediante argumentos, es posible ahorrarse mucho trabajo invocando normas aceptadas *ex ante* por nuestro interlocutor o que son comúnmente aceptadas. De este modo, los lugares comunes, los tópicos, las opiniones asumidas generalizadamente nos pueden ahorrar un considerable esfuerzo fundamentador. En el mundo del Derecho, Theodor Viehweg confirió gran importancia a esta forma de argumentar⁷⁰.

Theodor Viehweg escribió una habilitación para la cátedra hacia 1953 que habría de gozar de gran éxito posterior. La obra se tituló *Topik und Jurisprudenz* y pretendió ser un contrapunto a las corrientes sistematizadoras del Derecho que por esos años intentaban desarrollar una lógica de las normas, una lógica deóntica, y más precisamente, una lógica jurídica. Manuel Atienza ha destacado los siguientes condicionantes para la

65 Javier Dualde (Una Revolución en la Lógica del Derecho (Concepto de la interpretación del Derecho Privado -1933-), citado por Recaséns, *ibid.*, pág. 638

66 L. Recaséns, *Antología 1922-1974*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1976, pág. 199.

67 *Ibid.*

68 *Ibid.*, pág. 205.

69 L. Recaséns, “Interpretación jurídica por medio del ‘logos de lo humano’ o de ‘lo razonable’”, en *Antología 1922-1974*, cit., págs. 201 y 190-219.

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

rehabilitación de la tópica de la mano de Viehweg: (1) el renacimiento de la tópica con carácter previo en otras disciplinas ajenas al Derecho; (2) la aparición de la lógica deóntica y la lógica jurídica con los escritos de von Wright y Klug, frente a los que la tópica representa una reacción y (3), finalmente, la aparición de otros trabajos también referidos a la argumentación jurídica en términos semejantes a los del propio Viehweg.

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

Por ejemplo, la teoría del Derecho de los argentinos Alchourrón y Bulygin⁷¹ ha concebido el ordenamiento jurídico como un sistema axiomático, siguiendo el modelo de Hilbert. Según los profesores bonaerenses, el Derecho puede ser reconstruido como un conjunto de enunciados jurídicos formulados singularmente por el Legislador que funcionan como axiomas, la base axiomática del sistema, y un conjunto de enunciados derivados lógicamente que cumplen la función de teoremas del sistema, consecuencias lógicas de los axiomas. Kelsen denominaba sistemas estáticos a los sistemas normativos que funcionan exclusivamente de este modo. Siguiendo libremente un ejemplo del propio Kelsen, imaginemos que una tribu tiene un único código de conducta escrito desde tiempos inmemoriales sobre un papiro y en el que figuran una norma y dos definiciones extensionales, de modo que el sistema normativo de nuestra tribu (SnT) está formado por la norma N1 y las definiciones Def. 1 y Def. 2:

N1: "Debes amar a tu prójimo"

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

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

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

N2: "Debes ayudar a tu familia"

N3: "Debes ayudar a tu vecino"

N4: "No debes agredir a tu familia"

N5: "No debes agredir a tu vecino"

71 C.E.Alchourrón y E.Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971), Astrea, Buenos Aires, 1987.



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

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

Theodor Viehweg vio con claridad que ante el Derecho (como ante cualquier estilo de pensamiento) eran posibles por tanto dos caminos a seguir: transformar ese estilo en un método deductivo (sistematizarlo, como seguramente propondrían Alchourrón y Bulygin) o bien conservar el estilo dado históricamente y hacer de él el objeto de una ciencia, alternativa esta última, por la que se inclina decididamente. Parece vislumbrarse en este proceder una importante vertiente historicista que encuentra en el providencial transcurso de la historia y de sus resultados un referente objetivo. En su obra Viehweg se refiere al estilo de los jurisconsultos romanos, desprovisto de sistematicidad, como el más adecuado a la naturaleza del Derecho. La jurisprudencia debe regirse por un pensamiento problemático y la tónica, en cuanto que representa “la técnica del pensamiento problemático”, vendría a ser el instrumento más adecuado para su desenvolvimiento. Como dice Perelman, “Los lugares comunes juegan en la argumentación un papel análogo al de los axiomas en un sistema formal. Pueden servir de punto de partida porque se considera que son comunes a todas las mentes. Difieren de los axiomas porque la adhesión que se les concede no está fundada sobre su

evidencia sino, al contrario, sobre su ambigüedad y sobre la posibilidad de interpretarlos y de aplicarlos de maneras diferentes”.

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

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

En franca oposición a tal procedimiento, en el aporético no existe un *primum verum* al que se incorpore únicamente la pasividad del sujeto. Aquí el *verum* deja paso a los *verosimilia*. La argumentación, podría decirse, aparece como una distensión, un *continuum* en el que la intervención del sujeto constituye una actividad inventiva permanente *per modum determinationis*: “la tópica no se entiende si no se admite (...) que continuamente se está decidiendo” nos dice el propio Viehweg. El sujeto se hace presente a lo largo de todo el razonamiento mediante la ponderación de los *topoi* (*ars inveniendi*). Estos tópicos de primer grado constituyen de este modo puntos de vista directivos que, una vez consolidados, se integran en repertorios de puntos de vista (“tópica de segundo grado”). Los tópicos aparecen así como los *loci communes*, los lugares comunes de cada rama del saber, que auxilian una actividad decisoria esencialmente subjetiva⁷².

