

TRES ÁMBITOS DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL*

Isabel Lifante Vidal**

Sumario: 1. El Derecho como argumentación. 2. La determinación del Derecho (la actividad interpretativa). 3. La determinación de los hechos. 4. La determinación de las medidas a adoptar. 5. A modo de conclusión.

Resumen:

Partiendo del enfoque del Derecho como argumentación propuesto por Manuel Atienza, el trabajo analiza los ámbitos fundamentales de la argumentación judicial: la determinación del Derecho aplicable (la actividad interpretativa en sentido amplio), la determinación de las premisas fácticas (tanto los hechos pasados, como las previsiones de hechos futuros) y la determinación de las medidas a adoptar en ejercicio de los poderes discrecionales conferidos al juez.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Argumentación y constitucionalismo» (DER2010-21032), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español. Más allá de su integración formal en dicho proyecto, el trabajo puede considerarse resultado de una investigación colectiva, en la que están muy presentes las ideas del resto de miembros del grupo de investigación. En particular el lector podrá reconocer fácilmente las aportaciones de Manuel Atienza, Josep Aguiló Regla y Daniel González Lagier.

**Profesora titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, España.

1. El Derecho como argumentación

En una reciente conferencia, Tomás-Ramón Fernández (2011) afirmaba que el quehacer de los juristas consiste fundamentalmente en «dar y exigir razones». Esta idea coincide con el proyecto que desde hace ya varios años está desarrollando Manuel Atienza de ver al «Derecho como argumentación». Uno de los presupuestos de los que Atienza parte —y con el que coincido plenamente— es la necesidad de adoptar una cierta actitud «pragmatista»¹ respecto a qué tipo de teoría del Derecho merece la pena elaborar. Se trata de partir de la primacía de la práctica, y considerar que la teoría ha de estar enfocada a entender y mejorar nuestras prácticas jurídicas —y con ello también nuestras prácticas sociales—, aunque este objetivo pueda lograrse sólo a largo plazo y a través de muchas mediaciones. Una de las consecuencias que se extraen de esa exigencia es que la teoría o filosofía del Derecho no debe tener como únicos —ni siquiera como fundamentales— interlocutores a otros filósofos del Derecho, sino que debe estar abierta a la discusión con otros juristas tanto teóricos como prácticos.

La idea central del proyecto de Atienza consiste en sostener que, junto a las tres perspectivas clásicas de estudio del Derecho (la estructural, la funcional y la valorativa), es necesario incorporar una «nueva» perspectiva: la argumentativa. En cada uno de los distintos ámbitos jurídicos (legislativo, judicial, administrativo, doctrinal, etc.) el Derecho puede verse como un entramado muy complejo de decisiones vinculadas —directa o indirectamente— con la resolución de ciertos problemas prácticos, pero, y esto es lo que destaca este enfoque, estas decisiones han de venir acompañadas por argumentos o razones en su favor (o en contra de decisiones alternativas). Desde esta perspectiva el Derecho es visto, por tanto, como una compleja institución volcada hacia la resolución

¹ Atienza usa el término *pragmatismo* en un sentido algo distinto al más extendido. Para este autor presupone una idea fuerte de razón práctica, no circunscrita a la mera adecuación entre medios y fines. Este sentido del pragmatismo ha sido también recientemente reivindicado por Dworkin (2011).

(o el tratamiento) de conflictos a través de decisiones avaladas por medios argumentativos. Se trata de adoptar un enfoque dinámico, instrumental y comprometido en el análisis del Derecho, que cobra especial relevancia en el marco de una sociedad democrática que incide en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones de los distintos ámbitos jurídicos, y donde se asume la existencia de criterios objetivos (como podrían ser el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones (aunque ello no implique necesariamente la aceptación de la tesis de que existe siempre una respuesta correcta para cada caso) y que llevan a considerar que el razonamiento jurídico no pueda configurarse como un razonamiento «insular»: la argumentación jurídica tiene, necesariamente, un componente moral y político, aunque ello no tiene por qué implicar desconocer sus peculiaridades (en especial, la relevancia de los elementos autoritativos), ni la confusión entre el Derecho, la moral y la política.

Pues bien, en lo que sigue pretendo presentar algunas reflexiones sobre el quehacer de los jueces en el marco de nuestros sistemas jurídicos constitucionales. Como hemos visto, la tarea de los jueces —como la de cualquier otro jurista— es fundamentalmente argumentar: «dar y exigir razones». Por supuesto, la función que desempeñan los jueces en el conjunto del Derecho condiciona las peculiaridades de la argumentación respecto a las actividades argumentativas desempeñadas desde otras instancias jurídicas. Presentaré primero una caracterización muy abstracta sobre en qué consiste la argumentación en general, para después analizar la argumentación judicial en particular. Siguiendo a Atienza (2012), cualquier argumentación puede caracterizarse a partir de los siguientes cuatro elementos: 1) Argumentar es una acción relativa a un lenguaje; es un uso del lenguaje que se caracteriza por la necesidad de dar razones. 2) Una argumentación presupone siempre un problema (de índole muy variada: empírico, conceptual, interpretativo...), cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema de que se trata. 3) La argumentación supone tanto un proceso, una actividad, así como

el producto de esa actividad. Como actividad, la argumentación es todo lo que tiene lugar entre el planteamiento del problema y la solución del mismo. Como resultado, en una argumentación pueden distinguirse entre las premisas, la conclusión y la inferencia. 4) Argumentar es una actividad racional en el doble sentido, ya que es una actividad orientada a un fin, en el cual hay criterios para evaluar una argumentación, por lo que siempre tendría sentido preguntarse si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, etc.

Ahora se trata de analizar las peculiaridades que presenta la argumentación que han de desarrollar los jueces en el desempeño de las funciones que se les encomiendan. En este sentido, al observar el Derecho desde su dimensión dinámica, es usual distinguir —simplificando un tanto las cosas— dos grandes momentos: el de creación de normas generales o legislación, y el de aplicación de normas o jurisdicción. A estos dos momentos suelen atribuírseles funciones centralmente distintas en el seno del ordenamiento jurídico; por ello, encontramos también diferencias en la actividad argumentativa a desarrollar desde estas instancias.² La función central de la legislación es crear normas generales que pretenden orientar la conducta futura de los ciudadanos, su función es en ese sentido «innovadora», pues es la encargada de cambiar el sistema; la argumentación que para ello se exige está orientada fundamentalmente hacia el futuro (hacia las consecuencias previsibles que tendrán las normas adoptadas, y que serán evaluadas en función de las expectativas de garantía y logro de los valores y fines incorporados en la Constitución). En el caso de la jurisdicción, sin embargo, se trata de hacer efectivo el contenido del Derecho (integrado fundamentalmente por esas normas generales) para resolver los conflictos que puedan surgir. La argumentación está aquí orientada centralmente, aunque veremos que no sólo, hacia el pasado (hacia el Derecho preexistente); en ese sentido, su función sería conservadora en vez de innovadora. Esto implica que

² Sigo aquí muy de cerca la presentación realizada por Aguiló (2000, pp. 121 y ss.).

las autoridades jurisdiccionales tienen, a diferencia de las autoridades políticas, un deber de independencia. Ello se traduce en que las únicas razones que pueden invocar para justificar sus decisiones tienen que venir suministradas por el propio Derecho; no pueden actuar en representación de intereses sociales extraños al Derecho. De este modo, podemos considerar que los deberes relativos al ejercicio de los poderes de las autoridades jurisdiccionales tratan de **predeterminar en positivo el contenido de sus resoluciones**. Pero, y esto es importante destacarlo porque aquí reside la complejidad de su tarea, los jueces están obligados a presentar —a justificar— estas resoluciones como las respuestas dadas por todo el Derecho (no de una u otra norma particular proveniente de una u otra autoridad política): el juez es el encargado de hacer hablar al Derecho con una sola voz.

