

Directores

Luis Vega
 Hubert Marraud

Secretaria

Paula Olmos

Edición Digital

Roberto Feltrero

La indeterminación jurídica de la respuesta a los casos difíciles

Miguel López Paúl

Programa de Doctorado en Filosofía en la Escuela de Doctorado de la UNED

Línea de investigación: Lógica, Filosofía del Lenguaje y Teoría de la Argumentación.

miguellopezpaul@reicaz.com

RESUMEN

Para dar cuenta del fenómeno conocido como "neoconstitucionalismo" parece conveniente una nueva teorización del derecho: la superación del paradigma positivista en la versión de H. Hart, y su sustitución por la concepción postpositivista de R. Dworkin. En el modelo de Hart, desempeña un papel clave la tesis la discrecionalidad judicial con que los tribunales resuelven los casos difíciles, lo que explica la imposibilidad del consenso sobre cuál sea la respuesta correcta a tales casos. Dworkin defiende que la falta de consenso no impide admitir que los casos difíciles tengan siempre una única respuesta correcta, determinada por el sistema jurídico. Intentaremos justificar que la tesis de la discrecionalidad de Hart no puede ser sustituida por la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin, y sostendremos que aquella tesis, debidamente purificada, debe mantenerse en la nueva teorización del derecho.

PALABRAS CLAVE: argumentación jurídica, casos difíciles, discrecionalidad, indeterminación, neoconstitucionalismo, positivismo.

Artículo recibido el: 05-09-2015

Artículo aceptado el: 31-05-2016



Copyright©MIGUEL_LÓPEZ_PAÚL

Se permite el uso, copia y distribución de este artículo si se hace de manera literal y completa (incluidas las referencias a la Revista Iberoamericana de Argumentación), sin fines comerciales y se respeta al autor adjuntando esta nota. El texto completo de esta licencia está disponible en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/legalcode.es>

ABSTRACT

To account for the phenomenon known as "neoconstitutionalism", it seems appropriate a new legal theory, that overcomes the positivist paradigm, in the version of Hart, and that replaces it by the postpositivist conception of R. Dworkin.

In Hart's theory the idea of discrecionalidad plays a fundamental role, to explain the way courts of justice solve difficult cases. Dworkin defends that the impossibility of reaching consensus does not prevent admitting that difficult cases always have an only right answer, determined by the legal system. I'll try to justify that the thesis of discrecionalidad of Hart can not be replaced by the thesis of the only right answer of Dworkin, and I will defend that, properly purified, the thesis of discrecionalidad must be maintained in the new legal theory.

KEYWORDS: difficult cases, discrecionalidad, indeterminacy, legal reasoning, neoconstitutionalism, positivism.

1. INTRODUCCIÓN

Como señala Atienza, cinco han sido las concepciones del derecho dominantes en la cultura occidental a lo largo del último siglo: formalismo, positivismo, realismo, iusnaturalismo y escepticismo -marxismo y criticismo- (Atienza, 2013). Entre todas ellas, no cabe duda de que la positivista ha sido paradigmática en el derecho continental. Pero el fenómeno conocido como "neoconstitucionalismo", esto es, el paulatino abandono del modelo del "estado legal de derecho", y su sustitución por el modelo del "estado constitucional de derecho", ha hecho surgir el debate sobre la conveniencia de una nueva teorización que dé cuenta del mismo (Guastini, 2006).

Esa nueva teorización, que se ha dado en llamar "postpositivismo", difiere del paradigma positivista en la explicación y valoración de diversos modelos, como los de la estructura, la aplicación y la validez normativa, los de las relaciones entre normas y entre la creación y la aplicación de las mismas, así como también sobre los modelos de la ciencia y la enseñanza del derecho (Aguiló, 2008). Pues bien, uno de los modelos que distinguen el paradigma positivista y la nueva teorización, es aquel con que cada uno pretende dar cuenta del modo en que los tribunales resuelven los llamados "casos difíciles".

2. LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD DE HART.

En la versión del positivismo que emana de la obra *El concepto del derecho*, Hart propone un modelo explicativo de la estructura normativa en términos de dos tipos de reglas (Hart, 1961):

1.- Reglas primarias, que son, o bien sancionadoras, o bien de acción:

1.1.- Las primeras tienen por consecuencia jurídica una sanción, que se prevé para el caso de que concurran las circunstancias previstas en el supuesto de hecho legal.

1.2.- Las segundas tienen por consecuencia jurídica una acción, que debe llevarse a cabo u omitirse, caso de concurrir las circunstancias previstas en el supuesto de hecho legal.

2.- Reglas de reconocimiento, que regulan las relaciones entre las reglas primarias.

Concibe el derecho, por tanto, como un sistema exclusivamente de reglas que, si bien es muchas veces expresión de los principios morales, no lo es nunca de forma necesaria. Y es que el derecho puede tener cualquier contenido, al no depender esencialmente de la moral. Por eso la materialidad de las reglas primarias no tiene relevancia a la hora de juzgar su validez.

Si las normas de reconocimiento determinan la aplicación de cierta regla primaria, aunque ésta sea injusta, no por ello deja de ser válida y debe aplicarse al caso. Para Hart, afirmar la validez de una regla equivale a decir que viene determinada por la aplicación de los criterios impuestos por la regla de reconocimiento. Sin embargo, admite que el derecho positivo es incapaz de adelantarse a todo caso posible, lo que provoca que continuamente surjan casos difíciles, que no pueden resolverse con el sistema de reglas primarias y de reconocimiento, esto es, que o no pueden subsumirse en ninguna norma del sistema, o son subsumibles en varias, al mismo tiempo.

Ante un caso difícil, -sostiene Hart- no queda más que dejar que los aplicadores del derecho decidan discrecionalmente, esto es, que construyan sus propias reglas de decisión, actuando como legisladores para el caso concreto. En los casos difíciles el juez tiene permitida la adopción de cualquiera de las soluciones alternativas, teniendo que acudir, para su resolución, a criterios extranormativos.

Como los principios y criterios que orientan su resolución por el juez no forman parte del sistema jurídico, no se puede pretender que sea éste el que determine la respuesta a los casos difíciles, y el sentido de la misma queda a la discrecionalidad del aplicador del derecho, pues el sistema jurídico le permite cualquiera de las soluciones. Acoge Hart la tesis escéptica, tomada del realismo jurídico, de que ante un caso difícil sólo hay una variedad de respuestas, todas ellas aceptables conforme al sistema jurídico de referencia, siendo, por tanto, su resolución, una cuestión de mera voluntad, y no de descubrimiento de cuál la respuesta correcta.

No es sólo que no resulte posible el consenso sobre el sentido correcto de la resolución de los casos difíciles, sino que, como el sistema no proporciona una respuesta a los mismos, ni siquiera tiene sentido plantear si tiene una respuesta que sea la jurídicamente correcta. Esta tesis implica que las resoluciones judiciales de los casos difíciles, aunque puedan ser explicadas psicológica o sociológicamente, no son jurídicamente justificables, puesto que se justifican con criterios extrajurídicos.

La tesis de Hart supuso un avance en el paradigma positivista, pues gracias a él se sacudió el lastre del formalismo jurídico. Las concepciones formalistas negaban la existencia de casos difíciles, consecuentemente con la tesis de que todo caso tiene respuesta, y una sola respuesta correcta. La ausencia de norma en que subsumir el supuesto de hecho concreto, entendían los formalistas que debía conducir, simple y llanamente, a la desestimación de la demanda o a la absolución del reo. Y es que, si se pretende una consecuencia jurídica de un hecho al que no se la ha anudado el derecho, tal pretensión no puede ser acogida por un tribunal.

