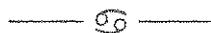


Capítulo IV

LA MOTIVACIÓN. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

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



1. LA INTERPRETACIÓN: RECAPITULACIÓN Y "SALTOS"

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

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

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

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

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

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

r : "prohibida la entrada de perros"

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

r' : "prohibida la entrada de perros y sólo de perros"

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

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

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

$$I^w_r = r''$$

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. ALGUNAS CATEGORÍAS CENTRALES DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. Texto legal citado por EVANGELISTA, S., voz “motivazione della sentenza civile”, en *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXVII, Giuffrè, Varese, 1977, pp. 154-181, aquí p. 154, nota 1, subrayado mío.

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

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

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

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

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

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

10. Vid. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho* (1961), trad., de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, cap. vii.

11. LLEWELLYN, K., "Una teoría del Derecho realista: el siguiente paso", trad. de Pompeu Casanovas, en CASANOVAS, P. y J.J. MORESO (comps.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 244-293, aquí p. 267.

12. HOLMES, OW., *The Common Law*, Boston, 1881, p. 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Concepto y clases de justificación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.1. *Justificación interna y justificación externa*

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

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

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

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

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

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

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

33. "Una transformación, un "salto" se produce si y sólo si se cumplen las siguientes condiciones: (1) p se presenta como una razón para q, y (2) p no implica deductivamente q (AARNIO, A., ALEXI, R., PECZENIK, A., "The Foundations of Legal Reasoning", en *Rechtstheorie*, 12 (1981), pp. 133-158 (primera parte), aquí p. 137. Debe señalarse, con NEUMANN, que el término "transformación" es engañoso porque p no se transforma en q, sino que p es un fundamento de q (NEUMANN, U., *Juristische Argumentationslehre*, cit., p. 98).

34. ALEXI, R., "Juristische Interpretation", en *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien für Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt del Meno, 1995, pp. 71-92, aquí p. 82. En el mismo sentido, ALEXI, R., "Die logische Analyse juristischer Entscheidungen", en *ARSP*, cuaderno 14 (1980), pp. 181-212, aquí p. 185. Este artículo aparece publicado en ALEXI, R., *Recht, Moral, Diskurs*, cit., pp. 13-51.

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

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

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

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

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

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

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

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

VELECKY, L.C.³⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cabría representar de la siguiente manera el razonamiento:

- a') $(x) Fx \longrightarrow PhGx$
 a) $(x) Mx \longrightarrow Fx$
 c) $(x) Sx \longrightarrow Mx$
 a) $(x) Sa$
 PhGa

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

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

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

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

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

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

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

3. EL PAPEL DE LAS PREMISAS FÁCTICAS. REMISIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. LA TAJ ESTÁNDAR

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

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

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

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

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

5.1. Justificación interna o de primer orden

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

5.1.1. Problemas de relevancia

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

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

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

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

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

5.1.2. Problemas de interpretación

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

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

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

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

5.1.3. El problema de la prueba

El problema de la prueba de los hechos es ilustrado por MACCORMICK a través del caso *Voisin*⁷⁰. Probar algo significa desarrollar un *test* de coherencia narrativa entre un enunciado del pasado como "se cometió el acto x" y una serie de enunciados sobre el presente que son congruentes con el primer enunciado. Por ejemplo, dadas las siguientes premisas:

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

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

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

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

5.1.4. Problemas de hecho secundarios o problemas de calificación

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

71. *Ibíd.*, pp. 93 y ss.

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

6. ALGUNAS PISTAS MUY GENERALES PARA UNA JUSTIFICACIÓN EXTERNA

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

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

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

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

6.1. Consistencia y coherencia

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

72. *Ibíd.*, cap. V.

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

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

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

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

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

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

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

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

6.2. Universalizabilidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.3. Consecuencialismo

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

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

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

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

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

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