A partir de aquí, el esquema del razonamiento judicial aplicativo (el «resultado» de la actividad argumentativa judicial) suele representarse a partir del clásico esquema del silogismo subsuntivo (Premisa normativa/ Premisa fáctica/ Conclusión). De este modo, es usual distinguir dos grandes ámbitos de argumentación judicial: el que nos lleva a determinar la premisa normativa, lo que podemos considerar —en un sentido muy amplio— la actividad interpretativa del Derecho (el «método jurídico») y el que nos lleva a determinar la premisa fáctica, la argumentación en materia de hechos. Pero aún podemos encontrar otro ámbito de argumentación judicial con una gran relevancia práctica, sin embargo, ha sido un tanto desatendido desde la teoría: la determinación de las medidas a adoptar en el ejercicio de los poderes discrecionales conferidos al juez. Acabamos de decir que los deberes relativos al ejercicio de los poderes jurisdiccionales tratan de determinar en positivo el contenido de sus resoluciones, de modo que el juez tiene que **interpretar el Derecho preexistente para determinar la solución jurídica para el caso que se le presenta** (aunque en esa búsqueda —como veremos— tenga que llevar a cabo tareas reconstructivas de los materiales jurídicos preexistentes, ponderaciones de principios en juego, etc.). Pero no siempre el Derecho predetermina el contenido de la decisión a adoptar por el juez y, por tanto,

no siempre basta con una actividad interpretativa para justificar la solución a un determinado conflicto. No me refiero a los casos marginales en los que falla la pretensión del Derecho de determinar la solución para un caso (los casos en que se discute cuál es la mejor interpretación/reconstrucción del Derecho aplicable, y a los que los juristas a veces nos referimos con la expresión «discrecionalidad judicial»),³ sino a aquellos casos —muchos más de los que los teóricos solemos pensar— en los que el Derecho concede claramente a los jueces un poder discrecional para la adopción de medidas con el fin de promover activamente ciertos fines o valores (interés del menor, preservación de la integridad de la tutela judicial, conservación del patrimonio el ausente, etc.), de manera que son ellos los responsables de determinar qué medida debe adoptarse, atendiendo a las evaluaciones que ellos mismos realicen a la luz de las circunstancias de los casos concretos. En estos casos —como veremos— la resolución judicial habrá de justificarse a través de un razonamiento finalista (no basta con el subsuntivo); se trata de un razonamiento enfocado no hacia el pasado (como en el caso de la interpretación), sino fundamentalmente hacia el futuro, hacia las consecuencias previsibles de las medidas a adoptar.

Analizar cada uno de esos tres grandes ámbitos de actividad judicial (la determinación del Derecho, la determinación de los hechos y la determinación de las medidas a adoptar en ejercicio de los poderes discrecionales) requeriría prestar atención a un sinfín de cuestiones y elaborar algo así como una teoría general de la función judicial. No es ese —ni mucho menos— mi objetivo, pero sí pretendo trazar algunas pinceladas sobre las peculiaridades de cada una de estas actividades desde el enfoque argumentativo del Derecho aquí presentado.

³ En un trabajo anterior (Lifante Vidal, 2002) me ocupé de distinguir dos conceptos de «discrecionalidad» que podemos encontrar en la literatura jurídica.

2. La determinación del Derecho (la actividad interpretativa)

En el ámbito jurídico solemos hablar de interpretación en dos sentidos distintos. El primero, el que encontramos implícito en el uso de la expresión «interpretación de la ley» (o *interpretatio legis*), sería un concepto estricto de interpretación jurídica, según el cual interpretar supone aclarar el significado de una expresión contenida en una disposición jurídica. El segundo sentido, para el que utilizaré la expresión «interpretación del Derecho» (o *interpretatio iuris*), haría referencia a una operación más amplia que la mera precisión del significado de una expresión; se trataría de encontrar la regulación jurídica (una respuesta desde el Derecho) para un determinado comportamiento o conflicto que se intenta resolver. Aquí nos encontramos con una actividad más compleja que la mera atribución de significado a un (o unos) documento(s) de las leyes; se incluyen además las actividades de individualización de un segmento del discurso legislativo, la atribución a este segmento de significado, la resolución de antinomias, la integración de la ley, etc. Las actividades implicadas por ambos sentidos de interpretación están conectadas entre sí:⁴ el sentido amplio de la interpretación (la interpretación del Derecho) implicará siempre llevar a cabo las actividades interpretativas en el sentido más estricto (la interpretación de la ley): el punto de partida del trabajo reconstructivo del Derecho han de ser siempre las leyes, en el sentido de disposiciones jurídicas dotadas de autoridad. Pero nos encontramos también con la relación inversa. En el ámbito jurídico, la actividad de interpretar una disposición implica determinar cuál es su significado a la luz del ordenamiento jurídico; las decisiones adoptadas por cualquier instancia jurídica deben presentarse justificadas jurídicamente, lo que supone que sean acordes con «el Derecho». Para ello habrá, por tanto, que tener en cuenta ponderaciones entre principios, construcciones sistemáticas, etc., lo que implicará llevar a cabo

⁴ Sobre los distintos problemas que, desde una perspectiva conceptual, plantea el fenómeno de la interpretación jurídica me ocupé en Lifante Vidal (2010).

actividades incluidas en el segundo sentido de «interpretación». Por eso, y aun cuando consideremos (como hace Tarello, 1980) que el significado «moderno» de la expresión «interpretación jurídica» se refiere al primero de esos sentidos (el de interpretación de la ley), no podemos olvidar la estrecha vinculación entre ambos y el hecho de que la argumentación necesaria para establecer la premisa normativa que nos resuelva un caso, y que nos obliga a hacer hablar al Derecho «con una sola voz», implica necesariamente llevar a cabo también una actividad «interpretativa» en ese sentido más amplio.

Existe una cierta unanimidad a la hora de presentar el catálogo de argumentos (o elementos, o instrumentos o cánones) para interpretar las leyes; aunque a veces se aglutinan o se formulan de manera distinta, estos catálogos suelen recoger como mínimo los elementos que formulara Savigny a finales del s. XIX (gramatical, lógico, histórico y sistemático). Así lo hace, por ejemplo, nuestro Código civil en su Art. 3.1 («Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas»). Uno de los trabajos dedicados a analizar catálogos de argumentos interpretativos que merece especial atención es el realizado por el *Comparative Legal Research Group*, coordinado por MacCormick y Summers (1991), en el que se analizan los distintos tipos de argumentos interpretativos vigentes en diversos países.⁵ En primer lugar están los argumentos interpretativos «lingüísticos», que serían los que apelan al lenguaje mismo como fuente de razones para favorecer una u otra interpretación; esta categoría incorpora tanto los argumentos del significado ordinario, como los del significado técnico. En segundo lugar, nos encontramos con los argumentos «sistémicos» que serían aquellos que se orientan hacia una compren-

⁵ En este trabajo se comparan los argumentos utilizados para interpretar las leyes, pero más adelante este mismo grupo de trabajo realizó una comparación en cuanto a la interpretación de los precedentes (MacCormick y Summers, 1997). Aquí sigo la presentación que de los resultados de aquella investigación realiza MacCormick (2010).