Hart puso de manifiesto que semejante simplificación era incompatible con la complejidad del foro, en el que, contra lo afirmado por los formalistas, abundan los casos que sí admiten varias respuestas, todas ellas coherentes con el sistema jurídico. Es más, el estudio de los dilemas morales ha permitido identificar otro tipo de casos, semejantes a los difíciles, y que Atienza califica como "trágicos", que son aquellos que admiten también varias respuestas, pero ninguna coherente con el sistema jurídico de referencia (Atienza, 1991; Lariguet, 2004). Hart explicó la respuesta judicial a aquellos casos que admiten diversas respuestas, en términos de discrecionalidad judicial.

3. LA TESIS DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA DE DWORKIN.

Dworkin defiende que, si creemos, *prima facie*, que hay casos que admiten soluciones alternativas ello se debe, no a que no tengan una única solución correcta, sino a que concebimos equivocadamente el derecho, como mero sistema de reglas, cuando es en realidad un sistema de reglas, principios y directrices (Dworkin, 1977). Desde esta perspectiva, aun admitiendo casos cuya solución no viene dada por una norma entendida como regla de acción, no por ello debe abandonarse la idea de que todo caso tiene una única solución correcta, determinada por el sistema jurídico. Pues, cuando falte la regla de acción, los criterios o principios que hayan de guiar la resolución, han de concebirse como integrantes del sistema jurídico, con lo que habrá de admitirse que es éste el que determina el sentido de la respuesta al caso difícil, y no la discrecionalidad judicial.

Con esta propuesta, pretende Dworkin evitar constituir al juez en legislador para el caso concreto, junto con la vulneración del principio de irretroactividad que, a su juicio, supondría admitir que el juez construyese una norma a posteriori de los hechos que se pretende subsumir en ella. Según Dworkin, sólo en una visión del derecho que lo identifique con normas, y prescinda de principios y directrices, se puede mantener la

tesis de la discrecionalidad judicial. Y como juzga negativamente la discrecionalidad del juez, entiende se le debe exigir la demostración de su decisión, previa la búsqueda y ponderación de criterios y la construcción de una teoría que la justifique. La respuesta correcta será, entonces, la que resulte de la teoría óptima, esto es, la que mejor permita integrar los materiales jurídicos vigentes.

A juicio de Dworkin, un caso se califica de difícil cuando, incluso practicada toda la prueba, ni siquiera un "juez Hércules" -en expresión del propio Dworkin, aunque más bien parece referirse a un juez divino, omnipotente y omnisciente- puede subsumirlo en ninguna regla de acción, o decidir en cuál de ellas subsumirlo. Ahora bien, a la luz de todo el material jurídico vigente, y no sólo de las reglas de acción, sino también de los principios, un juez hercúleo, previa la ponderación de los principios en liza, sí podría elaborar en cada caso una teoría óptima del derecho, sobre cuya base demostrar una única respuesta correcta.

Conviene precisar que Dworkin tiene muy presente que incluso el concepto de "caso fácil" es compatible con el error. Pero lo atribuye a que los jueces, de hecho, no son omniscientes, no a la falta de solución correcta de todos los casos. El error, como el desacuerdo, se deben a nuestra incapacidad para disponer de un mecanismo con que elaborar una teoría óptima del derecho en cada caso concreto. Pero ni el error, ni la falta de acuerdo, ni nuestra incapacidad para dar con un procedimiento mecánico que conduzca a la respuesta correcta, justifican, según Dworkin, la tesis de la discrecionalidad. Porque sostiene que un juez hercúleo sí podría descubrir -y no meramente elegir- la respuesta correcta a cada caso difícil, en cada sistema jurídico de referencia.

4. CLASIFICACIÓN Y CAUSAS DE LOS CASOS DIFÍCILES.

4.1. En el positivismo

En su obra *Razonamiento legal y teoría del derecho*, MacCormick llevó a cabo una clasificación causal de los casos difíciles que, aunque incompleta, es perfectamente coherente con el paradigma positivista, que sólo concibe la estructura del sistema jurídico en términos de reglas de acción o sanción, y la aplicación de las normas en términos de subsunción (MacCormick, 1978).

Partiendo de la idea usual de que el esquema básico de la argumentación judicial es el *modus ponens*, con dos premisas, una normativa y otra fáctica, considera

que los problemas o factores que determinan la dificultad de los casos judiciales, y hacen necesaria la discrecionalidad, en atención a la premisa que se vea afectada, son:

- 1.- De relevancia, o identificación de las normas aplicables al caso.
- 2.- De interpretación de dichas normas.
- 3.- De prueba de los hechos discutidos.
- 4.- De calificación de los hechos probados.

Atienza añade otras dos fuentes de problemas, que también pueden afectar a la premisa normativa del silogismo judicial, y que son perfectamente asumibles dentro de una concepción positivista de las normas como reglas de acción, cuales son (Atienza, 2013):

- 5.- De la validez de la norma aplicable al caso.
- 6.- Procesales, que soslaya MacCormick al considerar sólo los sustantivos.

4.2. En el postpositivismo.

Como Dworkin integra en el sistema jurídico los principios y las directrices, esto es, los criterios en que debe apoyarse el juez para resolver los casos difíciles, los factores que pueden determinar la dificultad de los casos aumentan en los dos siguientes, relacionados con la aplicación de los principios y las directrices (Atienza, 2013):

- 7.- De ponderación entre principios en competencia.
- 8.- De valoración de los medios más adecuados para alcanzar el fin señalado por las directrices.

5. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA TESIS DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA.

En su origen histórico, la teoría de la argumentación jurídica, representó, a mi juicio, una suerte de transición entre los paradigmas positivista, al estilo de Hart, y postpositivista de Dworkin. Sin pretender servir para la verificación de la tesis de la única respuesta correcta, sí contribuyó al esfuerzo iniciado por Perelman y Olbrechts-Tyteca para superar la tesis de que las decisiones judiciales, en los casos difíciles, sólo son susceptibles de explicación psicológica o sociológica, pero no de justificación

conforme al sistema jurídico (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1958). Ahora bien, los dos principales constructores de la teoría de la argumentación jurídica, Neil MacCormick y Robert Alexy, evolucionaron en sus obras posteriores hacia el postpositivismo de Dworkin.

El primero en formular una teoría de la argumentación jurídica fue MacCormick en la obra ya citada *Razonamiento legal y teoría del derecho* (MacCormick, 1978), y lo hizo, todavía en una perspectiva positivista, como complemento de la propuesta de Hart, para soslayar las críticas de Dworkin, quien pretendía que el positivismo hartiano no daba cuenta adecuada del modo en que los tribunales estadounidenses resuelven los casos de derecho constitucional. Sin embargo, el propio MacCormick, en una de sus últimas obras, *Retórica y estado de derecho* (MacCormick, 2005), abandonó el decisionismo positivista de Hart, y se pasó a la tesis de la única solución correcta de Dworkin.

En cuanto a Robert Alexy, en su obra *La teoría de la argumentación jurídica* (Alexy, 1978) sostuvo una posición moderada, sin pretender inicialmente que su código de la racionalidad argumentativa sirviera para determinar una única respuesta correcta, en los casos en que son discursivamente posibles respuestas alternativas. Sin embargo, en una contribución posterior, "La fórmula del peso" (Alexy, 2003), terminó proponiendo un mecanismo para la ponderación del peso de los principios en liza, que sirviera para el cálculo de la única respuesta correcta en los casos difíciles.

6. LA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO LEGAL DE MACCORMICK.

Cuando Hart escribió *El concepto del derecho*, en 1961, la argumentación jurídica no era un tema de reflexión en la teoría del derecho. Sin embargo, para los críticos de Hart, su obra tenía importantes implicaciones en materia de razonamiento legal y, aunque había permitido superar la simplicidad de las tesis formalistas, el rápido recurso a la discrecionalidad judicial la dejaba ayuna de criterios para la justificación de las decisiones judiciales sobre casos difíciles.

