

La seguridad jurídica en la aplicación judicial del Derecho. De la previsibilidad a la argumentación

Por FEDERICO ARCOS RAMÍREZ

Universidad de Almería

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA RESPUESTA FORMALISTA.—3. LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD Y EL MITO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.—4. UNA CERTEZA Y PREVISIBILIDAD JURÍDICAS BASADAS EN LA MORAL CRÍTICA: DE LA INDETERMINACIÓN Y DISCRECIONALIDAD DE LA LEY A LA UNIDAD DE SOLUCIÓN CORRECTA DE LOS PRINCIPIOS.—5. LA PREVISIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES CENTRADA EN EL CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO: UNA PREVISIBILIDAD REAL Y NO SOBRE EL PAPEL.—6. DE LA PREVISIBILIDAD AL CONTROL DE LAS DECISIONES JUDICIALES. LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

1. INTRODUCCIÓN

En la mentalidad de gran parte de los juristas la seguridad jurídica aparece estrechamente unida a la previsibilidad de las decisiones de los poderes públicos, en especial, a la de aquéllas que adoptan los órganos jurisdiccionales. No hay duda de que son estas decisiones las que inciden de un modo más directo y trascendente sobre los derechos e intereses de los ciudadanos o —quizás habría que decir— de aquellas personas que son «lo suficientemente desafortunadas, litigantes, malvadas o santas como para encontrarse en presencia de un tribunal»¹. El pensamiento iusfilosófico manifiesta una inclinación

¹ DWORKIN, R., *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, p. 1.

similar por identificar la seguridad jurídica con la previsibilidad de las decisiones judiciales. Prueba de ello es que uno de los mayores teóricos del Derecho del siglo XX, como es Kelsen, define la seguridad jurídica como el hecho de que «las decisiones de los Tribunales son previsibles hasta cierto grado y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al Derecho pueden orientarse en su comportamiento»².

El valor de esta previsibilidad descansa en la seguridad de orientación de la que precisan los individuos para gozar de autonomía. Si consideramos que los hombres aspiran a actuar de acuerdo con un plan de vida diseñado por ellos mismos, el individuo autónomo sería aquél que puede considerarse, hasta cierto punto, «autor de su propia vida», determinando su forma y dirección³. La idea liberal del *rule of law* es que una persona no puede hacer esto, salvo que conozca la clase de ambiente social al que se enfrenta, y lo cierto es que, con frecuencia, uno de los principales elementos del mismo es el derecho, hasta el punto de que «en muchos casos las decisiones jurídicas son la única razón propiamente dicha de una planificación de futuro»⁴. En tal caso, la obtención de un conocimiento cierto de las normas jurídicas conferiría certeza a la acción (López de Oñate), permitiendo realizar un pronóstico o evaluación anticipada de los riesgos y ventajas que conlleva la realización de un determinado acto⁵.

Se ha cuestionado, no obstante, hasta qué punto estamos ante una exigencia racional y ética o, más bien, ante una ideología alimentada por una necesidad exclusiva de individuos calculadores carentes de cualquier sentimiento de adhesión al sistema jurídico distinto del propio interés. Para algunos críticos, únicamente este tipo de individuo previsor y amoral —el *bad man* holmesiano— precisaría que las decisiones judiciales fueran anticipables antes que justas o equitativas⁶. Esta concepción del valor de la previsibilidad jurídica se apoyaría pues en una concepción económica tanto del comportamiento humano en presencia de normas jurídicas (*homo aeconomicus*) como de la seguridad jurídica, en una línea —en el caso de ésta— de clara inspiración *weberiana*⁷.

² KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª edición, trad. de R. Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 260.

³ Vide. BERLIN, I., «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de J. Bayón, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 231-232. Según RAZ, eso no significa que la imagen del individuo autónomo sea la de un hombre compulsivo y completamente sujeto a reglas que decide, cuando es joven, qué vida tener y emplea el resto de ella en vivir según ese plan. RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 370-371.

⁴ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 26.

⁵ IRTI, N., *La età della decodificazione*, Milano, Giuffré, 1986, p. 95.

⁶ KENNEDY, D., «Form and substance in Private Law adjudication», *Harvard Law Review*, 89, 1976, pp. 1773-1774.