sión aceptable de un texto jurídico visto como parte de un todo (el sistema). Esta categoría incluye, a su vez, seis subtipos de argumentos, que son los que apoyarían respectivamente a las interpretaciones que mejor armonizaran: 1) con otras interpretaciones de términos o expresiones ya usadas en otras partes del mismo texto legal, o 2) en precedentes judiciales, o 3) que armonizaran con provisiones análogas contenidas en otras leyes, o 4) con construcciones dogmáticas, o 5) con los principios generales del Derecho aplicables al caso, o 6) con el entendimiento históricamente desarrollado sobre su objeto y propósito o sobre su corrección. En tercer lugar, estarían los argumentos «teleológicos y deontológicos», que son aquellos que ofrecen las interpretaciones que mejor se acomodan al propósito o fin de la norma, o que ofrecen la mejor realización de un valor considerado fundamental por el sistema jurídico. Mientras que los argumentos teleológicos se refieren al fin o propósito que se imputa a un fragmento de legislación bajo la presunción de que ha sido promulgado por un legislador racional en un determinado contexto histórico (la idea es que debemos tratar a la legislación como una empresa teleológica donde el objetivo es independiente de los términos del texto promulgado), los argumentos deontológicos⁶ son argumentos en términos de principios de rectitud o justicia, que deben ser observados en la perspectiva del intérprete con respecto al asunto en cuestión. La intención de actuar justamente —señala MacCormick— siempre puede ser imputada al legislador considerado como ente idealmente racional, y las particulares concepciones de justicia son a menudo razonablemente imputables a legisladores reales históricamente situados. Por último, junto a estas tres grandes categorías, MacCormick señala la posibilidad de apelar a la intención del autor como material para elucidar el significado del texto autoritativo, pero advierte que esto oculta la conocida ambigüedad entre las concepciones objetivas y subjetivas de la intención: la intención puede estar ligada estrechamente a elementos lingüísticos

⁶ MacCormick se aparta aquí de la terminología usada en el trabajo comparativo de 1991, en la que se hablaba de argumentos «evaluativos», en vez de «deontológicos».

de semántica o sintaxis, a todos los elementos del contexto sistémico de un texto jurídico, o a los objetivos perseguidos o principios respaldados por el legislador, bien como un cuerpo histórico o como un legislador idealmente racional. Por ello, y dado que el recurso a la intención opera como un elemento oscilante entre las tres principales categorías de argumentos interpretativos, considera que debemos considerarlo como un argumento «transcategorico».

También Alexy analiza los argumentos interpretativos en el seno de su teoría de la argumentación jurídica. Este autor los agrupa en seis categorías dependiendo de la forma o el esquema de argumento que adopten; distingue así entre el argumento semántico, el genético, el histórico, el comparativo, el sistemático y el teleológico. Alexy señala que con excepción de la interpretación semántica, todas las demás formas de argumentos pueden utilizarse para la interpretación en una multitud de contextos jurídicos, tales como conflicto de normas, restricción del campo de aplicación de las normas y fundamentación de normas que no pueden deducirse de la ley (todas las operaciones que consideraríamos que integran la *interpretatio iuris*). Cada una de estas formas de argumentos cumple —dice Alexy— diferentes funciones, pero puede destacarse una función primordial de cada una de ellas: «Las formas de la argumentación semántica y genética se refieren a la vinculación de los órganos decisores, respectivamente, con el tenor de la ley y con la voluntad del legislador. Las formas históricas y comparativas permiten la incorporación de la experiencia del pasado y de otras sociedades. La interpretación sistemática sirve, entre otras cosas, para liberar de contradicciones al ordenamiento jurídico. Finalmente las formas teleológicas abren el campo a la argumentación práctica racional de tipo general» (Alexy, 1989, p. 237).

Ahora bien, donde no encontramos consenso es en cuestiones tales como por qué resulta justificado acudir a estos argumentos para apoyar una u otra interpretación jurídica, o a cuál de ellos debe dársele prioridad en caso de que avalen interpretaciones incompatibles, o qué ocurre cuando estas interpretaciones incompatibles vienen avaladas por argumentos de la misma categoría. Algunas teorías consideran que estas preguntas carecen de sentido. Una

teoría de la interpretación debería limitarse —dicen— a constatar la existencia de los diferentes cánones o argumentos interpretativos, y en caso de conflicto no habría más que decir. Se trataría de «teorías escépticas» de la interpretación, según las cuales la naturaleza de la actividad interpretativa sería la de un acto de mera voluntad y no existirían, por tanto, criterios de corrección que guíen la elección entre las distintas posibilidades interpretativas (aquí el juez —dirían estos autores— se encuentra con un margen de «discrecionalidad», en el sentido de que el Derecho le permite adoptar cualquiera de ellas: todas serían pues indiferentes desde el punto de vista jurídico), del mismo modo que tampoco tiene sentido preguntarse por la justificación de los distintos cánones: son los que son porque de hecho se usan (y lo serían aunque no estuvieran positivizados). En el extremo opuesto nos encontramos con las llamadas «teorías cognitivistas», las cuales consideran que la naturaleza de la actividad interpretativa es la de ser un acto de conocimiento; por tanto, existen interpretaciones verdaderas, del mismo modo que existen interpretaciones falsas. Dentro de estas teorías podemos distinguir, a su vez, entre aquellas que consideran que el criterio de verdad viene dado por el significado literal de las palabras usadas por el legislador (teorías literalistas), y aquellas que consideran que viene dado por su correspondencia con las intenciones del legislador (teorías intencionalistas). Se trata de teorías que darían una prioridad absoluta, respectivamente, a los argumentos semánticos o a los genéticos, los cuales acuden a una argumentación fundamentalmente empírica:⁷ para la teoría del significado literal, una interpretación sería correcta cuando coincidiera con el significado que de hecho se da a las palabras, mientras que para la teoría intencionalista, una interpretación sería correcta cuando coincidiera con la intención que de hecho tenía el legislador (suponiendo la existencia y posibilidad de conocimiento de dicha intención).⁸

⁷ Véase en este sentido Alexy, 1989, p. 230.

⁸ Sobre los problemas de una concepción de la interpretación en estos términos me he ocupado con detenimiento en un trabajo anterior (Lifante Vidal, 1999).

Entre esos dos extremos, representados por las teorías escépticas y las teorías cognitivistas, se suelen situar a las llamadas «teorías intermedias». La teoría de Hart, por ejemplo, pretende ubicarse precisamente a medio camino entre lo que él considera como la «pesadilla» (las teorías escépticas) y el «noble sueño» (el cognitvismo). En su opinión, «interpretar el Derecho» sería una vía intermedia entre «decir el Derecho» (cognitvismo) y «crear el Derecho» (escepticismo). Pero, ¿es posible esta vía intermedia? Algunos autores lo niegan, considerando que en realidad la propuesta de Hart no supondría una tercera opción, puesto que la misma presentaría a la actividad interpretativa en unos casos como actividad puramente cognitiva (en los casos fáciles) y en otros como actividad puramente volitiva (en los casos difíciles).⁹ Pero existe otra posible lectura de las tesis de Hart,¹⁰ para presentarla necesitamos introducir primero otra ambigüedad del término «interpretación». En ocasiones hablamos de interpretación para referirnos a una actividad de captación del significado (un pensamiento intuitivo), mientras que en otras ocasiones reservamos esta expresión para los casos de dudas, en los que interpretar requiere llevar a cabo una actividad discursiva o argumentativa. Teniendo en cuenta estos dos sentidos de interpretación, podría desvanecerse la aparente contradicción entre dos tesis que, en principio, parecen ambas aceptables: la tesis de que la interpretación es una actividad necesaria siempre (en cualquier ocasión que

⁹ Véase Guastini (2008, pp. 51 y ss.). Para este autor, dado que todos los casos son en realidad difíciles (pues la indeterminación del Derecho es omnipresente), la única respuesta plausible sería el escepticismo.