Esas críticas mostraron la necesidad de una reflexión complementaria sobre la manera en que una teoría como la de Hart podía ser utilizada, no sólo para promover la comprensión del derecho, sino también para explicar la dinámica de su aplicación. Neil MacCormick intentó llenar ese vacío, tal y como él mismo reconoció en el prólogo a la edición de 1994, de su obra *Razonamiento legal*:

La teoría del derecho analítica positivista abrazada por Hart está abierta al desafío, y ha sido desafiada, por su supuesta incapacidad de dar una explicación satisfactoria del razonamiento legal especialmente del razonamiento en sede judicial. Este libro intentó responder a ese desafío.

Dicho autor defiende la posibilidad de justificación racional de la respuesta judicial a los casos difíciles. Resolver los casos difíciles exige elegir entre teorías rivales. Una vez se ha hecho la elección, y tomado la decisión, de ésta se puede construir una justificación puramente deductiva. Pero para que la justificación sea completa, debe mostrarse cómo se ha llegado a la elección entre aquellas teorías. Frente al formalismo jurídico, que no concebía otro criterio de evaluación de argumentos judiciales que el formal o lógico, MacCormick introduce elementos de la concepción material para la evaluación de argumentos. Pero no emplea criterios pragmáticos, que no aparecerán en la evaluación de la argumentación judicial hasta Alexy (Atienza, 2013).

Esos criterios formales y materiales que, a juicio de MacCormick, servirán para la justificación de la respuesta judicial a los casos difíciles, se distribuyen entre la justificación interna y la justificación externa de toda decisión judicial. La justificación interna o “de primer orden”, única que contemplaba el formalismo jurídico, es la que exige consistencia entre premisas y conclusión. Ésta ha de seguirse deductivamente de aquéllas, de modo que, si lo hace, la resolución está justificada. Pero no lo estará suficientemente, para un positivista antiformalista, si la resolución no respeta, además, el criterio de la universalidad (tratamiento igual de casos iguales) y contiene una justificación de sus premisas fácticas y jurídicas, que es la “de segundo nivel”, o externa.

En cuanto a la justificación externa de las premisas, ha de estar adornada de dos tipos de coherencia, según la naturaleza de las mismas:

- Normativa: La norma seleccionada ha de ser coherente con el sistema de leyes y precedentes, esto es, subsumible en el mismo, y derivable de él.
- Narrativa: La selección de la premisa fáctica ha de apoyarse en la prueba practicada, dando cuenta de su resultado.

Además de la justificación interna por respeto a la lógica, al criterio de la universalidad, y a la coherencia de las premisas, en los casos difíciles, cabe una justificación adicional de la resolución mediante apelación a las consecuencias de las teorías en liza. En todo caso, a pesar de los criterios a respetar para que la respuesta al caso

difícil sea juzgada racional, MacCormick niega tajantemente que tales criterios sirvan para dar con una única respuesta correcta.

Los casos difíciles son casos límite, en los que no está claro qué se debe resolver, y aparecen en el horizonte varias salidas como razonables. Lo único que pretende con su teoría es ofrecer criterios de racionalidad con el fin de acotar el campo de la discrecionalidad. De este modo, no se garantiza poner al juez ante una sola respuesta correcta, pero sí se le orienta sobre el modo en que debe justificar su decisión, para que sea juzgada razonable.

7. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ALEXY.

Robert Alexy, con su obra *Teoría de la argumentación jurídica*, concibe dicha teoría como una suerte de código evaluativo de la corrección -entendida como racionalidad- del discurso práctico, tanto general, como jurídico (Alexy, 1978). Reconoce expresamente que su investigación está motivada por el deseo de evitar la conclusión positivista de que las valoraciones necesarias para la resolución de casos difíciles, quizá puedan ser explicadas psicológica o sociológicamente, pero no justificadas racionalmente. No descarta que tal conclusión sea cierta, pero no le parece deseable, si se quiere evitar convertir a los jueces en creadores de derecho.

A tal fin, desarrolla una teoría analítico-normativa del discurso jurídico, pretendiendo con ello establecer criterios para juzgar su corrección, sobre el presupuesto de que en el discurso jurídico, como en el discurso práctico general, del que aquél es concebido como caso especial, la afirmación de enunciados conlleva la pretensión de su corrección. La especialidad del discurso jurídico radica en que se lleva a cabo bajo una serie de condiciones limitadoras, cuales son: la ley, el precedente, la dogmática y el proceso. La pretensión de corrección implica que todo enunciado jurídico es racionalmente justificable bajo la consideración de esas condiciones -es decir, en el ordenamiento jurídico vigente-. Qué quiera decir esto, exige responder primero a la cuestión de qué quiera decir "racionalmente justificable".

A tal efecto, construye Alexy una teoría general del discurso práctico racional, formulada por medio de reglas pragmáticas y formas de argumentos, a modo de código de la razón práctica. La propuesta de Alexy traslada la exigencia de fundamentación desde los enunciados hacia la actividad de argumentar. Por eso califica sus reglas de "pragmáticas". No son axiomas de los que se puedan deducir los

enunciados prácticos, sino reglas y formas, cuyo respeto y adopción es suficiente para que pueda predicarse corrección del discurso práctico.

Advierte que la aplicación de las reglas del discurso práctico ni permite predecir el resultado, ni garantiza que resulte convincente, porque la mayoría de los enunciados normativos son, como sus negaciones, discursivamente posibles, esto es, compatibles con las reglas del discurso práctico. Pero deben respetarlas para ser juzgados correctos. Y, para tener por correctos los enunciados jurídicos, no basta que respeten el código del discurso práctico general. Es preciso que, además, concuerden con el sistema jurídico positivo -condiciones limitadoras antes apuntadas: ley, precedente, dogmática y proceso-.

Para la integración de la corrección con la concordancia, elabora Alexy su teoría de la argumentación jurídica, complemento necesario de su teoría general del discurso práctico racional. Así, una vez formuladas las reglas del discurso práctico general, explicando cómo deba entenderse la expresión "racionalmente justificable", pasa al desarrollo de una teoría de la argumentación jurídica, para explicar qué deba entenderse por la expresión "justificable en un ordenamiento jurídico vigente", o sea, en la ley, el precedente, la dogmática y el proceso.

Para superar la tesis positivista de que las decisiones judiciales sólo pueden ser explicadas, pero no fundamentadas, se sirve de la distinción de Reichenbach entre los contextos de descubrimiento y de justificación de las decisiones jurídicas. El primero, en cuanto proceso que lleva a la decisión, sólo es susceptible de explicación. Pero el segundo, en cuanto fundamentación de la decisión tomada, sí admite el juicio de corrección o racionalidad. Y aquí retoma la distinción de MacCormick entre justificación interna y externa. Una primera forma de justificar la racionalidad de una decisión es expresándola como conclusión de un razonamiento lógico -justificación interna-. Pero la justificación de sus premisas -justificación externa- también es necesaria para valorar la racionalidad de la decisión.

Las premisas pueden ser, bien normas de derecho positivo, bien enunciados empíricos, bien premisas de otra naturaleza distinta de las anteriores:

- La justificación externa de las normas de derecho positivo tiene lugar mostrando su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico.
- La justificación externa de los enunciados empíricos, mediante los métodos de las ciencias naturales, máximas de la presunción racional -prueba indiciaria- y reglas de carga de la prueba.

- Finalmente, la justificación externa de las demás premisas -normas que no forman parte del derecho positivo- tiene lugar mediante seis tipos de formas argumentales y reglas argumentativas distintas: reglas de interpretación, reglas extraídas de la dogmática jurídica, reglas extraídas de los precedentes, reglas de la argumentación práctica general, reglas de la argumentación empírica, y formas especiales de argumentos jurídicos -analogía, *a contrario*, *a fortiori* y *ad absurdum*-.

Alexy, con su propuesta, muestra cómo la tesis positivista de que las decisiones judiciales no pueden ser justificadas, carece de fundamento. Sin embargo, él mismo reconoce que no pretende satisfacer a quienes identifican racionalidad con seguridad. Aunque no es, a su juicio, la producción de seguridad lo que da racionalidad a la jurisprudencia, sino el cumplimiento de una serie de condiciones. El respeto a las reglas y formas argumentativas de la discusión jurídica garantiza la racionalidad o corrección del resultado de la misma, aunque no determine su contenido.

