

# Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos.

SANTIAGO SASTRE ARIZA  
Universidad de Castilla-La Mancha

## SUMARIO:

### 1. INTRODUCCIÓN.

2. CASOS FÁCILES, DIFÍCILES Y TRÁGICOS. 2.a. Los casos fáciles. 2.b. Los casos trágicos. 2.c. Los casos difíciles. La universalidad. 2.c.2. La coherencia y la consistencia (argumentos de principio). 2.c.3. Los argumentos consecuencialistas.

## 1. INTRODUCCIÓN

Bien puede decirse que una Teoría del Derecho que tratara de comprender y explicar el Derecho mostraría un enfoque incompleto si no ofreciese una visión de uno de sus problemas clave: el de la interpretación jurídica. Ésta supone la atribución de sentido o significado a cualquier disposición o enunciado normativo. Desde este punto de vista es incorrecto referirse a la interpretación de una norma, pues lo que realmente se interpreta es un enunciado normativo, esto es, la expresión lingüística de una norma, y el punto de llegada es la norma, que sólo aparece después como significado o sinónimo del enunciado. Desde este enfoque la

norma es así el resultado del proceso interpretativo. Con todo, es cierto que esta distinción entre disposición y norma, objeto y producto de la interpretación, no ha sido acogida en el lenguaje común de los juristas.

Una vez realizada esta operación la norma ya puede ser aplicada a un caso concreto (<sup>1</sup>). Con la aplicación se inicia el tránsito de unos enunciados generales y abstractos dirigidos al homo iuridicus —aunque estas características no son predicables de todas las disposiciones normativas— a unas normas que tienen como destinatarios personas concretas; o sea, se produce el tránsito del mundo de las normas al mundo de los hechos. Concebido el Derecho con ese fin puede afirmarse que toda teoría del Derecho lleva incorporada una teoría de la sociedad, en el doble sentido de ser al mismo tiempo producto e instrumento de transformación de la misma.

De los textos normativos se procede a extraer reglas de acción, tarea que realizan no sólo los juristas sino también los ciudadanos cuando tratan de justificar y someter sus conductas conforme al Derecho. No en vano podemos afirmar que hoy día asistimos a una cierta rehabilitación de la racionalidad práctica. Así, gran parte de los iusfilósofos actuales prestan su atención

(<sup>1</sup>) Lo que pone de manifiesto, por cierto, que la interpretación y la aplicación tienen objetos distintos. Se interpreta el enunciado normativo, mientras que se aplica la norma. Así, la aplicación presupone en todo caso la previa interpretación. Además, ambas operaciones no sólo se distinguen por el objeto sino también por el sujeto, pues interpretar es una actividad que puede realizar cualquier sujeto con cierta capacidad, mientras que la aplicación de las normas jurídicas queda reservada a los órganos de aplicación del Derecho. En general, puede verse Riccardo Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990.

(<sup>2</sup>) Esta es la sentencia 75/92 del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Madrid, de 3 de febrero de 1992. Sobre esta sentencia pueden verse los artículos de Manuel Atienza, "Un dilema moral. Sobre el caso de los insumisos" y de Javier de Lucas, "El castigo de los insumisos. Acerca de la reciente jurisprudencia sobre objeción de conciencia e insumisión", en *Claves de Razón práctica*, n.º 25, 1992, pp. 16-40. El artículo de Manuel Atienza aparece también en el capítulo quinto del volumen "*Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*", Ariel, Barcelona, 1993, pp. 144-180.

(<sup>3</sup>) Siguiendo la relación entre disposición o enunciado normativo y norma pueden producirse cuatro situaciones, 1) que a una disposición le corresponda una multiplicidad de normas, 2) que a varias disposiciones, que sean sinónimas por ejemplo, les corresponda una sola norma, 3) que a una disposición, ya se aporque carezca de sentido, no le corresponda ninguna norma, aunque ciertamente esto es muy difícil que ocurra, 4) que existan normas sin disposición normativa, como es el caso de las normas implícitas, Juan Igartúa, *Márgenes y límites en la aplicación del Derecho*, Librería Carmelo, Donostia, 1992, pp. 25 y 26.

(<sup>4</sup>) François Ost y Michel van de Kerchove, "Interprétation", en *Archives de Philosophie du droit*, tome 35, 1990, pp. 165-190, en concreto p. 167.

(<sup>5</sup>) Sobre la creación judicial, Luis Prieto, *Ideología e Interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987. También Alfonso Ruiz Miguel, "Creación y aplicación en la decisión judicial", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, pp. 7-31.

al intrincado campo del razonamiento jurídico y esto viene corroborado por los trabajos que últimamente se han publicado. Tanta importancia tiene la interpretación teórica como la práctica, el paso de razonamientos teóricos a prácticos. Esto es debido, pese a que éste juicio sea algo inocente, a la toma de conciencia de la importancia de la actividad que realiza el único poder citado expresamente por la Constitución; el poder judicial. A ello ha contribuido la aparición de sentencias o ciertos pronunciamientos en los últimos meses (aunque el debate sobre las decisiones judiciales no es reciente) que han extrañado a la opinión pública, tal vez por inesperados. Casos como la polémica sentencia del juez Calvo Cabello en la que se absolvió del delito de insumisión a un objeto que se negó a realizar la prestación social sustitutoria del servicio militar (<sup>2</sup>), e incluso, por ejemplo, a raíz de la firma de los acuerdos de Maastricht, todas las interpretaciones que se bajaron para no tener que reformar la Constitución, —aunque finalmente se adoptó la vía de la reforma—, han puesto de relieve que los jueces no tienen los ojos vendados ni son bocas mudas cuando interpretan, ya que mediante esta tarea interpretativa que difícilmente es susceptible de ser reglada pueden derogar y promulgar normas (<sup>3</sup>). Esto pone de relieve la necesidad de buscar una posible ubicación a la interpretación "entre la recitation et l'invention" (<sup>4</sup>). Considero que, además, es útil un acercamiento a lo que realmente supone tener la interpretación como una herramienta de trabajo. Creo que de antemano debemos ser conscientes de que aquella labor puede calificarse como creadora —que no arbitraria (<sup>5</sup>)— y que esto no impide que el juez justifique y ofrezca los argumentos que, buenos o malos pero argumentos, permiten presentar su decisión como un producto razonado y aceptable.

Así es, a medida que se toma conciencia del "poder" que entraña la interpretación (<sup>6</sup>), aumenta la importancia de plasmar los considerando —que mientras son necesarios en una senten-

cia no son indispensables en una ley (<sup>7</sup>)—. Es más, podríamos decir que el explicitar el fundamento jurídico de la solución vendría a ser una especie de sustituto del déficit democrático del origen de los jueces, argumento éste, como es sabido, utilizando en ocasiones para negar la posibilidad de crear Derecho por parte de los jueces. La legitimidad judicial arranca del modo de ejercicio de su actividad, frente a la legitimidad de origen del legislativo. En palabras de Luis Prieto, "el Parlamento se legitima más por su origen que por su comportamiento, mientras que, a la inversa, el intérprete se justifica preferentemente por el modo de ejercer su función; al primero se le controla a través de su elección y al segundo mediante la crítica de su comportamiento, y para que esa crítica pueda verificarse es necesario que sus decisiones aparezcan en términos racionales y comunicables" (<sup>8</sup>). De ahí la importancia de la justificación de las decisiones, que constituye, por cierto, una obligación constitucional (artículo 120.3 de la Constitución), y que es una tarea que deviene imprescindible para poder después hacer valoraciones de las mismas y recurrirlas ante instancias superiores en caso de que sea necesario.