¹⁰ En realidad Hart no es muy explícito al respecto. Sostiene que «[...] los cánones de 'interpretación' no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación» (Hart, 1990, p. 158). Y admite que desarrollar en qué consiste en estos casos la labor del intérprete supondría caracterizar lo que tiene de peculiar el razonamiento jurídico. En su obra realmente no llegó a desarrollar dicha caracterización, pero sí lo hicieron otros autores a partir de sus premisas (por ejemplo, MacCormick, 1978).

nos encontremos con una situación comunicativa), y la tesis de que en los casos en los que no existen dudas no se debe interpretar (tesis muy difundida en el ámbito jurídico, y que se condensaría en el conocido aforismo *in claris non fit interpretatio*). Pues bien, aunque admitiéramos que en los casos fáciles —en los que no se plantean dudas— la interpretación es una actividad cognitiva, se trataría del concepto de interpretación como actividad de mera captación del significado de algo. Pero los que nos interesan son los casos difíciles, aquellos en los que surgen dudas y es necesario llevar a cabo una actividad interpretativa en sentido argumentativo. El resultado de esta actividad sería un enunciado interpretativo: D significa N. Se trata de la conclusión de una argumentación en la que se dan razones para preferir el significado N a otros posibles significados. Ese enunciado interpretativo vendría a ser equivalente a un enunciado del tipo D debe ser entendido como N, o es mejor entender D en el sentido N que en cualquier otro sentido, en los que encontramos necesariamente una pretensión de corrección, pero esta pretensión no tiene por qué definirse en términos de verificabilidad empírica como hemos visto que pretenden hacer las llamadas teorías cognitivistas, tanto las literalistas como —al menos aparentemente— las intencionalistas y que plantean múltiples problemas a la hora de responder a preguntas tales como por qué esos argumentos (los semánticos o los genéticos) resultan relevantes para justificar una interpretación en el ámbito jurídico. Qué ocurre cuando resultan inconcluyentes o por qué podemos considerarlos inconcluyentes.

Tanto MacCormick como Alexy (y en esto coincidirían plenamente con autores como Nino, Dworkin o Atienza) consideran que para responder a estas preguntas no tenemos más remedio que acudir a argumentos de racionalidad práctica general. Desde puntos de partida distintos, estos dos autores llegan en sus respectivas teorías de la argumentación jurídica a conclusiones bastante similares: la prioridad a los argumentos lingüísticos o semánticos, pero una prioridad podríamos decir *prima facie*, que se justifica y al mismo tiempo se puede exceptuar por razones basadas en los argumentos teleológicos y/o deontológicos que son los que nos abren el

razonamiento jurídico a la racionalidad práctica general. Alexy, por ejemplo, llega a estas conclusiones a partir de la integración del papel de los argumentos interpretativos en su teoría del discurso; en la cual se justificaría una regla de carga de la prueba en la argumentación: «Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a otros argumentos» (1989, p. 239). Pero esta regla deja abierta la cuestión de cuándo existen esos «motivos racionales» para asignar menor peso a estos argumentos, lo que hace que jueguen un papel decisivo los argumentos prácticos de tipo general. Aquí —dice Alexy— debemos acudir a las reglas generales de la ponderación,¹¹ lo que implica que deben tomarse en consideración «[...] todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación» (1989, p. 240). El significado literal, y quizás también en algunos casos la intención del legislador, juegan un papel relevante en la interpretación jurídica: son el punto de partida, y pueden ser también el de llegada, pero el proceso interpretativo implica atender a razones

¹¹ Sobre el esquema argumentativo de la ponderación, puede verse Alexy (1993). Siguiendo a este autor la ley de la ponderación, que es necesaria cuando entran en conflicto dos principios vendría a decir que «[...] cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro». El método para comparar las distintas alternativas incluye, para Alexy, la llamada «fórmula del peso» en la que entrarían en juego tres variables: el grado de afectación de los principios, el peso abstracto de los principios relevantes y la seguridad de las apreciaciones empíricas que se refieren a la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes. Así entendida, podemos considerar que la ponderación sería uno de los esquemas de argumentación que pueden utilizarse tanto para defender una interpretación de una expresión legislativa, como para llevar a cabo una actividad reconstructiva del Derecho para dar con la norma aplicable («interpretación del Derecho»), y también —como veremos más adelante— para considerar que un determinado medio para perseguir un fin es el que ha de ser considerado jurídicamente como el mejor dadas las circunstancias.

del por qué interpretar en un cierto sentido que necesariamente no pueden ser el mero dato objetivo de un significado literal o de una determinada intención.

Desde esta perspectiva, la interpretación jurídica no sería, por tanto, ni un mero acto de conocimiento (como pretenden los cognitivistas) ni tampoco un mero acto de voluntad (como afirman los escépticos), aunque puede contener algo de ambas actividades en las diversas etapas o momentos del proceso interpretativo. La actividad interpretativa sería una actividad argumentativa que se inserta en el ámbito más amplio del razonamiento práctico general y en la que, de tal forma, rigen criterios de evaluación. En este sentido, Ronald Dworkin (1986 y 2011) ha desarrollado lo que ha dado en denominarse una «teoría constructivista o dependiente de valores de la interpretación», según la cual esos criterios evaluativos nos remiten a la idea de la aceptabilidad pragmática, a la luz de los fines y valores que pretende desarrollar la práctica en cuestión. La interpretación es vista como una actividad basada en valores, cuyo objetivo es presentar el objeto interpretado bajo su mejor ángulo. Y ello, en el contexto de una práctica social como el Derecho, implica llevar a cabo un proceso reconstructivo de los materiales jurídicos en el cual se establezcan los valores y objetivos perseguidos por el Derecho —de manera que este se presente como un todo coherentemente orientado a la persecución de fines considerados valiosos— y se determine qué concreta interpretación los desarrolla en mayor medida. Señalaré brevemente los puntos que me parecen cruciales de esta concepción de la interpretación.

En primer lugar conviene señalar la idea de coherencia y unidad del Derecho. Cuando un juez se encuentra ante un caso difícil tiene que llevar a cabo una tarea reconstructiva del Derecho, en la cual la identificación de los materiales jurídicos aplicables es sólo un primer paso, a partir del cual hay que articular las diferentes teorías que pueden dar cuenta coherentemente de esos materiales. Se trata de la exigencia de considerar al Derecho como un todo unitario y no como un mero agregado de distintos materiales jurídicos, provenientes de una pluralidad de autoridades. Y para reconstruir unitariamente los materiales tenemos que acudir a

los principios que les subyacen: los fines y valores que pretenden desarrollarse y que nos permiten ver al Derecho como un todo «dotado de sentido».

En segundo lugar, esa tarea reconstructiva presenta una naturaleza valorativa y constructiva. Una vez que se dispone de las distintas teorías o interpretaciones que «encajan» con los distintos materiales (y que vendrían a coincidir con las distintas respuestas entre las que, según la tesis positivista de la discrecionalidad judicial, el juez podría libremente elegir), la tarea del juez continúa sometida a ciertas exigencias que siguen siendo consideradas jurídicas. Y así el juez debe elegir una de esas interpretaciones y debe hacerlo atendiendo precisamente a cuál de esas interpretaciones es la que presenta al Derecho bajo su mejor luz. Obviamente esto implica llevar a cabo juicios evaluativos y no meramente descriptivos. Y estos juicios son de dos tipos: «primarios» (los que determinan cuáles son los valores que nos permiten juzgar a un Derecho como bueno o malo), y «secundarios» (una vez que sabemos cuáles son los valores con los que juzgamos a los elementos del género, hay que determinar de qué modo esos valores se desarrollan al máximo de sus posibilidades, es decir, bajo qué concreta interpretación el Derecho es mejor Derecho).

Y, en tercer y último lugar, conviene destacar que desde esta perspectiva nos encontramos con que la interpretación pone de manifiesto la fusión entre la teoría y la práctica. Para llevar a cabo la tarea interpretativa del Derecho, con vistas a su aplicación a un caso difícil, es necesario llevar a cabo tareas teóricas: no es posible defender una determinada interpretación del Derecho en estos casos difíciles sin contar con una teoría que lo sustente (por ejemplo, si el problema es determinar si la difusión de una determinada noticia atenta o no contra la intimidad de una cierta persona, entonces necesitaremos una teoría acerca de en qué consiste la intimidad).