A su juicio, la inseguridad no convierte en inútil la teoría del discurso como criterio de corrección. Desde luego, puede servir como criterio negativo de la racionalidad de un argumento. También contiene exigencias útiles para guiar la búsqueda de la decisión correcta. Pero todo juicio de corrección de una decisión judicial tiene siempre un carácter provisional, pues puede ser revisado y refutado.

8. LA TESIS DE FERRAJOLI SOBRE LA COMPATIBILIDAD DEL POSTPOSITIVISMO CON LA DISCRECIONALIDAD.

Centrado el debate sobre la disyuntiva entre la tesis de la discrecionalidad y la tesis de la única respuesta correcta, cuando parecía aquélla inherente al positivismo de Hart, y ésta inseparable del postpositivismo de Dworkin, Ferrajoli, aun defendiendo en su obra *Pasado y futuro del estado de derecho*, la necesidad de la nueva teorización para dar cuenta del neoconstitucionalismo, entiende imposible desterrar la tesis de la discrecionalidad en el modelo explicativo de la respuesta judicial a los casos difíciles (Ferrajoli, 2003).

Para Ferrajoli, en efecto, el neoconstitucionalismo exige nuevos modelos para explicar la estructura de las normas (reglas y principios), la dogmática (descriptiva y crítica) y la jurisprudencia (subsunción y ponderación). Tiene así, muchos puntos en común con Dworkin. Admite que puede haber normas formalmente vigentes, pero materialmente inválidas. Sin embargo, entiende que las dos nociones de validez,

formal y material, derivan ambas del derecho dictado por la autoridad: el legislador o el constituyente. No concibe el derecho como práctica social argumentativa, sino que tiene lo que Atienza denomina una "concepción autoritativa del derecho" (Atienza, 2007). Y esto entraña algunas diferencias con Dworkin.

Una de ellas la encontramos, precisamente, en relación con el modelo explicativo de los casos difíciles. Y es que Ferrajoli concibe la aplicación del derecho en términos de subsunción más discrecionalidad judicial, mostrándose escéptico sobre la posibilidad de superar la discrecionalidad en la ponderación de principios.

9. LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS DE ALEXY.

Saliendo al paso de la cuestión, Alexy ha ido más allá de su teoría de la argumentación jurídica, buscando legitimar la ponderación de principios, en su artículo titulado "La fórmula del peso" (Alexy, 2003). Alexy, al exponer su teoría de la argumentación jurídica, parecía pretender que, mediante los criterios de justificación interna y externa del razonamiento jurídico, ya bastaba para juzgar acerca de la racionalidad y corrección de las decisiones jurídicas.

Sin embargo, y aun cuando su teoría era más completa, en cuanto a la identificación de criterios de justificación externa, que la de MacCormick, tenía, como ésta, una limitación sustancial, cual es que resultaba aplicable en exclusiva al razonamiento subsuntivo, como si acaso el derecho estuviese compuesto sólo por reglas de acción, y no también por principios, cuya aplicación requiere, no de subsunción, sino de ponderación, como sostuviera Dworkin.

Si en su teoría de la argumentación jurídica Alexy había intentado dar cuenta de la justificación racional en la subsunción de casos bajo normas, en el trabajo al que ahora nos referimos, intentará dar cuenta de la justificación racional de la ponderación de principios. Pero en esta obra a la que ahora aludimos, va mucho más lejos de lo que pretendiera en 1978. Considera que la legitimidad y la racionalidad de la ponderación dependen, en última instancia, de su estructura. Y si el análisis estructural de la ponderación revelara que no puede ser sino fruto de una decisión arbitraria, entonces su racionalidad y, por ende, su legitimidad como método, quedarían en entredicho.

Alexy analiza la estructura de la ponderación de principios, en cuanto operación dirigida a su máxima realización jurídicamente posible -proporcionalidad en sentido estricto-, dividiéndola en tres pasos:

Primero: Determinar el grado de afectación de uno de los principios en juego.

Segundo: Determinar el grado de importancia en la satisfacción del otro principio en juego.

Tercero: Decidir si el grado de la importancia en la satisfacción de uno de los principios justifica la afectación del otro.

Y formula la siguiente "ley de la ponderación":

Cuanto mayor sea el grado de afectación de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

Expone dos ejemplos de casos reales, tomados de la jurisprudencia alemana, en que, a su juicio, el resultado de una colisión de principios se decidió de forma racional.

En uno de ellos, ejemplo de recurso de inconstitucionalidad, se trataba de decidir si estaba justificada la obligación de introducir advertencias en los paquetes de tabaco sobre los riesgos inherentes al mismo. Para resolverlo, había que ponderar la injerencia en la libertad de empresa que dicha obligación representa, con la importancia de las razones de salud pública que se alegaban para justificar la obligación impugnada. El tribunal constitucional alemán entendió que las advertencias en los paquetes de tabaco constituían una injerencia leve en la libertad empresarial, pero el peso de las razones que justifican la intervención era grave. Consecuentemente, falló en contra del recurso interpuesto por los fabricantes de tabaco, y declaró ajustada a la constitución la norma recurrida.

En el otro caso, ejemplo de recurso de amparo, se trataba de decidir si eran injuriosos ciertos comentarios vertidos en una revista, en la que se calificó de asesino tullido a un militar minusválido. Para resolverlo, había que decidir si la sentencia impugnada había vulnerado el derecho a la libertad de expresión, al condenar a los editores de la publicación, lo que a su vez exigía una ponderación entre el grado de injerencia en la libertad de expresión que representaba la condena judicial previa, y la importancia de las razones que la justificaban.

Pues bien, aun considerando que la condena constituía una injerencia grave en el derecho a la libertad de expresión, se entendió justificada, en cuanto a la injuria consistente en calificar de tullido a un discapacitado, porque aún más graves eran las

razones por las que se había impuesto la condena, para la salvaguarda del derecho al honor de la víctima. No así, en relación con la injuria consistente en calificarle de asesino, en cuanto militar, por entender que ello constituía una afectación menos grave de su derecho al honor, que la intervención en el derecho a la libertad de expresión en que consistía la condena.

Con estos ejemplos, Alexy pretende rebatir a quienes, como Habermas y Schlink, afirman que la ponderación se lleva a cabo «de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares o jerarquías a las que se está acostumbrado» (Habermas, 1992), y que «las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto (...) sólo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo» (Schlink, 1984). Según Alexy, con sus ejemplos queda desvirtuada la tesis según la cual la ponderación admite cualquier tipo de decisiones. Es obvio que no admite decisiones en que, considerándose más elevado el grado de importancia de la satisfacción de uno de los principios en juego, que la injerencia en el otro, se resuelva a favor de la protección de éste. Ni decisiones en que, considerándose más leve grave el grado de satisfacción de un principio, que la injerencia en el otro, se resuelva favor del primero.

Y en el curso de su análisis de la estructura de la ponderación, Alexy propone una serie de escalas, grados, valores, notaciones y fórmulas para el cálculo de la racionalidad en la ponderación de principios, que no viene a cuento reproducir aquí. Sin embargo, como apunta Atienza, Alexy se limita a la formulación de criterios formales para la resolución de conflictos. No aporta criterios para la justificación material de la asignación de grados de afectación de los principios en conflicto (Atienza, 2013). Y ésta es la razón por la que, a mi juicio, el postpositivismo sigue siendo, a pesar de Alexy, compatible con la tesis de la discrecionalidad. Los principios forman parte del sistema jurídico, y su ponderación es necesaria cuando entran en conflicto. Pero no hay reglas jurídicas que determinen cuál sea el sentido de la ponderación, porque falta una escala métrica para la asignación de grados de afectación de los principios. Y, faltando la escala, no puede pretenderse que el sistema jurídico determine el resultado de la ponderación, con lo que la apelación a la discrecionalidad parece inevitable.