El razonamiento jurídico, por tanto, se presenta como un razonamiento que viene a justificar la conclusión adoptada por el juez, entre las varias posibilidades que podrían tener cabida en el sistema jurídico. Lo específico del razonamiento jurídico es la dificultad de que las partes lleguen a un acuerdo (Peralman (<sup>9</sup>)). Puede describirse el razonamiento jurídico como una clase particular del razonamiento moral, o como un tipo especial de razonamiento práctico (Alexy (<sup>10</sup>)) o un caso especial altamente institucionalizado y formalizado del razonamiento moral si bien esencialmente consecuencialista (MacCormick (<sup>11</sup>)). La especialidad o institucionalización del mismo procede de las limitaciones con las que se lleva a cabo, pues hay ciertos elementos como son las leyes, la dogmática y los precedentes que condicionan y en-

cauzan el modo de razonar del juez. Pese a ello no podemos negar el irremediable componente moral que posee, pues incluso el juicio de validez que se emite a fin de reconocer una norma como premisa de un razonamiento remite a valoraciones. Como paradigma de dependencia del razonamiento jurídico respecto del moral podemos citar a Ronald Dworkin, si bien la moral para este autor termina paradójicamente institucionalizándose a través de los principios que forman parte integrante —estén o no recogidos en los enunciados normativos— del Derecho <sup>(12)</sup>.

Lejos queda, en uno de los extremos, la radiografía de la decisión judicial como un silogismo <sup>(13)</sup>, pues aunque sea útil para derivar una solución concebida y justificada de antemano, ofrece una imagen incompleta de la actividad que realmente realiza el órgano decisor. Podríamos empezar por el hecho de que las personas no suelen iniciar su pensamiento estableciendo premisas <sup>(14)</sup>. Sin embargo, nos sorprendería que un juez después de llevar una disposición argumentativa concreta fallase luego en un sentido totalmente opuesto al mantenido en la fundamentación, sin respetar la lógica deductiva. Como mecanismo formal, pues, sirve, pero la lógica no es la fuente de las decisiones <sup>(15)</sup>. Tampoco creo que pretenda serlo. Le queda el capítulo de suministrar una cierta racionalidad formal a la decisión. Este enfoque parece que puede tener virtualidad en los casos fáciles, y digo parece porque más adelante trataré de aducir algunas razones que difuminan la claridad de este tipo de casos. No quiero decir con esto que no se utilice la lógica deductiva en los casos fáciles sino que tradicionalmente se veía este tipo de casos como el último reducto donde la deducción era suficiente para ofrecer una solución y en el que la actividad del operador jurídico era casi nula: se limitaba a introducir los hechos en las normas. Pero ni los casos fáciles son tan fáciles de manera que todo se resume en una actividad meramente deductiva, pues también hay que elegir las premisas, ni los casos difíciles

son tan difíciles que no admitan la utilización, en última instancia, del razonamiento deductivo una vez que se ha elegido las premisas <sup>(16)</sup>.

El principal problema es que la lógica no da cuenta de la elección de las premisas, pues allí donde aparece una elección la lógica deja paso a la variación, aunque esto no es óbice para negar que el razonamiento que conduce de las premisas a la conclusión sea una inferencia deductiva.

Con todo, podríamos presentar las premisas como producto o conclusión de otros silogismos en los que el juez también ha elegido las premisas; e incluso existirán premisas que no sean comprobables. Ésto es el campo de la justificación externa (Wroblewski) o racionalidad-D (Aarmio) o justificación de segundo orden (MacCormick), donde la lógica pasa a llamarse argumentación y la verdad cede su puesto al consenso <sup>(17)</sup>.

Por tanto la argumentación aparece cuando surge alguna duda o hay varias alternativas o incluso problemas lingüísticos (suele decirse que lo obvio no necesita argumentación), en estos casos parece que se pueden exponer algunas razones que hacen posible considerar la solución no sólo ya como ajustada a Derecho, que también es difícil en cuanto existe contradicciones en el sistema jurídico, sino como acertada y razonable.

Pero tampoco podemos irnos, en otro extremo, al polo opuesto: del determinismo al decisionismo, o sea, desde una posición realista presentar la actividad judicial como una tarea irracional en el sentido de falta de previsibilidad de la solución o como un terreno en el que reina la subjetividad de quien decide. Acaso tengan algo de razón ambas teorías. La distinción entre contexto de justificación y contexto de descubrimiento responde, precisamente, a la conveniencia de deslindar ambos campos presentes en toda teoría de la adjudicación <sup>(18)</sup>. ¿Pero acaso no

<sup>(6)</sup> Aulis Aarmio entiende que “desde una consideración extrema, la interpretación es simplemente el uso de un poder”, ver su artículo “Sobre la racionalidad de la racionalidad. Algunas observaciones sobre la justificación jurídica”, traducción de Manuel Escamilla, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 23-24, pp. 1-17, p. 9. También escribe que “Derecho, poder e interpretación constituyen una unión que no tiene contrapartida en la interpretación de una novela”, en “Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica”, traducción de José Pedro Ubeda, en *Doxa*, n.º 4, 1987, pp. 109-117, p. 114. Precisamente la presencia de este poder explica la importancia del establecimiento de un cierto control sobre los órganos aplicadores de las leyes, en el campo de Derecho, también insiste Juan Igarúa, *Márgenes y límites...*, citado, pp. 149 y ss.

<sup>(7)</sup> Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 356.

<sup>(8)</sup> Luis Prieto, “Notas sobre la interpretación constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 9, pp. 175-198, p. 186. También en *Ideología e interpretación jurídica*, citado, p. 125.

<sup>(9)</sup> Para Chaïm Perelman “la existencia del proceso echa por tierra el silogismo, pues es señal de que no hay algo claro: o la norma o los hechos”, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (1979), traducción de Luis Díez Picazo, Civitas, Madrid, 1988, p. 213. También puede verse la recensión de Manuel Atienza a este libro en *Sistema* n.º 34, pp. 142-151, p. 143.

<sup>(10)</sup> Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

<sup>(11)</sup> Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1988.

(12) Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (1977), traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984. Véase también Luis Prieto, "Teoría del Derecho y Filosofía política en Ronald Dworkin", en *Revista Española del Derecho Constitucional*, n.º 14, pp. 353-377 y Genaro R. Carrió, *Dworkin y el positivismo jurídico*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981.

(13) La clásica descripción logicista de la actividad judicial responde a la idea de que "en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena", Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, *De los delitos y las penas* (1764), traducción de Juan Antonio de las Casas, Biblioteca de *El Sol*, n.º 16, 1991, p. 23.

(14) En este sentido Enrique P. Haba, "Racionalidad y método para el Derecho: ¿Es eso posible? (II)", *Doxa* n.º 8, 1990, pp. 241-270, en concreto p. 247.

(15) Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 188.