3. La determinación de los hechos

El segundo ámbito de argumentación judicial es el necesario para determinar las premisas fácticas, los hechos relevantes del caso.

Se trata fundamentalmente, aunque veremos que no sólo, de lo que suele denominarse como el razonamiento jurídico probatorio: aquel que se ocupa de cómo justificar el establecimiento de la premisa fáctica que afirma que se ha dado un caso particular del supuesto de hecho genérico contenido en la norma («Juan ha matado a Pedro», «Luisa lleva más de un año desaparecida», etc.). Pero, junto a este razonamiento probatorio, podemos encontrar también la necesidad de establecer premisas que determinen la probabilidad de que, dadas ciertas circunstancias, se produzcan ciertos hechos futuros (que alguien huya, o que oculte pruebas, o que un cierto bien se devalúe, etc.).

Durante cierto tiempo se denunció la falta de atención a la argumentación en materia de hechos por parte de los teóricos de la argumentación jurídica, pero a mediados de los años 90 la situación cambió y podríamos decir que hoy en día existe gran cantidad de trabajos teóricos de muy buen nivel.¹² Como sostiene Bayón (2008), todos ellos han contribuido a superar una nefasta concepción psicologista o persuasiva del juicio de hecho que hasta entonces habría tenido cierto éxito en nuestra cultura jurídica, y a sustituirla por una concepción «racionalista» del juicio de hecho.¹³ Para la concepción «psicologista», el principio de libre valoración de la prueba por parte del juez era entendido como ausencia de criterios de control del razonamiento del juzgador en este ámbito. Para considerar a un hecho como «probado» bastaría así la mera existencia de un estado mental de convencimiento o certeza del juzgador. A su vez, ello encontraría su apoyo en una errónea consideración de la «inmediación» como vía de acceso a la verdad, donde el convencimiento del juez era producto de una impresión global e «inmediata» y, por tanto, irremplazable. De este modo, la

¹² En el ámbito español pueden destacarse los trabajos de Perfecto Andrés Ibáñez (2005), Marina Gascón (1999), Daniel González Lagier (2005 y 2007), Jordi Ferrer (2002 y 2007) o Juan Igartua Salaverría (1995). En todos ellos, a su vez, pueden encontrarse las influencias del italiano Michele Taruffo (2002).

¹³ En la presentación general de estas dos concepciones sigo muy de cerca la exposición de Bayón (2008).

motivación del juicio de hecho acaba convirtiéndose ya no sólo en «inexigible», sino en prácticamente imposible, dificultando a su vez la revisión y el control de las declaraciones de hechos probados por parte de otras instancias judiciales. Tras estas ideas subyacían tesis epistemológicas poco refinadas. Encontramos así, en algunas ocasiones, un **cognoscitivismo ingenuo o acrítico que sostendría que los procedimientos probatorios pueden llegar a la certeza plena e incontrovertible sobre la verdad de los hechos; mientras que en otras se realiza una sorprendente escisión entre la «verdad procesal» y la «verdad material» (o verdad a secas), dando a entender incluso que el proceso no está interesado por esta última.**

Pues bien, a partir de los trabajos que antes comenté, podemos considerar que dicha concepción psicologista a propósito de las exigencias para el establecimiento de los juicios de hecho ha sido felizmente desplazada desde el punto de vista teórico por una concepción racionalista, lo que a su vez presenta importantes repercusiones de alcance práctico. Se trata de considerar —y cito a Bayón (2008)— que «[...] la libre valoración de la prueba no implica ausencia de sujeción a ‘cualquier’ clase de regla, sino sujeción ‘sólo’ a las reglas o criterios epistemológicos que determinan la racionalidad del juicio de hecho; de modo que la pertinencia de considerar un hecho como probado no se conecte sin más a la convicción del juzgador, sino a la racionalidad o justificabilidad de esa convicción a la luz de aquellos criterios; considerar a la inmediatez como un principio que preside los procedimientos de formación del material probatorio; y que, por consiguiente, no sólo nada impide, sino que es inexcusable en un Estado constitucional una pormenorizada motivación del juicio de hecho que muestre que han quedado satisfechos los requisitos de racionalidad que hacen justificable la decisión sobre la prueba; y, como consecuencia, tampoco hay nada que impida la posibilidad de revisión en sucesivas instancias del juicio de hecho».

Por otro lado, podemos considerar que todas estas aportaciones gravitan en torno a dos tesis fundamentales. La primera consiste en la orientación del proceso a la búsqueda de la verdad como correspondencia (si bien —como vamos a ver—

la naturaleza fundamentalmente inductiva de los razonamientos probatorios hace que el resultado de la prueba no garantice la certeza absoluta). La segunda sostiene que, aunque el proceso se oriente a la búsqueda de la verdad, al Derecho no sólo le interesa la averiguación de la verdad, sino también la consecución o protección de otros fines que pueden justificar la introducción de normas sobre la actividad probatoria, los medios de prueba admisibles o el resultado probatorio mismo que pueden no estar orientados a —y pueden incluso dificultar— la averiguación de la verdad.

En este contexto, la concepción racionalista de la valoración de la prueba exige prestar atención a algunas cuestiones, en particular, precisar cuál es la estructura de las inferencias probatorias (del enlace entre los hechos con valor probatorio y los hechos a probar) y cuáles son los criterios que determinan la aceptabilidad de las conclusiones de dichas inferencias (el tipo de criterios de evaluación que utilizamos en este tipo concreto de argumentación para considerarla correcta o equivocada, mejor o peor...).

Siguiendo a González Lagier (2005 y 2007), podemos considerar que pueden distinguirse tres elementos en la inferencia probatoria: el hecho que queremos probar (sería la hipótesis de lo que ocurrió), la información (acerca de otros hechos más o menos directamente vinculados con el primero) de la que disponemos (serían los indicios, o las «pruebas») y, por último, una relación entre los indicios y la hipótesis de lo que ocurrió. Si utilizáramos el esquema simple del argumento de Toulmin, nos encontraríamos con que la hipótesis sería la pretensión, los indicios, las razones y la relación entre los hechos y la hipótesis sería la garantía. Hay que ser conscientes de que el razonamiento puede ser muy complejo, pues cada uno de los indicios a partir de los cuales pasamos a la hipótesis puede tener que ser a su vez fijado en otra argumentación; de modo que podemos distinguir entre la inferencia probatoria completa y cada una de las inferencias parciales, que operarían como eslabones de una cadena. Nos vamos a detener en las características de estos «eslabones».

El peso (la solidez) total de un argumento de este tipo estaría —como señala González Lagier— en función de los pesos parciales

de los tres componentes. El peso o la fuerza de los hechos probatorios (de los indicios) dependería de que estos sean a su vez: fiables, suficientes, variados y pertinentes. Para que la garantía (la relación entre los indicios y el hecho a probar) sea sólida debe, a su vez, estar suficientemente fundada y establecer un grado de probabilidad causal suficiente. Por último, y respecto a la hipótesis, González Lagier señala que no debe haber sido refutada, que deben haberse confirmado las hipótesis de ella derivadas y haberse eliminado las hipótesis alternativas, y ha de ser coherente y simple. Estos criterios son graduables en un doble sentido: por un lado, en una inferencia pueden estar presentes un número mayor o menor de los criterios señalados y, por otro lado, la mayoría de esos criterios pueden cumplirse en mayor o menor medida. Si nos fijamos, se trata de los mismos criterios que dan fuerza a las hipótesis científicas, pues tanto en uno como en otro caso la verificabilidad opera como criterio fundamental para evaluar la corrección de la argumentación. Y, aunque la mayoría de los análisis de la argumentación en materia de hechos se han realizado pensando exclusivamente en la motivación de la actividad probatoria en sentido estricto, cuyo objetivo es reconstruir el pasado, las consideraciones que acabamos de ver serían igualmente aplicables para los casos en los que estamos interesados en establecer premisas que pretenden no tanto reconstruir el pasado, como juicios de hechos predictivos sobre el futuro,¹⁴ premisas que —como veremos a continuación— han de ser en muchas ocasiones establecidas por el juez para justificar, a partir de ellas, la adopción de determinadas medidas; conviene señalar que también en estos casos las predicciones estarán basadas a su vez en hechos que han de ser probados, y necesitaremos llevar a cabo inferencias (fundadas normalmente en máximas de la experiencia) a partir de ellos.