10. LA TESIS DE HABERMAS SOBRE LA NATURALEZA DEONTOLÓGICA DE LOS PRINCIPIOS.

Habermas formulará una tesis sumamente original, para excluir la discrecionalidad, sin pretender que exista mecanismo alguno para determinar la respuesta correcta en caso de conflicto entre principios. La limitación apuntada por Atienza, en relación con la fórmula del peso de Alexy, está en la base de la crítica que Habermas dirige, en su obra *Facticidad y validez*, hacia una concepción axiológica de los principios y hacia la ponderación como modelo para la resolución de sus conflictos (Habermas, 1992).

Habermas no se opone a conceder un papel clave a los principios para entender el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos. Lo que rechaza es su concepción axiológico-teleológica, como valores, o reglas de fin, pues entiende deben explicarse en términos deontológicos, esto es, como reglas de acción. Y ello, precisamente, -dice Habermas citando a Denninger- porque «el proceso de preferir unos valores a otros (...) escapa de todo rigor conceptual y lógico», porque los valores han de ponerse en una relación transitiva con los demás valores, pero para ello "faltan criterios racionales".

La ponderación de valores se realiza «o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva». Y es que los bienes jurídicos carecen de unidades de medida unívocamente aplicables. En cambio, si los principios son sustraídos al análisis de costes, al modelo economicista de fundamentación propuesto por Alexy, si son concebidos como reglas de acción, en caso de colisión, no es menester una decisión sobre en qué grado haya de cumplirse cada cual. Lo que se deberá hacer es seleccionar la norma que mejor se acomode al caso. Pero la que venga al caso y las que, aun habiendo sido candidatas a ello, no resulten finalmente de aplicación, no se comportan entre ellas como valores en competencia, que hubieran de realizarse en distinta medida en cada caso, sino como normas adecuadas o inadecuadas -cosa de todo o nada, y no de grado-.

La aplicación del derecho, orientada por principios, debe entenderse acerca de qué acción es de recibo en un conflicto dado, y no acerca del mejor equilibrio entre bienes o valores. Sólo concibiendo los principios como reglas de acción y no como valores o reglas de fin, pueden integrarse en un sistema coherente. Porque, si ha de haber una respuesta correcta a cada caso, tal cosa sólo es posible en un sistema coherente.

Así pues, lo que sostiene Habermas es que, si se quiere mantener la tesis de la respuesta correcta, ha de ser a costa de prescindir del concepto de ponderación en la aplicación de los principios. Si los principios se entienden como reglas de acción, los que en cada caso estén en liza, pugnarán entre sí como lo hacen las reglas de acción, excluyéndose mutuamente. Y si el caso es difícil por haber principios que consistan en normas contradictorias, si tiene una respuesta correcta, será por la aplicación de los mecanismos del sistema jurídico que permiten salvar las contradicciones entre normas.

Así -añado yo-, un caso de pugna de los principios de libertad de expresión y derecho al honor como el que describe Alexy, podrá resolverse mediante el principio de la ley especial. Si, con carácter general existe libertad de expresión, también hay una norma -el derecho al honor debe ser respetado y su conculcación debe ser indemnizada-, que excepcionalmente restringe aquella libertad y sanciona su uso, si del mismo resulta una injuria, con lo que está justificada la indemnización concedida al perjudicado.

De este modo, Habermas sostiene que, si ha de ser posible una única respuesta correcta a cada caso, para ello es necesaria una concepción exclusivamente deontológica de todas las normas, cuyo único procedimiento de aplicación sea de naturaleza subsuntiva. Sin embargo, como luego justificaremos, Habermas no tiene presente que la valoración y la ponderación pueden ser necesarias incluso como paso previo a la aplicación subsuntiva de las reglas de acción.

9. DOS CRÍTICAS A LA TESIS DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA DESDE POLOS OPUESTOS

9.1. Los *Critical Legal Studies* de Duncan Kennedy.

Es obvio que Dworkin relativiza la distinción entre casos fáciles y difíciles, al concluir que todos tienen una sola respuesta correcta. También algunos de los integrantes del movimiento conocido como *Critical Legal Studies*, como, por ejemplo, Duncan Kennedy, relativizan esa distinción entre casos fáciles y difíciles, pero lo hacen en un sentido distinto al de Dworkin.

Para Kennedy, lo que no hay en realidad son casos fáciles, esto es, casos con una única respuesta correcta. Es el polo diametralmente opuesto al del formalismo jurídico, que -ya hemos adelantado- concibe todos los casos como fáciles.

Recordemos que Hart y Dworkin, en posiciones intermedias, admitían unos y otros, aunque luego cada cual los tratase con modelos explicativos distintos. En el artículo titulado "Libertad y restricción en el juicio", Kennedy reflexiona sobre la incertidumbre en las predicciones sobre los resultados de los litigios judiciales y sus posibles causas (Kennedy, 1986). Ve la causa de su incertidumbre como juez, en la imposibilidad de conocer por adelantado si podrá desarrollar un argumento legal para justificar el resultado deseado de un litigio (al que se refiere con la expresión "how-I-want-to-come-out", que designa con el acrónimo inglés "HIWTCO"), y que además persuada siquiera a una parte de la audiencia.

Porque puede darse el caso de que se construya un argumento jurídicamente plausible, pero que no convenza a nadie o casi nadie. Kennedy pone de manifiesto que el curso de los acontecimientos lo experimentamos como contingente, y que no tenemos una técnica de predicción con alto grado de certeza sobre cuál será la eficacia de nuestros argumentos.

Mientras se lleva a cabo la tarea de construir un argumento, la situación parece abrirse hacia una multiplicidad de posibles respuestas, ninguna de las cuales viola teorías firmemente asentadas. Y si uno falla en la construcción de un argumento legalmente plausible no sabrá si ello se debe a un fallo personal, o a una imposibilidad objetiva de dar con una respuesta legalmente aceptable. Cuando algún otro consiga el resultado que uno persiguió sin éxito, es fácil explicar el fracaso propio como fruto de un fallo personal. Pero cuando otros fallan en la consecución del mismo resultado, se tiende a explicar el fracaso propio en términos de imposibilidad objetiva. Aunque no se pueda probar convincentemente que no haya forma de alcanzarlo.

Porque no hay teoría que nos pueda decir por adelantado cuándo tendremos éxito con un argumento jurídico y cuándo no. Sólo nos queda intentarlo y esperar. Y Kennedy opina «con toda honestidad, que la gente que cree lo contrario, no sabe en realidad de qué está hablando». Todo lo más, cuando se afronta en la práctica profesional la pregunta por las posibilidades de éxito de las pretensiones en liza, puede responderse mediante la investigación empírica de precedentes judiciales u opiniones doctrinales sobre casos análogos. Y, si la investigación es buena, puede causar el acierto en el pronóstico. Pero éste, -añado yo- será siempre meramente probabilístico, y no en sentido métrico, sino sólo comparativo.

9.2. El iusnaturalismo de John Finnis.

Si el escepticismo caracteriza a los autores de la corriente conocida como *Critical Legal Studies*, la confianza en la objetividad de la respuesta correcta parece que debiera distinguir a quienes profesan el iusnaturalismo. Hasta tal punto es así que el propio Dworkin fue tachado de iusnaturalista, por defender la tesis de la respuesta correcta. Así, por ejemplo, Richards calificó la propuesta de Dworkin como "forma de iusnaturalismo en oposición al positivismo de Hart" (Richards, 1977).

John Finnis se encuadra en esta corriente de pensamiento jurídico que es el iusnaturalismo, pero vamos a mostrar la singularidad de su propuesta, contraria a la tesis de Dworkin. En su artículo titulado "Derecho natural y razonamiento legal", sostiene que:

una teoría del derecho natural en la tradición clásica no tiene ninguna pretensión de que la razón natural pueda determinar la única respuesta correcta para las numerosas cuestiones que se le plantean al juez, y para las que éste no encuentra una fuente clara (Finnis, 1998).