(16) José Juan Moreso, Pablo Eugenio Navarro y María Cristina Redondo han tratado de demostrar, en primer lugar, que la lógica no proporciona un argumento a favor de la relación necesaria entre Derecho y moral, pues una sentencia se encuentra justificada en Derecho, desde un punto de vista lógico, en cuanto tiene cabida o se deduce de algún enunciado jurídico teniendo en cuenta ciertos hechos relevantes, independientemente de las premisas morales que contenga el razonamiento justificatorio del juez, y, se segundo lugar, que en la resolución de los casos difíciles también se utiliza el razonamiento deductivo, "Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial", en *Doxa* n.º 11, 1992, pp. 247-262.

se esconde detrás de esta distinción tajante el viejo problema, presentado esta vez con otros términos, de la pretendida separación entre el Derecho y la moral?. Es en el último contexto, el de justificación, en el que se pretende entablar un diálogo acerca de que el resultado sea aceptable en el sentido de que la decisión sea jurídica y racional. Mi escepticismo me lleva a pensar que por muchas guías o elementos que puedan ayudar al juez en la elección de la decisión ésta no debe enmascararse bajo una elección, o descubrimiento de algo ya dado, o reflejar un comportamiento pasivo ante el arsenal jurídico que le ofrece el Derecho, sino que aquel desarrolla una actividad que puede calificarse como creadora, materializándose ésta en la producción de nuevas normas y definiciones de conceptos jurídicos (19), pues el intérprete simplemente utiliza un poder que le confiere el Derecho y es el Derecho el que al mismo tiempo le limita (20); por eso considero que es peligroso presentar la labor del decisor como ajena a cualquier tipo de límites como ofrecerle un Derecho Natural que presente a un juez irresponsable y vinculado.

Con esto quiero decir que podemos adjudicar la posición realista al contexto de descubrimiento, entendiendo éste como una fase prelógica, ciertamente subjetiva (decisión como acto de voluntad) y la posición lógica al contexto de justificación, donde podemos hablar de objetividad en el sentido de ajustar o someter el razonamiento a las normas jurídicas (la decisión se presenta como solidaria con las premisas entre las cuales figura una norma general). El primero se fija más en la relación juez-sentencia, mientras que el segundo lo hace con el binomio sentencial-Derecho. Pero una explicación del proceso del razonamiento que se precie de ser completa tiene que dar noticia de ambos contextos, si bien la discusión sobre el ámbito de descubrimiento nos desplazaría hacia la psicología o estudio de todo aquello pudiera influir poderosamente en la voluntad del órgano juzgador; elementos, que pueden tener

alguna incidencia, como la opinión pública, las consecuencias económicas y sociales de determinados pronunciamientos, etcétera. Así pues, la exteriorización de su planteamiento adoptando la forma de un razonamiento deductivo acaso sea la única manera posible de recubrir con una objetividad mínima su decisión, aunque, insisto, este sea un primer peldaño de racionalidad exigible, ya que no nos dice nada acerca del contenido de la decisión a adoptar.

Si bien se reivindica el papel de la deducción en la justificación de las decisiones, la justificación no queda ahí, en un plano meramente formal, sino que a través de la argumentación ya penetran elementos que pretenden orientar al juez en lo que sería ya la introducción de nuevos criterios que suministrarán una mayor racionalidad que la del proceso deductivo; se trataría de ofrecerle criterios para discernir una mala de una buena justificación. Es inevitable, llegado a este punto, encontrarse con algunas dudas. ¿Qué exigencias debe tener una argumentación para ser calificada de racional?. ¿Según qué criterio una decisión es más racional que otra?. ¿Puede hablar de de buenos o malos argumentos?. ¿Hasta dónde alcanza el papel de la razón en el tema de la justicia?. ¿Puede un juez equivocarse en un caso difícil?. ¿Qué tipo de vinculación con el Derecho tiene en estos casos?. Estas cuestiones, aquí apuntadas, exigirían un estudio más pormenorizado en el que ahora no podemos entrar. Lo que sí parece obvio es que las respuestas que se den a algunos de estos interrogantes sobre la argumentación puede ir en una dirección sustantiva o procedimental.

Finalmente, creo que hay que insistir en que la obligatoriedad de dictar una sentencia no debe constituir una exigencia de pronunciar una decisión racional (tensión entre decisión y justificación), aunque parece claro que la justificación interna aporta un mínimo de racionalidad formal a la decisión. Pero, ya esto es lo importante, cuestión

diferente es que la justificación interna no baste en el sentido de que sea necesaria pero no suficiente, pero ya exigimos algo más a la racionalidad, y entramos en el resbaladizo campo de ubicar la racionalidad en instancias externas al mismo razonamiento. Por tanto, creo que en esta dirección por un lado habrá que delimitar las connotaciones que tiene lo que llamamos racional en la argumentación y por otro se podría plantear la posibilidad de acuñar una nueva versión del concepto de validez en el sentido de justificación racional<sup>(21)</sup>.

## 2. CASOS FÁCILES, DIFÍCILES Y TRÁGICOS

Como ya expuse anteriormente, los casos fáciles o claros —la calificación se establece según se acentúe la actividad del juez o la claridad del enunciado jurídico— constituirían una última trinchera de la aplicación de la subsunción dentro del razonamiento jurídico; pues debido a que se encuentran las premisas con total nitidez, todo se reduce a obtener una conclusión mediante un simple proceso deductivo. No sólo se insiste en que en tales casos se produce un razonamiento deductivo, pues éste se debe llevar a cabo en todos los casos; se trata de que hay una facilidad natural para el establecimiento de las premisas. Ello es así porque hay un acuerdo general al que versa sobre el significado de los términos contenidos en el enunciado que revela con claridad cuándo el mismo es objeto de aplicación y, como consecuencia, disminuye la participación del intérprete en su configuración. Por tanto, existe una clara identificación entre la norma y la realidad a la que se refiere dicho significado. Los problemas vienen dados no sólo por la naturaleza de los términos que componen el enunciado jurídico (vaguedad, ambigüedad) sino también por los hechos a los que se les quiere hacer coincidir con dichos términos. Y es que, en definitiva, la relación que existe entre un término y su significado es artificial. Como es-

cribe Esperanza Guisán, “los enunciados no apuntan a una realidad “física” sino a una realidad constituida de acuerdo con finalidades y criterios humanos”<sup>(22)</sup>. Un ejemplo de enunciado claro parece que podemos encontrarlo en el artículo 4.1 de la Constitución, donde se especifican las características de la bandera española<sup>(23)</sup>.

Si existen casos fáciles o claros es porque también aparecen casos difíciles o controvertidos o casos atípicos o casos de penumbra. La distinción entre casos fáciles y casos difíciles es a su vez, aplicando esta clasificación, un asunto difícil de solucionar, pues tal distinción es vaga, puesto que el concepto de dificultad es bastante confuso, lo que no nos permite establecer algún criterio mediante el cual podamos distinguir cuándo estamos ante un caso fácil y cuándo ante un caso difícil. La facilidad y dificultad de un enunciado jurídico es una cuestión de grado, que en gran medida depende de los enunciados con los que se le compare y del mismo intérprete, si bien esto no impide que existan ciertos casos-estándar que pueda ser considerados naturalmente como fáciles o difíciles, no siendo su calificación inmutable, pues pueden variar con el tiempo.