Por todo ello, la tópica de Viehweg ha provocado grandes críticas. La vaguedad y, en expresión de García Amado, la “pluriformidad o indefinición metodológica”⁷³ de la propuesta de Viehweg (aspectos en los que éste cifraba precisamente su mayor valor pragmático y en los que probablemente radique el origen de su éxito) han estimulado las críticas más incisivas. Por ejemplo, como ha señalado Luis Prieto Sanchis: “(a)quí el Derecho ni siquiera sería una predicción acerca de cómo se comportarán los tribunales; sería casi una adivinanza”⁷⁴ y Robert Alexy nos recuerda que, por más que se haya intentado perfilar los *topoi*, “con un enunciado como “lo insoportable no es de Derecho” no puede hacerse nada”⁷⁵. También se han formulado observaciones a las consecuencias ideológicamente conservadoras que comporta su teoría (que privilegia los tópicos socialmente aceptados y consolidados frente a las posibles posiciones críticas) y a la exagerada o al menos conflictiva contraposición de la tópica al sistema. Hoy en día hay

72 Vid. una concisa traslación de la tópica a la interpretación constitucional en El Salvador en J.A. Durán Ramírez, “Interpretación constitucional”, cap. 8 de AA.VV., Teoría de la constitución salvadoreña, San Salvador, 2000, págs. 418 ss.

73 J.A. García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 103.

74 L. Prieto Sanchis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 63.

75 R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, C.E.C., Madrid, pág. 42.



quien ha llegado a afirmar que la tópica está muerta⁷⁶, pero incluso aceptando esta conclusión tan rotunda parece innegable el gran valor anticipatorio de la teoría de Viehweg al potenciar la perspectiva argumentativa desde una posición que se esfuerza en compatibilizar la práctica con la razón y la justicia. Por todo ello ha podido afirmar Manuel Atienza: “(e)l mérito fundamental de Viehweg no es el de haber construido una teoría, sino el de haber descubierto un campo para la investigación”⁷⁷.

5.3 La nueva retórica de Chaïm Perelman

*“Cantan los pájaros, cantan
sin saber lo que cantan:
todo su entendimiento es su garganta.”*
Octavio Paz⁷⁸

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

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

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

76 Weinberger, O., “Überzeugen als Aufgabe”, en *ARSP*, vol. 81 (1995), cuaderno 3, págs. 305-320, aquí pág. 308.

77 M. Atienza, *Las razones del Derecho*, cit., pág. 63.

78 O. Paz, “Retórica”, en *Libertad bajo palabra*, Cátedra, Madrid, 1990, pág. 113.

Antigüedad clásica. Entre quienes han sostenido una concepción retórica de la argumentación jurídica destaca la figura del Perelman.

Chaïm Perelman (1912-1984), de origen polaco, creció y se formó en Bélgica. Perelman pretendió construir una lógica específica de los valores. En un principio quiso incorporar las ideas de Frege al razonamiento de disciplinas como el Derecho, la estética, la moral o la política. Una y otra vez se encontró con la aparición de valores en tales razonamientos que imposibilitaban su proyecto. Su investigación, desarrollada junto a Lucie Olbrechts-Tyteca y recogida en su *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, sobre textos de filosofía, estética, moral y política, no condujo a innovación alguna, sino más bien a todo lo contrario, precisamente a la rehabilitación de una disciplina de la Antigüedad, la retórica, un curioso “descubrimiento”, una “conclusión inesperada” según confiesa nuestro autor⁷⁹.

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

Perelman define la nueva retórica como “el estudio de las técnicas discursivas que tratan de provocar o de acrecentar la adhesión a tesis presentadas a un determinado auditorio”⁸⁰. La argumentación excluye, en consecuencia la *violencia*, porque tal adhesión se consigue mediante el lenguaje y no mediante la fuerza física, pero también excluye la *objetividad*, porque la persuasión del auditorio no garantiza en todo caso la verdad o la corrección del discurso.

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

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

80 Ch. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., pág. 151.



La idea de auditorio universal no es clara. Manuel Atienza⁸¹ lo caracteriza en los siguientes términos:

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

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

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

Autores diversos han sugerido que el concepto de auditorio universal adolece de una cierta ambigüedad que refleja las dificultades que presenta encontrar un equilibrio entre el postulado de la racionalidad y el relativismo social e histórico⁸². Robert Alexy⁸³ lo interpreta como un trasunto de la comunidad ideal de diálogo habermasiana. Llegados a este punto, la argumentación jurídica poco a poco ha dejado de ser un mero ejercicio de retórica, porque en última instancia persigue un grado de objetividad que excede con mucho la mera voluntad de captar circunstancialmente la adhesión de un auditorio para pasar a presentar una pretensión de fundamentación objetiva. Esta cuestión se tratará en el tema VIII.

Las críticas a los planteamientos de Perelman han sido también relevantes y se volverá sobre ellas más adelante (infra III.4). Atienza⁸⁴ ha formulado las siguientes: Perelman contrapone de forma excesiva lógica formal y lógica material. La insuficiencia del razonamiento lógico-deductivo no significa su invalidez absoluta. Por otro lado, algunas de las categorías centrales de la teoría de Perelman resultan ambiguas, singularmente la noción de auditorio universal, e ideológicamente la teoría de Perelman

81 M. Atienza, *Las razones del Derecho*, cit., pág. 70.

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

83 Vid. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pág. 170.

84 M. Atienza, *Las razones del Derecho*, cit., págs. 86-101.



resulta tendencialmente conservadora y esto le permite concluir a Atienza que “Pereleman suministra a los juristas, ante todo, buenas razones para seguir haciendo lo que hacen”⁸⁵. Un ejemplo de ello lo hallaríamos en lo que este autor denomina el “principio de inercia”, según el cual todo argumento nuevo que quiera ser introducido frente a los vigentes tiene la carga de la argumentación.

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