¹⁴ Sobre ello puede verse Atienza (2006, pp. 233-234). En este sentido, en el ámbito científico, la explicación de hechos pasados y la predicción de hechos futuros se han visto en muchas ocasiones como procesos básicamente idénticos (sobre ello puede verse von Wright, 1980, p. 18).

Pese a estas semejanzas entre la argumentación en materia de hechos en el ámbito científico y en el jurídico, las divergencias también existen y son muy notables. Y tienen que ver sobre todo con la idea que señalábamos anteriormente de que al Derecho no le interesa sólo la verdad, sino que hay otros valores que justifican exigencias institucionales que en ocasiones pueden incluso colisionar con este objetivo de búsqueda de la verdad (desde la defensa de derechos fundamentales, hasta la eficiencia económica, etc.). Algunas de esas peculiaridades de la argumentación en materia de hechos en el ámbito jurídico se reflejan en los distintos tipos de enlace (la garantía) que encontramos para pasar de las pruebas o indicios de los que disponemos a los juicios de hechos que queremos establecer. En ocasiones el enlace consiste en una máxima de experiencia, es decir, una generalización a partir de experiencias previas que asocia hechos del tipo del que queremos probar con hechos del tipo de los que constituyen las pruebas e indicios. El fundamento de estas máximas de experiencia lo encontramos en la observación de una asociación más o menos regular entre dos hechos, y su finalidad es tratar de aproximarse, en la mayor medida posible, (teniendo en cuenta las circunstancias de la prueba) a la verdad; por ello, González Lagier propone llamarlas «inferencias probatorias epistémicas». En otras ocasiones el enlace viene dado por una norma («inferencias probatorias normativas»), que obliga al juez a aceptar como probados ciertos hechos cuando se dan ciertos hechos previos (como ocurre con los casos de las pruebas legal o jurisprudencialmente tasadas). Estas reglas pueden tener como fundamento la observación de una asociación regular entre hechos (en cuyo caso serían similares a las máximas de la experiencia, pero con rango normativo) o algún principio o valor considerado relevante por el sistema normativo (como la seguridad, la protección del más débil, etc.). De estos dos tipos, el basado en las máximas de la experiencia ha de ser considerado lógicamente prioritario, pues para poder realizar el segundo tipo de inferencias

suele ser necesario partir de la constatación de ciertos hechos,¹⁵ de modo que el segundo tipo de inferencias debe descansar en una inferencia del primer tipo.

Pero González Lagier (2007) señala que podemos encontrar además un tercer tipo de inferencia, a las que llama «interpretativas». Serían aquellas que usan como enlace para pasar de la información de la que disponemos a los hechos que queremos establecer reglas conceptuales o definiciones. La inferencia opera aquí en realidad como una subsunción que presentaría la siguiente estructura: «X cuenta como Y». Se trata por tanto de una «calificación» de los hechos de acuerdo con dichas reglas conceptuales. A partir de aquí, González Lagier llama la atención sobre la siguiente cuestión: en todos los hechos nos encontramos junto a la dimensión observacional o natural, una dimensión interpretativa de esos datos empíricos que nos permite calificarlos de una u otra manera. Ambas dimensiones se encuentran imbricadas de tal manera que resulta difícil escindirlas; aunque no en todos los conceptos se presenta cada una de estas dimensiones con la misma intensidad, mientras que algunos (por ejemplo, *animal* o *alcohol*) están más cerca de lo que serían clases naturales (donde la realidad impone bastantes límites) otros tiene un mayor componente convencional (por ejemplo, *intención* o *insulto*) y son en mayor medida una construcción guiada por nuestros valores, intereses, etc. Si aceptamos —dice González Lagier— que las condiciones materiales de adecuación de los conceptos tienen dos vertientes: la de adecuación a la realidad y la de adecuación a su finalidad, entonces podemos distinguir, en el contexto jurídico, dos tipos de desacuerdos acerca de la definición de conceptos como los de

¹⁵ Es lo que ocurre con las presunciones cuya estructura es condicional: «Si x, entonces se debe presumir y», que son la mayoría de las que encontramos en nuestros sistemas jurídicos. Sin embargo, ello no ocurriría en el caso de las presunciones recogidas no en una regla, sino en un principio y que por tanto presentan una forma categórica: «Se debe presumir x». Sobre esto, véase Aguiló Regla (2006).

acción, causalidad, responsabilidad, etc. Por un lado, desacuerdos puramente teóricos acerca de cómo reconstruir el concepto correspondiente para maximizar su adecuación a la realidad; por otro lado, desacuerdos valorativos acerca de cómo construirlos para que permitan una mejor aplicación del Derecho. Así, por ejemplo, si en el ámbito de un razonamiento probatorio discutimos si para considerar algo como «causa» exigimos que se trate de una condición suficiente o de una condición necesaria, dicha discusión involucra —tal como muestra González Lagier— cuestiones relativas no sólo a la estructura de la realidad sino también, y fundamentalmente, a cuál es el concepto de causa que se ajusta más a nuestra valoración acerca del reproche que se merece en la cuestión debatida. De este modo, la distinción tajante entre cuestiones fácticas y cuestiones normativas es sólo aparente: al discutir sobre estos conceptos y teorías reaparecen aspectos normativos o valorativos que dependen de nuestras prácticas y teorías acerca del Derecho, como ya señalaran, con especial hincapié, los realistas americanos.¹⁶

4. La determinación de las medidas a adoptar

Como ya hemos señalado, hay ocasiones (aquellas en las que el Derecho delega en los jueces un poder discrecional para adoptar determinadas medidas) en los que la argumentación necesaria para justificar la adopción de una resolución no es reconducible a una actividad meramente aplicativa del Derecho preexistente; ello porque el silogismo subsuntivo, a partir de la premisa normativa establecida vía interpretación y de la premisa fáctica establecida vía actividad probatoria, resultaría insuficiente como esquema justificatorio de la resolución a adoptar.