La dificultad de un caso difícil puede provenir de una doble vertiente: a) con relación a la norma (problemas normativos) y b) con relación a los hechos (problemas fácticos). En el primer caso puede ocurrir o bien que no exista la norma (laguna) o bien que aún existiendo ésta, se presente problemas de interpretación (lagunas de reconocimiento según Alchourrón y Bulygin). Los problemas del segundo tipo suceden o bien porque se hayan producido los hechos que constituyen el supuesto de hecho de la norma o porque aún habiéndose producido su calificación jurídica sea controvertida (que podrían ser en la terminología de Alchourrón y Bulygin las lagunas de conocimiento<sup>(24)</sup>). Como es obvio, en estas situaciones, la tarea del intérprete o del juez que tiene la obligación legal de dictar

<sup>(21)</sup> Juan Antonio García Amado, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1986, pp. 151-182, p. 164.

Con la justificación de primer nivel o justificación interna se hace referencia a la validez de la inferencia a partir de unas premisas establecidas, mientras que con la justificación de segundo nivel o justificación externa entramos en el debate sobre la fundamentación de las premisas. Para Aulis Aarnio toda decisión legítima debe satisfacerse dos tipos de criterios: a) basados en una discreción racional, está la Racionalidad L, que alude a la inferencia deductiva, y la Racionalidad D, que indica que el procedimiento está regulado por las reglas del discurso, y b) se refiere a los criterios de corrección material que indican que la decisión debe ser razonable, en “Sobre la racionalidad...”, citado, p. 314.

<sup>(22)</sup> Creo que los principios, y en general todo enunciado jurídico que posea cierto grado de generalidad y vaguedad, ponen al descubierto las insuficiencias de la delimitación tajante entre contexto de descubrimiento y de justificación (Hans Reichenbach), distinción que se establece respecto de las teorías científicas y que también se hace extensible al campo de la argumentación en general y de la argumentación jurídica en particular, véase Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, en especial p. 22. Incidiendo en lo anterior, me parece muy interesante el resaltar como hace Enrico Pattaro que no hay tanta diferencia entre el contexto de justificación y el de descubrimiento a un término o a un enunciado, actividad regida por *habitus* inducidos por convenciones lingüísticas difusas”, con lo que, podríamos concluir, en el contexto de justificación también habría algo (o conlleva una actividad semejante a la de descubrimiento), ver Letizia Gianformaggio, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o Tomar a los juristas intérpretes en serio”. En *Doxa* n.º 4, 1987, pp. 87-117, p. 52, nota 19. A esto se

podría contestar aumentando el área de descubrimiento, en el sentido de que dentro del ámbito de la justificación externa o de segundo nivel no sólo se incluiría la elección de la norma jurídica —de las premisas en general— sino también la atribución de significado de la norma.

(19) Ver Eugenio Bulygin, "Sentencia judicial y creación de Derecho", en *Análisis lógico y Derecho*, citado, p. 369. Otra manera de concebir la interpretación, entendiendo la labor del intérprete desde una perspectiva más bien pasiva —aunque no mecánica—, es plantearla como una tarea que se limita a descubrir las consecuencias que se derivan de las normas. Vistas las cosas así, el producto final —"la norma" en sentido estricto— es derivada lógicamente del enunciado normativo. Esto supone que el ordenamiento jurídico es un sistema lógico-deductivo, posición que como es sabido mantienen Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin. Desde este enfoque interpretar es comprobar con qué solución el sistema jurídico relaciona el caso planteado, salvo que se trate de una laguna, que según los autores citados sólo podrá ser regulada jurídicamente por el legislador, Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987. También el volumen *Análisis lógico y Derecho*, donde se recopilan la mayoría de los trabajos publicados por estos dos autores.

(20) En general, Herbert L.A. Hart, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", traducción de Liborio Hierro, Francisco J. Laporta y Juan Ramón de Páramo, en *Sistema* n.º 36, pp. 3-18.

(21) José Calvo González, *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa*, Ariel, Barcelona, 1992, p. 10. Sobre la validez puede verse el interesante artículo de Francisco Laporta, "Derecho y Moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista", en *Doxa* n.º 8, 1990, pp. 131-146.

sentencia es trascendental en el sentido de que es más comprometida, realizando, en vez de un descubrimiento, una auténtica adjudicación de significado (25). En estos casos la búsqueda de los diccionarios es sustituida por el establecimiento de una determinada política legislativa en la que intervienen, como principales razones para decidir, elementos axiológicos y hechos sociales; en definitiva en los casos difíciles se consume el matrimonio entre el Derecho y la Moral y, asimismo, entre Derecho y sociedad (26), del cual nacerá algún criterio que será el que oriente al juez en su adjudicación. Como se sabe, los casos difíciles constituyen un campo propicio para que entren en juego los principios, con la aspiración frustrada de mantener al juez tan vinculado como si estuviese ante reglas jurídicas.

Según el planteamiento de McCormick pueden resumirse en cuatro los problemas que dan lugar a la aparición de un caso difícil: problemas de interpretación y de relevancia en la premisa normativa —premis mayor—, por otro lado, problemas de prueba y de calificación en la premisa fáctica —premis menor (27)—. En principio en estos casos difíciles pueden coexistir varias respuestas correctas, debido a que la falta de claridad hace posible que una pluralidad de interpretaciones pueda presentar diferentes respuestas para un mismo asunto.

Además de la posibilidad de la facilidad y la dificultad, Manuel Atienza incorpora la tragedia, añadiendo los casos trágicos a la clasificación entre caos fáciles y difíciles. La tragedia jurídica se produce, según el citado profesor, cuando en relación con un asunto no cabe tomar una decisión que no vulnere algún principio o valor fundamental del sistema (28). Es decir, en estos casos no habría ninguna solución correcta, pues dicha respuesta puede adoptarse en un sentido o en otro contrario, lo que no evitaría infringir el ordenamiento jurídico, pues es el mismo ordenamiento el que permite que se le vulnere porque

no hay más remedio se adopte la decisión que se adopte. Si no me equivoco estos conflictos dejan abierto el sistema. De esta manera los casos trágicos ponen al descubierto las incoherencias y contradicciones que pueden presentar los ordenamientos y que hacen, al mismo tiempo, que se tambalee la idea misma de sistema, aunque también es verdad que existen criterios para poder solventarlas, pero criterios que de nuevo pueden ofrecer soluciones opuestas. Podría hablarse, paradójicamente, de que es posible la existencia de normas constitucionales inconstitucionales. Recuérdese que Kelsen llegaba a esta misma conclusión, pero por otra vía, cuando afirmaba que las llamadas leyes inconstitucionales eran leyes conformes a la Constitución (29).

## 2. A) LOS CASOS FÁCILES

Seguidamente expondré algunas de las razones por las que considero que puede debilitarse la pretendida facilidad de este tipo de casos.

2.A.1) La facilidad de un caso es algo que se comprueba a posteriori, esto es, una vez realizada la interpretación. El enunciado jurídico preexistente a la interpretación; es obvio que se acude a la norma una vez realizado un juicio sobre su validez y se llega a la conclusión de que es aplicable (se debe diferenciar entre validez y aplicabilidad aunque creo que no deben separarse radicalmente (30)). La claridad del enunciado jurídico, por su parte, se constata una vez que se ha llevado a cabo la interpretación, comprendiendo el significado de sus términos, y también después de comprobar que los hechos coinciden con los que contempla el enunciado. Esto no quiere decir sino que siempre habrá interpretación. Así escribe Francisco Javier Ezquiaga que "aún admitiendo que un texto no provoque dudas respecto a su significado (hecho extremadamente improbable), siempre será necesaria su interpretación, aunque sólo sea para apreciar su claridad" (31). A estas alturas tal vez sea útil

distinguir entre interpretación siempre es necesaria, pues supone la comprensión del significado de un enunciado normativo. la segunda interpretación, la interpretación en sentido estricto, sólo se produce cuando hay dudas o cuando aparece algún tipo de controversia sobre el significado del enunciado. Cuando se dice que no cabe interpretación en los casos claros se hace alusión a la interpretación en sentido estricto, pues la interpretación en sentido amplio siempre necesaria, existan o no dudas sobre el significado. Ante la aparición de casos difíciles la argumentación se presenta como un tipo de interpretación que aspira a hacer lo más racional posible ese espacio de libertad que tiene el juez para decidir.