Parte de que el razonamiento jurídico, en cuanto razonamiento práctico, va desde razones para la acción a elecciones y acciones guiadas por esas razones. Para él, una teoría del derecho natural no es sino una "teoría de las buenas razones para la elección (y la acción)".

Esas razones están conectadas con ciertos bienes humanos básicos que tienen un carácter objetivo, como la vida humana, el conocimiento, la armonía entre los individuos y los grupos, etc. Y formula el que considera principio fundamental de la racionalidad práctica en los siguientes términos:

Toma como premisa al menos una de las razones básicas para la acción y desarróllala hasta que, de alguna manera, des lugar a una instancia de ese bien en la acción.

El razonamiento jurídico es un razonamiento técnico, no moral, en cuanto tiene que ver con el logro de un cierto fin, cual es el de resolver las disputas de cierta manera. Ahora bien, esa búsqueda de certeza está al servicio de un bien básico de carácter moral, cual es el de la armonía justa entre individuos y grupos. No obstante, los bienes básicos, igual que las razones para la acción ligadas a ellos, son inconmensurables entre sí. No hay una escala racional con la que poder pesar los bienes y los males que se nos aparecen ante las elecciones morales y políticas, igual que ante los casos difíciles. Y por eso discrepa de la tesis de Dworkin de que en el derecho hay, incluso

en los casos difíciles, una única respuesta correcta. Sólo concibe razones contra ciertas opciones, en el sentido de que no puede señalarse ninguna razón para tener por preferible la opción que implique dañar algún bien básico. Por eso habla de "absolutos morales", que excluyen, por ejemplo, dar muerte intencionalmente a otro, engañar deliberadamente, o tratar a alguien como objeto, o como ser inferior.

Pero, por lo demás, entiende que:

se exagera grandemente la medida en que la razón puede establecer lo que es un mayor bien o un menor mal, y se minimiza la necesidad de contar con fuentes autoritativas que, en la medida en que (...) respeten los pocos derechos y deberes morales de carácter absoluto, deben ser respetadas como única base racional para el razonamiento judicial y la decisión, en relación con las incontables cuestiones que no envuelven directamente esos derechos y deberes absolutos.

12. DISCRECIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE DIRECTRICES.

Tratemos ahora acerca de la discrecionalidad en la aplicación de directrices, para no hacernos acreedores de la crítica que Atienza y Ruiz Manero dirigen contra Alexy, al que reprochan haberse olvidado de la racionalidad en la argumentación jurídico-teleológica (Atienza y Ruiz Manero, 1996). Veremos, además, cómo este hilo argumental nos permite afinar el tratamiento de la pugna entre discrecionalidad y respuesta única, orientándola hacia su solución más razonable.

Como pone de manifiesto Atienza, las directrices tienen como destinatarios habituales a los legisladores y a los órganos administrativos (Atienza, 2013). Sin embargo, en ocasiones, también los jueces tienen que servirse del razonamiento teleológico, para justificar la adecuación de los medios elegidos, en orden a la consecución de los fines que les señala el sistema jurídico. Así sucede, de forma directa, por ejemplo, en los casos de crisis matrimonial, en que deben justificar las decisiones que tomen en interés de los hijos menores; y, de forma indirecta, siempre que tienen que controlar la aplicación de directrices por los poderes públicos.

Precisamente, en relación con el control judicial de las facultades discrecionales de los órganos administrativos, Tomás Ramón Fernández Rodríguez propone la distinción entre discrecionalidad legítima e ilegítima o arbitraria (Fernández Rodríguez, 2011). Pone de manifiesto un hecho que parece haber pasado inadvertido para los defensores de la tesis de la respuesta correcta, cual es la existencia de órganos aplicadores del derecho -no legislativos- con poderes discrecionales. El órgano con

poder discrecional tiene libertad para elegir entre diversas soluciones, dentro de los límites del ordenamiento jurídico, pero tiene que justificar las razones de su elección.

La suya ha de ser una elección, primero, fundada; segundo, racionalmente fundada. Sin este fundamento adicional, no habrá discrecionalidad legítima, sino arbitrariedad, que es su antítesis. Atienza pone el ejemplo de una sentencia dictada por el pleno de la sala tercera del Tribunal Supremo el día 27 de noviembre de 2007, que respalda la tesis de Fernández Rodríguez (Atienza, 2013).

El alto tribunal declaró nulo el nombramiento de dos de sus magistrados, por considerar que el Consejo General del Poder Judicial no había motivado suficientemente la elección. Según dice la sentencia:

Los demás participantes en la convocatoria litigiosa tienen trayectorias profesionales, publicaciones, actividades docentes o actuaciones formativas aparentemente muy similares a las de los nombrados. Por lo que no acaba de averiguarse cuál es la razón que lleva (...) a atribuir esos positivos juicios de valor sólo a las dos personas que resultaron elegidas o, en todo caso, a hacerlo en un grado superior. Esa pretendida explicación de los aquí discutidos nombramientos (...) no merece la consideración de verdadera motivación; y no la merece por muy (...) amplia que sea la potestad que legalmente tiene reconocida el Consejo para realizar esos nombramientos (que, efectivamente, lo es). Ha de compartirse, en consecuencia, el reproche que viene a realizar la demanda, de que no se está ante una verdadera motivación, sino ante una simple apariencia de ella.

En definitiva, nuestro Tribunal Supremo está exigiendo, en un caso paradigmático de discrecionalidad, como el examinado, en que la ley reconoce plena libertad para elegir a sus miembros entre los candidatos con mejor trayectoria profesional, que debe justificarse por qué los elegidos han de servir mejor que los demás candidatos a la función que se espera desempeñen, teniendo todos ellos méritos semejantes. No basta con mostrar los méritos de los candidatos, para luego elegir libremente entre ellos; es preciso justificar también el por qué de esa última elección.

13. DISCRECIONALIDAD LEGÍTIMA Y ARBITRARIEDAD.

La distinción que hace Fernández Rodríguez, entre discrecionalidad legítima y arbitrariedad, al tratar el tema del control judicial de la discrecionalidad de los órganos administrativos, en la aplicación de directrices, la extiende Isabel Lifante, a todo caso de valoración judicial (Lifante, 2002). Muestra cómo no cabe seguir concibiendo la discrecionalidad como un fenómeno meramente periférico, para casos excepcionales de falta de regla de acción. Y defiende la bondad de la discrecionalidad legítima. Debe contemplarse -a su juicio- como un fenómeno central y necesario para llevar a cabo

una de las funciones esenciales de los ordenamientos contemporáneos, cual es la de promover activamente ciertos fines o valores. Y para que la discrecionalidad sea legítima, no basta con que las evaluaciones de los órganos aplicadores estén racionalmente fundadas, sino que hace falta que su fundamentación se exprese en los textos de sus resoluciones, permitiendo así su control jurisdiccional. Defiende, en suma, que discrecionalidad no es incompatible con el control de la racionalidad de las evaluaciones de los órganos aplicadores. Y si hay posibilidad de control, la discrecionalidad no es mala.

Este enfoque presupone la necesidad de la discrecionalidad, y no sólo en casos excepcionales de falta de regla aplicable al caso, sino en toda ponderación en sentido amplio, como sinónimo de valoración. Sin embargo, muestra cómo la discrecionalidad no es óbice para su control jurisdiccional, con lo que permite afinar el objeto del debate. Superando la tradicional evaluación negativa de la discrecionalidad, pone de manifiesto cómo el objetivo de la racionalidad no consiste en su supresión, sino en su purificación.

Así pues, partiendo de la imposibilidad de eliminar la discrecionalidad en el derecho, el debate no puede ser ya entre discrecionalidad y racionalidad, sino, más bien, entre discrecionalidad legítima y discrecionalidad arbitraria.