Es usual caracterizar a la discrecionalidad como un margen de libertad en la toma de decisiones que surge o bien como consecuen-

¹⁶ Véase, por ejemplo, Frank (1993, pp. 87 y ss.).

cia de la indeterminación del Derecho o bien de la delegación de un poder. A partir de ahí, muchos autores han sostenido, de manera más o menos expresa, la tesis de que el ejercicio de la discrecionalidad por parte de las diferentes autoridades jurídicas no puede —por razones conceptuales— estar sometido a «control jurídico», pues si la libertad en la que consiste la discrecionalidad es entendida como ausencia de obstáculos jurídicos para decidir en uno u otro sentido, y por tanto, como «permiso» para optar entre distintas alternativas acordes con el Derecho, en realidad no habría nada que controlar «jurídicamente» y, en este sentido, una decisión discrecional sería —respecto a ese margen en que operara la libertad—, por definición, una decisión correcta para el Derecho y no habría nada que revisar desde el punto de vista jurídico.¹⁷ Esta visión, que coincide con la imagen sugerida por la metáfora del «agujero de la rosquilla», popularizada por Dworkin, se plasmaría en afirmaciones del tipo «[...] donde termina el Derecho, empieza la discrecionalidad [...]» (Davis, 1969, p. 3), o en la terminología extendida por algunos administrativistas (y por alguna jurisprudencia) de las alternativas «jurídicamente indiferentes». Sin embargo, esta conclusión choca centralmente con algunos de los presupuestos fundamentales del Estado de Derecho, en particular con el principio de interdicción de la arbitrariedad (recogido en el Art. 9.3 de la Constitución), según el cual los poderes públicos están sometidos al Derecho en todas sus actuaciones, incluido el ejercicio de los poderes discrecionales. Por ello, conviene darse cuenta de que, si queremos salvaguardar las exigencias normativas que asociamos al paradigma del imperio de la ley, no podemos seguir manteniendo una caracterización de la discrecionalidad en estos términos.¹⁸ La «libertad» en que

¹⁷ Aunque pocos autores definen la discrecionalidad directamente a partir de este rasgo de «ausencia de enjuiciabilidad» o del «carácter último» de la decisión, es frecuente encontrar tesis que consideran que es una consecuencia inevitable de los elementos definitorios de la misma.

¹⁸ Sobre la comprensión en nuestra cultura jurídica (tanto dogmática como jurisprudencial) a propósito de la discrecionalidad, puede verse el análisis crítico

consiste el fenómeno de la discrecionalidad no puede ser entendida como libertad en sentido negativo (como permiso para optar entre diferentes alternativas), sino en un sentido más cercano a la idea de libertad positiva, remarcando que es al órgano decisor al que corresponde determinar la conducta a seguir. Esta idea de libertad positiva se acerca más a la idea de responsabilidad¹⁹ que a la de permiso. Nuestro sistema jurídico-político proscribire el poder entendido como simple expresión de la mera voluntad o de la fuerza de quien lo detenta y exige inexcusablemente el fundamento adicional de la razón. Desde esta perspectiva cobra especial relevancia la cuestión de cómo se deben ejercer los poderes discrecionales, o dicho de otro modo: cuáles son las condiciones para que consideremos justificadas las decisiones en ejercicio de la discrecionalidad.

Hemos dicho que los órganos jurídicos tienen la obligación jurídica de justificar todos sus actos, también los discrecionales, pero la justificación que aquí se requiere será distinta a la del ejercicio de los poderes no discrecionales (los tradicionalmente llamados «poderes reglados»). Dado que en estos últimos casos el poder se concede para hacer prevalecer el balance de intereses que realiza el ordenamiento jurídico (y que se encuentra reflejado en una regla de acción),²⁰ la justificación ha de mirar únicamente

de Igartua Salaverría, 2007, pp. 19-77.

¹⁹ Esta concepción de la discrecionalidad se vincula estrechamente con una de las acepciones de «responsabilidad» a las que alude Hart. Se trata de las obligaciones y deberes propios de un estatus o rol social. En este sentido, Hart afirma «siempre que una persona ocupe un lugar o puesto determinado en una organización social, respecto del cual se le asignen deberes específicos *para promover el bienestar, o para impulsar de manera específica las metas o propósitos de la organización*, se puede decir que esta persona es responsable del cumplimiento de estos deberes o de hacer lo necesario para satisfacerlos» (Hart, 1988, p. 212). (La cursiva es mía).

²⁰ Sobre la distinción entre normas de acción y normas de fin puede verse la tipología de enunciados jurídicos desarrollada por Atienza y Ruiz Manero (1996). En mi planteamiento, sin embargo, me separo un tanto de la presentación que realizan estos autores de las normas de fin. Por otro lado, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la formulación precisa de la regla de acción que

hacia el pasado (hacia el Derecho existente). Sin embargo, en el caso de los poderes discrecionales, la justificación estará enfocada hacia el futuro, hacia las consecuencias: los poderes discrecionales se otorgan precisamente para promover la consecución de ciertos fines que se consideran valiosos. Si admitimos que los poderes discrecionales son aquellos cuyo ejercicio está regulado por normas de fin, entendidas como mandatos de optimización; entonces para responder a la cuestión de cómo «deben» ejercitarse los poderes discrecionales, hay que preguntarse precisamente cuál es el tipo de razonamiento justificativo que opera con este tipo de normas. Cuando se trata de justificar una resolución aplicativa del Derecho es usual acudir, como hemos visto, a la figura del clásico silogismo judicial, pero este tipo de esquema justificatorio, que presenta forma subsuntiva, resulta en estos casos insuficiente. Este silogismo se suele representar como sigue: entre las premisas tenemos, por un lado, una premisa normativa que vincula un cierto estado de cosas (formulado a través de una serie de propiedades) a una consecuencia jurídica; y, por otro lado, una premisa fáctica que establece que se ha dado un caso particular de las propiedades previstas en el antecedente de la norma. Y la conclusión que de ahí se extrae es que, en el caso particular, se sigue la consecuencia jurídica establecida. Así, por ejemplo:

«Premisa normativa»: Se decretará judicialmente el divorcio a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando hayan transcurrido tres meses de la celebración del matrimonio.

«Premisa fáctica»: Fulanito, casado desde hace 2 años con Menganito, solicita el divorcio.

«Conclusión»: El juez debe decretar el divorcio entre Fulanito y Menganito.

resultará aplicable al caso puede no estar expresamente tal cual en una fuente del Derecho, sino que como hemos visto puede ser el resultado de una actividad interpretativa —reconstructiva— por parte del órgano aplicador del Derecho.

Ahora bien, parece claro que sólo en el caso de que en la premisa normativa aparezca una regla de acción, la conclusión del razonamiento indicará cuál es la acción que se debe emprender para actuar conforme a Derecho (en este caso, decretar el divorcio). Pero si la premisa normativa de la que partimos consiste en una regla de fin, este esquema de razonamiento funcionaría como sigue:

«Premisa normativa»: El juez podrá adoptar, según su prudente arbitrio, las providencias necesarias para la conservación del patrimonio de una persona desaparecida de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido en ella más noticias.

«Premisa fáctica»: Menganito, poseedor de determinado patrimonio, desapareció de su domicilio sin haberse tenido noticias de él hace 18 meses.

«Conclusión»: El juez podrá adoptar, según su prudente arbitrio, las providencias necesarias para la conservación del patrimonio de Menganito.

De modo que en estos casos el razonamiento no puede concluir indicando qué acción debe emprenderse. Por ello, si lo que buscamos es un criterio para determinar cuándo la concreta adopción de determinadas medidas estará justificada, este esquema resulta claramente insuficiente. Lo que cabe considerar como un «razonamiento justificativo acabado» no puede concluir con un enunciado como el que figura en la conclusión de este último silogismo (y que presentaría la forma: «En el caso C, A debe procurar alcanzar el fin F»), sino que necesitamos un enunciado de la forma: «Está justificado que en el caso C, A adopte M (una determinada medida) conducente al fin F». Pero de un razonamiento deductivo no se puede extraer más información que la contenida en las premisas y, por definición, esas premisas no determinan de antemano cuál es la conducta a realizar. Para llegar a una conclusión del tipo que necesitamos, tendríamos que agregar premisas a aquel razonamiento. En particular, creo que

se necesitan premisas de índole fáctica, más allá de las necesarias para determinar que se da el supuesto de hecho que la regla de fin establece para que surja el poder discrecional y, por tanto, la facultad o la obligación de actuar. Estas premisas tienen que hacer referencia a cuáles son las circunstancias del caso (qué tipo de patrimonio posee Menganito, cuál es la situación económica que puede afectar a dicho patrimonio...), y también premisas «técnicas» que establezcan si algo es o no —y hasta qué medida— un medio adecuado para conseguir, dadas las concretas circunstancias del caso, el fin perseguido (conservar el patrimonio); es decir, necesitamos llevar a cabo un razonamiento técnico: que incorpora un juicio de adecuación de medios a fines.²¹ En este sentido Summers (1978) lleva a cabo un interesante análisis de cómo funcionan las razones finalistas —a diferencia de las razones de corrección—. Entre otras características, este autor destaca las siguientes: son de carácter fáctico (dependen de una relación causal), están orientadas hacia el futuro y presentan un aspecto de graduabilidad. Las dos primeras características implican que estas razones presuponen una relación causal que es en la que se basa la predicción.²² La última característica apunta a que el fin social (futuro) que se trata de alcanzar puede lograrse en mayor y menor medida.