Ahora bien, podríamos planteamos la hipótesis de si es posible encontrar algún caso en el que exista primeramente la interpretación y después la norma. La hipótesis no es tan descabellada. Letizia Gianformaggio piensa que existen dos casos en los que la interpretación preexiste al texto, son: a) las normas de derecho consuetudinario y b) las normas extraídas de los precedentes jurisprudenciales, y/o de su ratio <sup>(32)</sup>. Por tanto no parece que sea muy aventurado decir que los casos claros no excluyen la interpretación en sentido amplio. Además, creo que realmente habrá pocos casos claros. El ejemplo anterior de caso claro, acerca de la bandera española, puede complicarse si por ejemplo pensamos en un individuo que asiste a un partido de fútbol a animar a su equipo con una bandera española – supongamos que juega la selección española de fútbol–, sin embargo en su bandera la franja amarilla no es de doble sino de igual anchura al resto de las franjas, ¿podríamos pensar que ese individuo porta la bandera española y está animando a su equipo o bien como la franja amarilla debe ser de doble anchura en relación con las restantes, podemos decir que ese individuo no está animando a la selección española?. Pese a que el enunciado sea claro pueden presentarse casos que flexibilicen el sentido de la norma.

2.A.2) Aunque pragmáticamente la mayoría de los casos son fáciles, ontológicamente todos los casos son difíciles, puesto que no hay dos casos iguales o, mejor, igualmente claros. Por tanto la equiparación de unos hechos con la claridad de lo expresado en un enunciado se construye, con los que la claridad de la norma no desplaza la actividad del juez que interpreta o asimila este asunto a un caso fácil. Con otras palabras: la claridad no es una propiedad inherente al caso sino que, en mi opinión, sería más correcto incidir en que es el intérprete el que hace los casos fáciles.

2.A.3) Los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han puesto de manifiesto la debilidad de la aparente claridad de los casos fáciles en un artículo, "Sobre principios y reglas" a raíz de una reflexión sobre el papel que desempeñan los principios en el razonamiento jurídico <sup>(33)</sup>. Los principios no sólo entran en juego cuando aparecen casos difíciles, en lo que se refiere a los casos fáciles ya no se trata sólo de subsumir unos hechos en una determinada regla, sino que el caso debe someterse a unas reglas mucho más genéricas, como son los principios, en concreto los principios de una determinada institución o de un concreto sector normativo. Entendiendo que de esta manera los principios inevitablemente deben figurar siempre en las premisas de los razonamientos jurídicos, aunque no se exterioricen en el razonamiento jurídico. Por tanto la facilidad de un caso no depende sólo de la calificación de un enunciado, cuyo significado puede parecer bien delimitado, ni de unos hechos dentro de la norma a la luz de los principios del sistema en el que se encuadre el caso que se trate. Desde este enfoque la facilidad o dificultad se desplaza de la norma y los hechos a los principios. Así pues, podemos afirmar que "es a la luz de los principios explícitos o implícitos del sector normativo de que se trata como cabe determinar si un caso es fácil o difícil" <sup>(34)</sup>. Entonces el papel fuerte que desempeñan los principios hace que en relación con los

<sup>(32)</sup> Esperanza Guisán, *Razón y pasión en Ética. Los dilemas de la Ética contemporánea* (1986), Anthropos, Barcelona, 1990, p. 202.

<sup>(33)</sup> Artículo 4.1.: "La bandera de España está formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas".

<sup>(34)</sup> Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la Metodología...*, citado, p. 203.

<sup>(35)</sup> Genaro R. Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 57. También Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la Metodología...*, citado, p. 204.

<sup>(36)</sup> Aulis Aarnio, "Sobre el razonamiento jurídico...", citado, p. 11.

<sup>(37)</sup> Neil MacCormick. *Legal Reasoning...*, citado.

<sup>(38)</sup> Manuel Atienza, "Un dilema moral...", citado, p. 30. También *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, citado, p. 252.

<sup>(39)</sup> Lo que le induce a Kelsen a defender esa postura es que mientras que una ley no sea derogada, tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida no puede ser inconstitucional. Luego se podrá quitar validez a la ley que finalmente sea calificada de inconstitucional, pero hasta que sea declarada inconstitucional es válida y debe ser aplicada (la validez es el argumento utilizado para explicar la aplicabilidad de la norma) por los órganos aplicadores del Derecho. Con estos antecedentes, Kelsen llega a la conclusión paradójica de que "las llamadas leyes inconstitucionales son leyes conformes a la Constitución, pero pueden ser dejadas sin efecto mediante un procedimiento especial". Por eso la norma es anulable y no es nula; anulación que implicaría despojar a la norma (acto) "del sentido objetivo que le da una norma". De ahí que podamos afirmar que la inconstitucionalidad no es tanto un medio forjado a partir del propio ordenamiento fundamentado en la

idea de unidad del sistema que hay que preservar, sino como el resultado de la decisión de un órgano jurisdiccional que tiene atribuida precisamente esa función específica. Por tanto la inconstitucionalidad es más bien producto de la relación ley/órgano jurisdiccional (Tribunal Constitucional) que ley/Constitución. Desde aquí se entiende que Kelsen considere que la ley válida inconstitucional es una contradicción en adjecto, en el sentido de que la ley sólo puede ser válida fundándose en la Constitución, y una ley inválida no es que sea inconstitucional, sino que no es ley. Por tanto creo que tiene razón Nino cuando escribe que según este planteamiento las leyes inconstitucionales también derivan de la Constitución y, por otro lado, desaparecería el sentido de la distinción entre normas jurídicas válidas o inválidas, ya que todas serían válidas. Creo que en el fondo del planteamiento kelsiano late la confusión entre la aplicabilidad de la norma y la inconstitucionalidad de la norma, pues la única manera de poder entender que una ley inconstitucional sea válida es que es obligatoria mientras no se anule. La aplicabilidad de la norma, por tanto, es diferente a la validez, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (1960), traducción de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. 273 y ss. También Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, p. 60, Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del Derecho* (1980), Ariel, Barcelona, 1991, p. 156 y, en general, María José Fariñas, *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991.

(30) "La validez como vinculatoriedad es condición necesaria para la validez como pertenencia", Francisco J. Laporta, "Vindicación del observador crítico...", citado, p. 137. Sobre la idea de validez en Kelsen, Ross, Hart y Dworkin puede verse José Delgado Pinto, "Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas", en *Doxa* n.º 7, 1990, pp. 101-167.

casos fáciles exista una previa deliberación (ya no aplicación directamente) con ánimo de poner el caso en relación con los principios del sistema. Ya pueda tratarse de que la norma implique un valor o que sea un medio para lograr la consecución de fines serán, de esta manera, los principios los que hagan los casos fáciles o difíciles.