14. CAUSAS DE LA INCERTIDUMBRE SOBRE EL SENTIDO DE LAS DECISIONES JUDICIALES.

El tratamiento de la incertidumbre, la indeterminación y la discrecionalidad resulta confuso por la ambigüedad de los distintos autores, pero las reflexiones de Isabel Lifante y Fernández Rodríguez ayudan considerablemente a clarificarlo. Existe una cierta tendencia a contraponer:

- Por un lado, casos fáciles, reglas de acción, subsunción y determinación.
- Por otro, casos difíciles, principios, ponderación y discrecionalidad.

Sin embargo, la ponderación, en sentido amplio, como sinónimo de valoración, es necesaria también como paso previo a la subsunción, en los casos de aplicación de reglas de acción y sanción, en que se susciten problemas con la justificación de las premisas fáctica y/o normativa. Porque no otra cosa sino valoración es lo que se necesita para resolver los problemas que señala MacCormick, de prueba y calificación de hechos, de identificación de la norma relevante, y de interpretación de la misma,

todos ellos relacionados con la aplicación subsuntiva de reglas de acción y sanción (MacCormick, 1978). O para resolver los otros dos tipos de problemas que apunta Atienza, en relación con la aplicación subsuntiva de reglas de acción y sanción, cuales son los de decisión sobre su validez y procesales (Atienza, 2013).

Por eso, aunque se entienda, con Habermas, que los principios y directrices deben concebirse en términos de reglas de acción, dado que su modelo aplicativo, el de la subsunción, tampoco permite prescindir de la discrecionalidad valorativa, la propuesta de Habermas no sirve para defender la tesis de la única respuesta correcta.

15. LO RAZONABLE Y LA RESPUESTA CORRECTA.

Atienza, aun desde una perspectiva postpositivista, acepta que los criterios de evaluación argumental, a la postre, son insuficientes para elegir entre respuestas alternativas, no sólo *prima facie*, sino incluso teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso (Atienza, 2013). Y, en la línea de Isabel Lifante, propone que su insuficiencia debe entenderse como una llamada a la idea de la "razonabilidad".

En un sentido amplio, toda resolución judicial, incluso la más simple, tiene que ser razonable y debe estar razonada. En un sentido más restringido, la necesidad de ser razonable se plantea, en relación con una resolución concreta, cuando parece haber un margen para decidir de una manera u otra, ambas racionales, según los criterios formales, materiales y pragmáticos.

Y en este punto, como sostiene Aarnio, la tesis de la única respuesta correcta, no nos ayuda en absoluto, porque no facilita herramientas para que el jurista alcance el mejor resultado posible, que es el de la máxima aceptabilidad. "Lo que realmente necesitamos en la sociedad no es una misteriosa única respuesta correcta, sino una justificación racional de las decisiones, en la medida de lo posible" (Aarnio, 2010).

16. INCERTIDUMBRE E INDETERMINACIÓN: LA ÚLTIMA DEFENSA DE DWORKIN.

Por dar la última palabra a Dworkin, a fin de valorar adecuadamente su propuesta, una vez ha tenido ocasión de enfrentarse a tan abundante crítica como la desplegada contra él desde 1977, y de la que la aquí expuesta es una pequeña muestra, veamos la distinción que hace entre incertidumbre e indeterminación en su última obra, titulada *Justicia para erizos* (Dworkin, 2011). Su idea central, en esa última obra, y a los

efectos que ahora nos interesan, es la de considerar falaz la tesis de que no existe una única respuesta correcta para cada caso.

Sostiene que, del hecho de que no podamos encontrar, en un caso determinado, un argumento decisivo a favor de una de las posibles salidas del mismo, se infiere ilegítimamente que el derecho está objetivamente indeterminado para ese caso, esto es, que no tiene una única respuesta correcta. A su juicio, lo único que se podría decir es que, subjetivamente, tenemos una incertidumbre sobre cuál sea la respuesta correcta. Concluye que la distinción entre incertidumbre e indeterminación es indispensable, y no sólo en el plano del discurso práctico, sino también en el del teórico.

Por eso, su tesis de la única respuesta correcta es compatible con su negación de un procedimiento algorítmico para alcanzarla, que encontramos en *La justicia con toga* (Dworkin, 2006). Niega en esa obra que el desacuerdo de hecho sobre la solución de casos difíciles constituya una prueba contra su tesis. Porque precisamente su tesis parte de que hay casos difíciles, a los que es consustancial el desacuerdo de hecho. Matiza que su propuesta es muy débil, en el sentido de que se limita a dar cuenta del hecho de que todos los que argumentan jurídicamente en favor de una u otra solución a un caso, lo hacen con pretensión de corrección, de que su respuesta al caso sea la mejor.

Él atribuye el escepticismo de los *Critical Legal Studies* a que, cuando éstos destacan las contradicciones entre principios, olvidan que esas contradicciones sólo tienen lugar prima facie, pero no consideradas todas las circunstancias del caso, tras un proceso de ponderación. Esto es, olvidan que hay un método para solucionar los conflictos, cual es el de la ponderación. Admite, no obstante, que ese procedimiento, excepcionalmente, pueda dar lugar a empates.

Podría reprochársele, con Atienza, que hay casos en que no es posible salir del conflicto entre principios, pero no porque su ponderación arroje un empate, sino porque las concepciones de fondo en liza son inconmensurables y, por ende, no ponderables (Atienza, 2013). Es verdad que Dworkin ya contempló esta crítica, pero rechazó de plano la incomensurabilidad de las teorías morales (Dworkin, 1984), lo que supone, en opinión de Atienza, una concepción, al menos, mínimamente objetivista de la moral (Atienza, 2013).

17. CONCLUSIONES.

a). Llama la atención que Dworkin defienda la determinación por el sistema jurídico del sentido de la respuesta correcta a cada caso, aun admitiendo que no exista a nuestra disposición un método algorítmico para dar con ella, viéndose obligado a apelar a una entidad metafísica, como el "juez Hércules", para justificar su propuesta. Es verdad que Dworkin sólo hace lo que Kant denominaría un uso reflexionante de la capacidad de juicio. Nos propone pensar los principios como normas del sistema jurídico, para defender la determinación de la respuesta correcta a los casos difíciles, y evitar convertir a los jueces en creadores de normas con efecto retroactivo. Dworkin no pretende un ingenuo pronunciamiento sobre cuál sea la realidad objetiva, que reconoce más allá de nuestra capacidad de conocer; tan sólo pretende mostrarnos cómo es necesario pensar -con necesidad, por tanto, meramente subjetiva-, si queremos evitar ciertos efectos que considera perniciosos.

Como hemos mostrado a lo largo del trabajo, su tesis es susceptible de ataque desde muy diversos puntos de vista, no sólo positivista, sino también iusnaturalista, crítico e incluso postpositivista. Pero una crítica que no hemos visto en ningún autor de los examinados, consiste en cuestionar los peligros que Dworkin quiere evitar con su propuesta. No hay por qué dar por buena su tesis de que, si se aceptan la discrecionalidad y la indeterminación de la respuesta correcta, el juez, en los casos difíciles, se convierta en legislador que dicte normas con efecto retroactivo. Y aunque se dé por buena su tesis, no hay motivo para valorar negativamente semejante fenómeno.

Primero, en los casos difíciles el juez no se convierte en legislador. Conforme a la tipología más amplia de casos difíciles -fruto de la obra de MacCormick y Atienza-, el juez lo que hace es valorar la prueba, calificar los hechos, decidir cuál sea la norma relevante para la resolución del litigio, juzgar su validez, interpretarla, ponderar los principios que entren en conflicto en el caso concreto, y valorar qué medios sean los más aptos para la consecución de los fines señalados por el sistema jurídico. Pero ninguna de estas tareas es propia del legislador.