Pero si consideramos que las normas de fin operan como mandatos de optimización (es decir, que jurídicamente no es indiferente por cuál de los medios disponibles se opta, sino que hay que elegir el «mejor») también necesitamos incorporar a nuestro

²¹ Sobre este tipo de esquema argumentativo, puede verse Atienza (2006, pp. 165 y ss.).

²² Ello puede hacernos considerar que, aunque en el futuro pueda no llegar a conseguirse el fin previsto, la razón tuviera fuerza en el momento de la toma de decisión (Summers, 1978, p. 775). Por otro lado, debe tenerse en cuenta que muchos de los fines que las normas ordenan perseguir a los operadores jurídicos no son en realidad estados de cosas que se puedan producir directamente con sus acciones. Sobre esta idea véase el análisis de González Lagier (1997) sobre estados de cosas que están completamente bajo el control del destinatario de la norma y estados de cosas que lo están sólo parcialmente.

razonamiento premisas evaluativas que nos permitan considerar cuál, de entre los distintos medios técnicamente adecuados y disponibles para alcanzar el fin perseguido, es el «mejor» medio para conseguir o maximizar el fin. La cuestión relevante será, entonces, determinar atendiendo a qué tipo de criterios se ha de producir la evaluación para determinar cuál es el que, a la luz de las circunstancias particulares del caso, se considera el «mejor medio disponible», o «medio óptimo» para dar lugar o maximizar el fin que la norma obliga a perseguir. En mi opinión, esta evaluación habrá de hacerse precisamente atendiendo a los fines y valores (los principios) contenidos en el propio ordenamiento jurídico. El medio óptimo será aquel que consiga maximizar el fin, afectando en menor medida a los intereses o valores protegidos por el sistema jurídico. Ello nos llevará necesariamente a tener que realizar también un razonamiento ponderativo entre los distintos valores en tensión.²³

5. A modo de conclusión

Al analizar estos tres ámbitos de argumentación judicial hemos detectado que, de forma bastante simétrica, persisten algunas tendencias teóricas a describir estas actividades de modo que excluyan la posibilidad del control racional sobre las mismas. Se trataría, respectivamente, del escepticismo en materia interpretativa, el psicologismo en materia probatoria y la configuración de los poderes discrecionales como permisos para optar entre varias alternativas jurídicamente indiferentes. Frente a ellas, he optado por presentar una reconstrucción teórica de la actividad judicial comprometida con la racionalidad de la tarea argumentativa exigida al juez y que, en mi opinión, encaja mejor con la propia comprensión que los participantes en la práctica del Derecho tenemos de la misma. En un Estado constitucional de Derecho comprometido

²³ Sobre cómo opera la ponderación y su relevancia para la argumentación jurídica, véase *supra*, nota 11.

con la erradicación de la arbitrariedad y el sometimiento de todos los poderes al Derecho y a la razón o, mejor dicho, a una comprensión del Derecho que engloba la razón, el único poder que se acepta como legítimo es —como señala Fernández (2011, p. 35)— el que se presenta como resultado de una voluntad racional.

La configuración de la actividad judicial, en los términos que aquí he presentado, nos lleva a sostener que los jueces en muchas ocasiones han de tomar decisiones sobre cuestiones filosóficas tales como qué es y qué implica la dignidad, la responsabilidad, o la causalidad y, para ello, tienen inevitablemente que elegir entre los principios rivales que están disponibles para explicar esos conceptos. Y esas elecciones tienen que ser presentadas (no ocultadas) y defendidas a través de argumentaciones racionales. Esta reflexión filosófica —advierte Dworkin— puede no eliminar la controversia (sería ingenuo pensarlo), pero la hará más respetable o al menos más iluminada, más abierta a la crítica racional.²⁴ Por eso, el autor norteamericano pide a los jueces un doble compromiso: sinceridad y realismo: «Sean sinceros respecto al papel que los conceptos filosóficos realmente juegan, tanto en el diseño general como en los exquisitos detalles de nuestra estructura jurídica; sean realistas sobre el duro trabajo que afrontarán para cumplir la promesa de esos conceptos» (Dworkin, 2010, p. 29).

²⁴ En este sentido, tanto Atienza (2001) como Dworkin (2010) defienden explícitamente como modelo de buen juez, el de juez-filósofo.

Bibliografía:

- Andrés Ibáñez, Perfecto, *Los «Hechos» en la sentencia penal*, México, Fontamara, 2005.
- Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2006.
- Aguiló Regla, Josep, «Presunciones, verdad y normas procesales», *Isegoría*, núm. 35, 2006.
- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Alexy, Robert, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, núm. 16, 1993, pp. 433-449.
- Atienza, Manuel, «Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho», *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001, pp. 119-150.
- Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, 2012, en prensa.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Una teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- Bayón, Juan Carlos, «Epistemología, moral y prueba de los hechos. Hacia un enfoque no benthamiano», *Analisis e Diritto*, 2008, pp. 15-34.
- Davis, Kenneth C., *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, 1969.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard, Belknap Press, 1986.
- Dworkin, Ronald, «¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?», *Isonomía*, núm. 22, 2010, pp. 7-29.
- Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- Fernández, Tomás-Ramón, *Sobre el Derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, 2011.

- Ferrer, Jordi, *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, trad. C.M. Bidegain, México, Fontamara, 1993.
- Gascón, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- González Lagier, Daniel, «Cómo hacer cosas con acciones (En torno a las normas de acción y a las normas de fin)», *Doxa*, núm. 20, 1997, pp. 157-175.
- González, Lagier, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima, Palestra, 2005.
- González, Lagier, Daniel, «Hechos y conceptos», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007.
- Guastini, Riccardo, *Nuovi Studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne, 2008.
- Hart, Herbert L.A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- Hart, Herber, L.A., *El concepto de Derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
- Igartua Salaverría, Juan, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- Igartua Salaverría, Juan, *La motivación en los nombramientos discrecionales*, Civitas, 2007.
- Lifante Vidal, Isabel, «Interpretación y modelos de Derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica», *Doxa*, núm. 22, 1999, pp. 171-193.
- Lifante Vidal, Isabel, «Dos conceptos de discrecionalidad jurídica», *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 413-439.
- Lifante Vidal, Isabel, «Un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica», *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, Lima, Palestra, 2010, pp. 37-64.
- MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978.

- MacCormick, Neil, «Argumentación e interpretación en el Derecho», trad. J.L. Fabra y L.S. Guevara, *Doxa*, núm. 33, 2010, pp. 65-78.
- MacCormick, Neil y Summers, Robert, *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldeshot, 1991.
- MacCormick, Neil y Summers, Robert, *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldeshot, 1997.
- Summers, Robert, «Two Types of Substantive Reasons: the Core of a Theory of Common-Law Justification», *Cornell Law Review*, vol. 63, núm. 5, 1978, pp. 707-778.
- Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1980.
- Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. J. Ferrer, Madrid, Trotta, 2002.
- Von Wright, Georg H., *Explicación y comprensión*, trad. L. Vega Reñón, Madrid, Alianza, 1980.