Desde esta perspectiva la dificultad vuelve a ampliarse alrededor de los casos fáciles. Por ejemplo, habría que ver hasta qué punto la figura del juramento —recuérdese el caso de los parlamentarios de Herri Batasuna que deseaban realizar el juramento con una fórmula propia<sup>(30)</sup>— puede ser compatible —artículos 4 y 20 del Reglamento de la Cámara del Congreso de los Diputados— con la libertad ideológica (artículo 16) y el valor del pluralismo político (Artículo 1.1) que consagra en su prótulo la Constitución.

## 2.B) LOS CASOS TRÁGICOS

Creo que puede defenderse que los casos trágicos son también casos difíciles. Son casos difíciles —en el sentido cuantitativo— de que pueden tener varias respuestas. Pero a diferencia de los casos difíciles —en sentido cualitativo— tienen una desgracia añadida: en los casos trágicos no hay respuesta, o sí hay pero ninguna es correcta, entendida tal corrección como que cualquier solución que se elija será contraria al ordenamiento jurídico porque será contradictoria con otra solución que también permite el mismo ordenamiento y que puede ser adoptada por el órgano decisor.

Un ejemplo de caso trágico lo constituye, a juicio de Manuel Atienza, la sentencia dictada por el juez Calvo Cabello en la que absolvió a un joven insumiso, ya que en este caso "el juez no podía, en el caso en cuestión, dictar una resolución que satisficiera todas las exigencias que el Derecho —ampliamente entendido— le planteaba, y optó, de manera muy razonable, por el mal

menor: evitó cometer una injusticia grave —castigar con una pena considerable una acción no sólo no reprochable, sino supererogatoria— y lo hizo afectando en la menor medida posible el ordenamiento jurídico"<sup>(36)</sup>. Pero volviendo al establecimiento de esta nueva categoría de casos trágicos creo que esta nueva modalidad no afecta a la distinción entre casos fáciles y difíciles (con la vaguedad con la que se establece dicha diferenciación) si bien en la familia de los casos difíciles, debido a una diferencia cualitativa, podrían encuadrarse los casos trágicos. Ya fuera del enfoque desde el que se realiza esta distinción podríamos pensar que siempre ocurre un caso trágico cuando existe una contradicción entre el Derecho positivo y lo que se piensa que debería ser el Derecho positivo.

## 2.C) LOS CASOS DIFÍCILES

Una vez que hemos visto cuando acontece los casos difíciles, que de manera resumida podemos decir que se producen cuando algunos casos tienen problemas para poder encontrar respuesta en alguna norma jurídica, y sin negar la responsabilidad que asume el juez en la toma de decisión, habida cuenta de la libertad de la que goza, —aunque también sería preciso apuntar que habría que distinguir la jurisdicción ordinaria de la constitucional—, es aquí donde tiene virtualidad la argumentación, mediante la cual se trata de ofrecer criterios racionales para decidir; se trata de orientar esa libertad que posee el órgano decisor en estos casos, ofrecer pautas que cubran de manera limitada ese amplio espacio de lo discursivamente posible. Hay que conjugar la creación judicial con la necesidad de justificar las decisiones y en este campo es donde tiene su importancia la argumentación jurídica. La amplitud de la que gozan los operadores jurídicos que reforzada en cuanto parece que "las reglas del sistema controlan los casos claros, pero no los de penumbra"<sup>(37)</sup>.



Si bien es defendible presentar la actividad judicial en el mismo plano que la actividad legislativa, si por algo se diferencia de la de los órganos legislativos es, precisamente, en que aquella encuentra más limitaciones en su ejercicio que la de éstos, diferencia por tanto cuantitativa—referente al número de límites— y no cualitativa, como ya destacaba Kelsen<sup>(38)</sup>. Así, concretamente, en relación con los casos difíciles McCormick opina que una decisión ante este tipo de casos está mínimamente justificada si a) es universal y b) por un lado si mirando hacia el Derecho la decisión guarda los requisitos de coherencia y consistencia con el sistema jurídico y si tiene en cuenta, mirando hacia el mundo, las posibles consecuencias de la decisión<sup>(39)</sup>. Esta es la propuesta de McCormick para argumentar jurídicamente, de manera más o menos correcta, ante un caso difícil. En mi opinión, estas propuestas para afrontar los casos difíciles con una racionalidad que vaya más allá de la lógica deductiva, tienen ciertas limitaciones y vaguedades. A continuación expondré algunas de ellas.

## 2.C.1. LA UNIVERSALIDAD<sup>(40)</sup>

2.C.1.a) Es cierto que el principio de la universalidad está implícito en la justificación deductiva<sup>(41)</sup>, es decir, que el hecho de que en todo caso la conclusión se siga de las premisas ya de por sí constituye su formalización jurídica; pero el principio de universalidad no se agota en la idea de que se realice siempre una justificación deductiva de tal forma que figure una norma general en la premisa mayor. También tiene incidencia en relación con la premisa menor en cuanto que si de la concurrencia de ciertos elementos X se concluye que se ha realizado el hecho Y, se debe asociar siempre a la presencia de tales elementos X la misma conclusión: se ha realizado el hecho Y, en lo que se refiere a la premisa fáctica. Uniendo ambas reflexiones podemos llegar a la conclusión de que la universalidad no

se refiere solamente a una norma (premisa mayor) ni a unos hechos (premisa menor) sino a una relación, en el sentido de que siempre que se produzca esos hechos, de lo que se predica la universalidad es de la relación que vincula una conclusión determinada a esos hechos similares desde un punto de vista jurídico, a la manera de efecto y causa. Lo que se establece con este principio, por tanto, es una relación universal.

Es obvio que lo que le hace justo al principio de universalidad es que responde a la idea de seguridad jurídica, es un requisito del imperio de la ley; así pues, en un medio de evitar la arbitrariedad. No hay que confundir la universalidad con la igualdad, pues ésta no se refiere al número de individuos a los que se aplica la norma sino que atañe a las condiciones de aplicación que la norma estatuye para que pueda desplegar sus consecuencias<sup>(42)</sup>. Uno de los principales túneles por donde se evade la pretendida rigidez formal de este principio es en el establecimiento del grupo que es objeto del tratamiento universal, pues ¿en función de qué criterio se establece el tratamiento uniforme? ¿es que acaso las semejanzas no se construyen?. Por de pronto si se aparta un fallo de la ratio decidendi de la decisión rompiendo de esta manera el principio de inercia perelmaniano (así explica Perelman el respeto al precedente) debe justificarse, exponer los motivos de dicho apartamiento. De esta manera se resuelve una posible petrificación del ordenamiento en base a la aplicación de este principio, pues o bien porque cambie la norma—se atribuya un significado distinto al enunciado normativo— o bien porque se entienda que se han modificado las circunstancias que motivaron aquella decisión o sea distinta la valoración de los hechos, se justifica de esta manera un alejamiento de la doctrina establecida, lo que nos conduce a la paradoja de que el criterio de universalización que presentaba una cierta vocación atemporal resulta que es contextual, relativo al contexto en que se aplica. Por

<sup>(31)</sup> Francisco Javier Ezquiaga, "Los juicios de valor en la decisión judicial", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, p. 40. En este mismo sentido Luis Prieto, *Ideología e interpretación jurídica*, citado, p. 84; Antonio Hernández Gil, *La Ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Civitas, Madrid, 1981, p. 58; Kark Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de Marcelino Rodríguez, Ariel, Barcelona, 1980, p. 193.