Segundo, no hay motivo para valorar negativamente la eficacia retroactiva de las normas. Sólo la de las normas sancionadoras desfavorables, o restrictivas de derechos individuales. Pero, si son favorables al reo o al administrado, o ampliativas de derechos individuales, su aplicación retroactiva es buena. Además, el sistema jurídico puede dotarse de medios para impedir la aplicación retroactiva las normas

desfavorables o restrictivas. Así, por ejemplo, la prohibición implícita en el artículo 9.3 de la *Constitución Española*.

b) Desde otro punto de vista, llama la atención que Dworkin, después de denunciar la confusión entre incertidumbre e indeterminación, no se pregunte si acaso no será la indeterminación del derecho lo que cause la incertidumbre en la predicción e impida el consenso sobre la corrección de las decisiones. Desde luego, puede haber determinación e incertidumbre, si ésta se entiende de origen subjetivo, derivada de nuestra limitación predictiva y de nuestra incapacidad para un procedimiento algorítmico que nos permita dar con la solución correcta o mejor a cada caso difícil.

Aunque también puede suceder a la inversa, que dicha incapacidad sea consecuencia de la indeterminación objetiva del sentido de la respuesta. Es obvio que esta segunda conclusión será siempre provisional, pero la primera sólo será aceptable si se prueba que existe un procedimiento algorítmico para dar con la solución correcta a cada caso difícil.

Y mientras no se dé con él, me parece bastante ingenuo esperar consenso sobre la tesis de la determinación, pareciendo más razonable mantener la tesis de la indeterminación, siquiera con carácter -eternamente- provisional.

c) Además, no podemos olvidar que la incertidumbre predictiva se encuentra incluso en fenómenos que, aun siendo abarcables mediante conceptos métricos, no pueden explicarse sino mediante leyes deterministas en sentido no estricto, o mediante leyes probabilísticas. Y cuánto más cabrá esperarla en un ámbito, como el derecho, que no admite -o no ha podido reducirse hasta la fecha a- conceptualización métrica y en el que los pronósticos, cuando son posibles, sólo lo son en términos de probabilidad, entendida ésta en sentido meramente comparativo.

Precisamente, los problemas de la predicción en las ciencias naturales están entre aquellos que han provocado la crisis del positivismo en la filosofía de la ciencia. Resultaría, cuanto menos, contrario al espíritu de nuestro tiempo, epistemológicamente escéptico, que la superación del positivismo jurídico viniera de la mano de procedimientos algorítmicos y leyes deterministas en sentido estricto para predecir con certeza la solución correcta de todos los casos litigiosos. No es algo que

quepa esperar en el nuevo paradigma fruto de la crisis del positivismo en todos los campos.

En este momento en que en la física, modelo de ciencia matematizada, se plantea la posibilidad de la indeterminación, incluso en sentido objetivo, parece un tanto excéntrico defender en el derecho, cuya ciencia es modelo de falta de matematización, la determinación por el sistema jurídico de la respuesta correcta a los casos difíciles. Si cabe una jurisprudencia auténticamente científica, no será por esperar su matematización, sino porque la indeterminación y la incertidumbre no puedan eliminarse en ninguna ciencia que no sea meramente formal, por mucha métrica que algunas de sus ramas hayan conseguido introducir en la explicación de sus respectivos campos de aplicación.

La teoría de la argumentación jurídica que nos gustaría a los juristas prácticos sería la que permitiera lo que el propio Alexy reconoce que no puede procurarnos: seguridad y certeza. Y mientras tal cosa no pueda alcanzarse, y la métrica en la predicción no sea posible siquiera en términos probabilísticos, la tesis de la determinación, que está detrás de la tesis de la única respuesta correcta, creo debe juzgarse menos razonable que la tesis de la discrecionalidad.

d) Si la teorización postpositivista es necesaria para dar cuenta del neoconstitucionalismo, habrá que admitir que, aun con principios en el sistema jurídico, y aun entendidos éstos como reglas de fin, con ponderación para la resolución de sus conflictos, como las variables en cuya función se llevan a cabo las ponderaciones no son conceptos métricos, la discrecionalidad en la asignación de sus valores no se puede eliminar.

Y la propuesta de Habermas, de concebir los principios como reglas de acción, tampoco mejoraría las cosas, pues la indeterminación es perfectamente compatible con un modelo exclusivamente de reglas, dado que en este modelo no desaparecen las causas de los casos difíciles, ni la necesidad de valoración judicial para afrontarlos. Todo lo más, se podrá erradicar la arbitrariedad, exigiendo razonamiento de las valoraciones no determinadas por el sistema jurídico. Porque, aunque desde la teoría de la argumentación jurídica se pueda juzgar la racionalidad de las valoraciones en liza, no se puede determinar cuál de ellas deba fundamentar la decisión, en los casos tan habituales en que las valoraciones alternativas sean discursivamente posibles. Y es que lo discursivamente posible, es racional, por definición.

e) En definitiva, la postmodernidad se introdujo en la teoría del derecho por medio de la versión hartiana del positivismo jurídico y la influencia que sobre ella tuvo el realismo jurídico. Ese realismo jurídico que, a diferencia del epistemológico, no tuvo nada de ingenuo, fue, frente al formalismo jurídico, profundamente escéptico en cuanto a la determinación jurídica de las decisiones judiciales. Y dejó su impronta en el paradigma positivista, por medio de la tesis de la discrecionalidad, valioso aporte que, debidamente purificado, se debe conservar en la nueva teorización.

REFERENCIAS

- AARNIO, A., "¿Una única respuesta correcta?", AARNIO, A., ATIENZA, M. y LAPORTA, F., *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.
- AGUILÓ REGLA, J., *Sobre Derecho y argumentación*, Leonard Muntaner, Palma de Mallorca, 2008.
- ATIENZA, RODRÍGUEZ, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., "Constitución y argumentación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 24, pp. 197 y ss., 2007.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1978.
- ALEXY, R., "Die Gewichtsformel", JICKELI, J. et al., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, De Gruyter, Berlín, 2003.
- DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, Duckworth, Londres, 1977.
- DWORKIN, R., "A reply by Ronald Dworkin", COHEN, M., *Ronald Dworkin & contemporary jurisprudence*, Duckworth, Londres, 1984.
- DWORKIN, R., *Justice in robes*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2006.
- DWORKIN, R., *Justice for hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Sobre el Derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*, Universidad Complutense, Madrid, 2011.
- FERRAJOLI, L., "Pasado y futuro del Estado de Derecho", CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- FINNIS, J., "Natural law and legal reasoning", BREWER, S., *The philosophy of legal reasoning: a collection of essays by philosophers and legal scholars*, Garlanda, Nueva York, 1998.
- GUASTINI, R., *Lezione di teoria del Diritto e dello Stato*, Giappichelli, Turín, 2006.
- HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992.
- HART, H.L.A., *The concept of law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.
- KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Franz Deuticke, Viena, 1960.
- KENNEDY, D., "Freedom and constraint in adjudication: a critical phenomenology", *Journal of Legal Education*, nº 36, pp. 518 y ss., 1986.
- LARIGUET, G., "Conflictos trágicos y derecho. Posibles desafíos", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 27, pp. 317 y ss., 2004.
- LIFANTE VIDAL, I., "Dos conceptos de discrecionalidad", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 25, pp. 413 y ss., 2002.
- MACCORMICK, N., *Legal reasoning and legal theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.
- MACCORMICK, N., *Rhetoric and the rule of law. A theory of legal reasoning*, OUP, Oxford, 2005.
- PERELMAN, C. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, Presses Universitaires de France, París, 1958.

RICHARDS, D. "Rules, policies and neutral principles", *Georgia Law Review*, pp. 1081 y ss., 1977.

SCHLINK, B., "Freiheit durch Eingriffabwehr. Rekonstruktion des klassischen Grundrechtsfunktion", *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, p. 462, 1984.

M. LÓPEZ PAÚL: es Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Máster Universitario en Filosofía por la UNED (Especialidad en Lógica, Historia y Filosofía de la Ciencia). Abogado ejerciente en el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.