<sup>(32)</sup> Letizia Gianformaggio, "Lógica y argumentación...", citado, p. 89.

<sup>(33)</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, "Sobre principios y reglas", en *Doxa* n.º 10, pp. 101-119. Recientemente, Luis Prieto, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

<sup>(34)</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, "Sobre principios...", citado, p. 117.

<sup>(35)</sup> STC 119/1990 de 21 de junio.

<sup>(36)</sup> Manuel Atienza, "Un dilema moral...", citado, p. 30.

<sup>(37)</sup> Genaro R. Carrió, *Notas sobre Derecho...*, citado, p. 72.

<sup>(38)</sup> Hans Kelsen, *Teoría Pura...*, citado, p. 353.

<sup>(39)</sup> Neil McCormick, *Legal Reasoning...*, citado, en concreto el capítulo quinto.

<sup>(40)</sup> Sobre éste imperativo puede verse Günther Patzig, *Hechos, normas, proposiciones* (1980), traducción de Jorge M. Peña, Alfa, Barcelona, 1986, en concreto su artículo "El imperativo categórico en la discusión ética actual", pp. 147-166. Asimismo Adela Cortina, "La calidad moral del principio ético de la universalización", en *Sistema* n.º 77, 1987, pp. 111-120.

<sup>(41)</sup> Manuel Atienza, *Las razones del Derecho...*, citado, p. 141.

<sup>(42)</sup> Francisco J. Laporta, "El principio de igualdad: Introducción a su análisis", en *Sistema* n.º 67, 1985, pp. 3-31.

(43) Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Para este autor la expectativa de certeza jurídica es un fenómeno cultural (p. 27), y está estrechamente vinculada con el sistema de valores de la sociedad y por ello las interpretaciones aceptables tienen que ser no sólo racionales sino razonables (p. 295).

(44) Sobre lo razonable puede verse Luis Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*, Diánoia, México, 1971. M. Atienza, "Para una razonable definición de 'razonable'", en *Doxa* n.º 4, 1987, pp. 189-200. Con alguna ligera variación el mismo artículo en "Sobre lo razonable en el Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 27, 1989, pp. 93-109. La expresión "razonable" tiene una fuerte connotación moral. Recuérdese lo que dice el artículo 4 del Código civil: "La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita".

(45) Manuel Atienza, *Las razones...*, citado, p. 142. Que decidir según criterios de equidad no suponga la vulneración del principio de universalización se entiende gracias a la distinción entre universalidad y generalidad. Así dos normas pueden ser igualmente universales aunque una sea menos general que la otra porque tenga un ámbito de aplicación más restringido, pero se aplica universalmente a todos los casos que caigan en su ámbito de aplicación, también Francisco J. Laporta, "El principio de igualdad...", citados pp. 6 y ss.

(46) Citado por Luis Prieto, *Sobre principios...*, citado, p. 169.

(47) Esta la dejamos de lado porque es provisional en el sentido de que depende de la información de los hechos, de que no se produzcan percepciones engañosas etcétera, Manuel Atienza, *Las razones...*, citado, p. 146.

tanto el principio de universalidad como criterio de validez, diferente al contenido de las reglas del discurso, tiene sus limitaciones.

Al igual que la utilización de la lógica deductiva, el criterio de universalidad representa un instrumento de racionalidad formal en la toma de decisiones, puesto que no entra en la justicia material del trato que se universaliza. A este planteamiento responde el criterio de precedente, que es una fuente formal de Derecho, pero ¿el que una decisión sea universal la hace correcta?

2.C.1.b) El principio de universalización es una manifestación de la justicia formal, aunque, como concluí anteriormente, contextual. La pregunta sobre la corrección de la decisión nos hace plantearnos que tal vez sea un elemento necesario pero no suficiente el de la universalización de la ratio decidendi de la decisión. La rigidez de este principio puede flexibilizarse. Es cierto que este principio formal responde, como ya advertí, a la seguridad o certeza jurídica, pero, como opina Aarnio, esta certeza jurídica implica: a) que no se produzca arbitrariedad y b) que el resultado que se adopte sea apropiado (43). Con esta última dimensión de la certeza jurídica incluimos criterios de justicia o preparamos el camino para la introducción de lo razonable (44) en la argumentación, pero sin abandonar la racionalidad formal que conlleva este requisito; con otras palabras, decidir según criterios de equidad no significa vulnerar el principio de universalidad (45) siempre y cuando ante el mismo caso para el que se dictó una decisión apropiada (razonable) se dicte la misma decisión a no ser que se trate de un asunto diferente. Por tanto la solución a otro asunto diferente tiene que afrontarse con vocación de universalidad. Este es el límite de esta situación ciertamente parecida a aquella en que se encuentra el legislador. Con ello llegamos a la paradoja de que la quiebra de la regla formal de universalidad ha de llevarse a cabo respetando dicha re-

gla. Es decir, que la decisión ha de dictarse, como dice Greenawalt, como si fuese un precedente hacia el futuro (46). Así vemos cómo el criterio de la universalidad puede ser utilizado para dar soluciones racionales o razonables según interesa al órgano aplicador debido a la amplitud que le otorga dicho principio. Entendido así, el principio de universalidad puede constituir una medida para suministrar racionalidad a una argumentación ante un caso difícil pero mermado por la relatividad con que puede ser utilizado.

## 2.C.2. LA COHERENCIA Y LA CONSISTENCIA (argumentos de principio)

Sostendré en este apartado la tesis de que tanto la consistencia como la coherencia no ofrecen un camino eficaz para presentar a un juez vinculado estrictamente por el Derecho. O al menos, que estos principios no vienen a añadir nada a lo que ya sabemos. Ambos, consistencia y coherencia, tratan de conseguir que la decisión se integre en el cuerpo legislativo existente, adaptándose al sistema establecido.

La coherencia —que MacCormick divie en normativa y narrativa según se refiera al Derecho y a los hechos, aunque aquí insistiremos en la primera (47)— aporta al juez, cuando está ante algún caso difícil, la necesidad de que la solución se adecue al conjunto de principios y valores que se derivan racionalmente del sistema. Esto es acorde con el espíritu que siempre se ha atribuido a la interpretación que no es otro sino el de tratar de conseguir, y este es uno de los criterios que orientan su actividad, una cierta armonía con el sistema jurídico. A continuación expondré algunos problemas que afectan a la exigencia de coherencia (48).

2.C.2.a) Según creo pueden borrarse los contornos que tratan de diferenciar la coherencia de la argumentación consecuencialista, pues ambas en ocasiones aparecerán unidas ya que, como escribe Juan Ramón de Páramo, "creo

que se puede aceptar una interpretación de una decisión cuyo argumento consecuencialista consista en la precisión de obtener un resultado acorde con los principios que se derivan del sistema" (48). De esta forma la adecuación de una decisión a los principios o valores del sistema puede presentarse bajo el ropaje de un argumento consecuencialista según el cual el fin primordial es incardinar la solución dentro de este entramado de fines y valores.

2.C.2.b) El argumento consecuencialista se aproxima aún más al de la coherencia si las consecuencias que hay que tener en cuenta son las previstas por las normas. Y, por otro lado, también es posible que ambos tipos de argumentos estén en oposición.

Otra cosa es que fuera del Derecho existan también principios y valores, difíciles de concretar, que puedan orientar la labor del juez y que además estos contribuyan a que el Derecho evolucione y cambie.

2.C.2.c) Pero el principio de la coherencia queda realmente desactivado en cuanto existen contradicciones dentro del sistema jurídico. Lo que a priori parecía ser una exigencia con pretensión de aminorar el carácter valorativo o de elección de las resoluciones de los casos difíciles resulta que a su vez abre otra vía a la valoración, pues la intervención de los juicios de valor en la elección de la coherencia es inevitable. Por eso la coherencia no resuelve el problema. Es un concepto gradual, de tal manera que una decisión es más coherente que otra dependiendo con qué sector o bloque normativo se la compare. La coherencia, que se presentaba con un elemento de control respecto del contenido de las decisiones, resulta que diluye su eficacia al no poder establecerse un criterio jerárquico que indique qué decisión es la que presenta mayor grado de coherencia. Lo que sí parece es que la coherencia tal vez deba referirse más bien a reglas que a principios porque al menos así presenta unos referentes más precisos. O lo que es lo mismo: es más difícil delimitar el gra-

do de coherencia respecto de un principio que de una regla (49), de ahí tal vez la necesidad de completar la coherencia con el discurso racional. Esto no significa que no tenga utilidad referirse a la coherencia, pues funciona como una idea regulativa que orienta la labor del intérprete y le hace asumir la responsabilidad y el hecho de suplir la insatisfactoria racionalidad de lo establecido por el legislador (51). Y, por otro lado, es posible exigir que la solución sea coherente con el mayor número de principios y reglas del sistema, con lo que puede verse cierta utilidad al criterio de coherencia desde este punto de vista cuantitativo.

Por otra parte la consistencia se refiere a que la decisión que se adopte no contradiga las normas válidas que pertenecen al Derecho vigente. No está circunscrita solamente al campo de las normas, sino también al de los hechos en el sentido de ajustarse a la realidad, en concreto en materia de prueba. La consistencia es un tipo de coherencia más específico (a fin de evitar errores lógicos, de fallar sin realizar un estudio riguroso de las pruebas), pero no por ello a salvo de entrar en contradicción con la coherencia, pues no es impensable que ciertas decisiones vulneren el principio de consistencia en favor de un mayor grado de coherencia. Ante un caso difícil la coherencia y la consistencia en definitiva supone un esfuerzo por revestir los pronunciamientos con argumentos jurídicos que provengan de enunciados jurídicos.

### 2.C.3. ARGUMENTOS CONSECUENCIALISTAS

Los argumentos consecuencialistas suponen incorporar la idea del diálogo frente al monólogo "insensible" de la lógica; es una manera de demostrar que el juez no tiene un velo de ignorancia frente a la sociedad y que no está a solas con la ley. De esta manera la actividad judicial presenta su labor como más abierta, más comunicativa, en diálogo con factores sociales de los que

(48) Sobre la coherencia es interesante el artículo de Vittorio Villa, "La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* n.º 3, 1986, pp. 567-595.

(49) Juan Ramón de Páramo, "Razonamiento jurídico e interpretación constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional* N.º 22, 1988, pp. 89-116, p. 26.

(50) Se produce la paradoja de que si bien son los principios los que posibilitan que podamos referirnos al Derecho como un sistema, haciendo posible la idea de la coherencia, sin embargo estas reglas más genéricas ofrecen más dificultades para comprobar la coherencia de una decisión que una regla más concreta.

(51) Luis Prieto, *Sobre principios...*, citado, p. 184.

(<sup>32</sup>) Luis Prieto, *Sobre principios...*, citado, p. 172, nota 51.

(<sup>33</sup>) Aulis Aarnio, *Lo racional...*, citado, p. 263.

(<sup>34</sup>) Neil MacCormick, "Le raisonnement juridique", en *Archives de Philosophie du Droit*, tome 33, 1988, p. 109.

(<sup>35</sup>) Neil MacCormick, "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (dirección y coordinación), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, la traducción del artículo es de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Ariel, Barcelona, 1990, pp. 9-22, en concreto p. 17.

(<sup>36</sup>) Genaro R. Carrió, *Notas sobre Derecho...*, citado, p. 60.

puede servirse para evaluar su decisión, es escuchar a quien es parte interesada en todos los procesos: la reacción de una audiencia que constituye la sociedad, además de quienes se ven directamente afectados por las decisiones.

Creo que este tipo de argumentos es decisivo a la hora de justificar la solución de un caso difícil. Pero los argumentos consecuencialistas pueden dar lugar a realizar unos breves comentarios, entre los que se refleja algunos problemas que presenta este tipo de argumentos.

2.C.3.a) El utilitarismo del acto — que no de la regla— chocaría contra otro principio como es el de la universalidad. A no ser que dicho acto se generalizara, con lo que el utilitarismo del acto pasaría a ser utilitarismo de la regla (<sup>37</sup>).

2.C.3.b) Las consecuencias parecen referirse más bien a las implicaciones lógicas y no a prever todas las consecuencias. Según MacCormick las consecuencias que hay que tener en cuenta no son tanto las que se derivarían de un acto sino las de la norma en la que se basa la decisión que establece un tipo de conducta determinado. Estas consecuencias pueden verse con relación al mundo (ámbito social) en el que cabe plantearse por la generalización de la decisión (que pasaría si se generalizara la misma), y, por otro lado, en relación con el Derecho, si responden tales consecuencias a los fines que se propone el derecho. Aarnio lo dice con otras palabras: "Las consecuencias de una decisión jurídica pueden ser de naturaleza causal (por lo que respecta a los efectos de la decisión en el mundo real) o siste-

mática (por lo que respecta a los efectos de la decisión en el sistema jurídico)" (<sup>38</sup>).

Para MacCormick los argumentos consecuencialistas implican tomar en consideración: a) las implicaciones lógicas del juicio, consideradas por la referencia a la gama de casos hipotéticos que él cubre, y b) los resultados o consecuencias prácticas que resultarían o podrían resultar de la existencia de una regla que muestra esas implicaciones lógicas (<sup>39</sup>). Hablar obviamente de consecuencias presupone una voluntad capaz de evaluar (¿según qué criterios?) las consecuencias.

2.C.3.c) La referencia a los criterios de los que se ayuda el juez para evaluar las consecuencias de sus decisiones está íntimamente ligada a la presentación del Derecho como una herramienta social. En las elecciones últimas apelar a la racionalidad es inútil cuando nos encontramos ante la opción de dos posibilidades igualmente racionales (<sup>40</sup>). Por eso hay que mirar a la realidad social aunque en el sistema jurídico existan normas o principios que sólo tengan sentido desde el cálculo real de su operatividad transformadora en la realidad misma. Comparto las palabras de Genaro R. Carrió cuando escribe que "a los jueces no les basta con conocer a fondo las normas jurídicas y sus fuentes, tienen que poseer información sobre ciertos aspectos básicos de la vida de la comunidad, un conocimiento serio de las consecuencias probables de sus decisiones. De lo contrario ni ellos ni otros estarán en condiciones de cumplir una función social verdaderamente útil" (<sup>41</sup>).