⁷ Como es sabido, el sociólogo alemán destacó los profundos vínculos existentes entre la racionalidad formal del Derecho moderno y los intereses del capitalismo y

Ciertamente, la previsibilidad del Derecho resulta especialmente valorada por los sujetos calculadores y mejor situados para conformar sus conductas a tales reglas que por quienes son demasiado ignorantes, débiles o poco inteligentes para hacerlo⁸. No obstante, parece difícil negar que articular planes de acción sobre la base de un conocimiento previo de las normas jurídicas constituye una necesidad de todos los sujetos de Derecho. Como ha señalado Finnis, la previsibilidad y certeza jurídicas aseguran a los sujetos a una autoridad la dignidad de la autodeterminación y la libertad frente a ciertas formas de manipulación⁹. Certeza jurídica, información, previsibilidad de las consecuencias jurídicas y libertad de acción formarían así una secuencia que funciona de un modo casi mecánico.

Empero ¿son verdaderamente previsibles las decisiones de los Tribunales? Si así es ¿de qué tipo de previsibilidad estamos hablando? En caso contrario ¿es posible lograr que lo sean o se trata por el contrario de una aspiración inalcanzable? De ser así ¿es posible seguir predicando la seguridad del derecho judicial? No da la impresión de que sean éstas cuestiones que hayan preocupado en exceso al pensamiento jurídico de los últimos cien años y, cuando lo ha hecho, parece haber sido en un tono antes destructivo que constructivo. En cualquier caso, es posible encontrar algunas aportaciones con las que ensayar respuestas a estos interrogantes.

2. LA RESPUESTA FORMALISTA

La cultura jurídica ilustrada creyó haber encontrado un método perfecto para garantizar la objetividad y la previsibilidad de las decisiones de los Tribunales. Durante el *Ancien Règime*, debido a su subordinación a la monarquía, la actuación de la magistratura había representado una amenaza permanente para la libertad y seguridad de los ciudadanos. Por esta razón, el iluminismo jurídico supeditará el fin de una judicatura subjetiva, arbitraria y descontrolada y, por ende, la separación de poderes y la seguridad jurídica de los pronunciamientos jurisdiccionales, a la fidelidad de los Jueces a la Ley. No se trata, empero, de cualquier Ley, ni de cualquier fidelidad.

la burguesía. Weber sostenía que el primero precisaba para su progreso y desarrollo un Derecho previsible que pudiera «calcularse como una máquina» y una administración guiada por reglas formales. WEBER, M., *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, trad. de L. Legaz Lacambra, Barcelona, Península, 1979, p. 16.

⁸ ATIYAH, P. S., & SUMMERS, R., *Form and substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 73-74.

⁹ FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980, pp. 272-273. Vide en un mismo sentido RAZ, J., «The Rule of Law and its virtue», en *The Authority of Law*, Oxford, 1979, p. 221; LUCAS, J., *The Principles of Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1985, p. 151.

Por un lado, los ilustrados sucumbieron al mito del legislador racional¹⁰, que atribuye al Derecho unas propiedades ideales imposibles de hallar en el legislador de carne y hueso. Ello permitió –entre otras cosas– considerar al Derecho un sistema formal coherente y completo integrado por directivas aplicables formalmente, sin necesidad de discernimiento (esto es, por reglas), en condiciones de determinar completa y estrictamente las decisiones judiciales¹¹. La plenitud y determinación del Derecho garantizaban la certeza de las Leyes y, con ello, la previsibilidad y objetividad de las decisiones judiciales¹². Entre éstas y las Leyes no había pues cualquier tipo de vinculación, sino una conexión que cabría calificar de material y semántica. Material, porque las Leyes determinan no sólo el acto sino el contenido mismo de la decisión. Semántica, porque esa determinación se opera por medio de la fuerza del lenguaje¹³.

Por otro lado, la fidelidad de los Jueces a la Ley va a ser entendida como una sujeción estática y mecánica, como su aplicación correcta por métodos exclusivamente lógico-deductivos y sin hacer referencia a propósitos y valoraciones ajenas al texto legal, verdadera voluntad del legislador. La labor jurisdiccional no es meramente potestativa, ni siquiera discrecional, sino eminentemente cognoscitiva, ya que está vinculada a la aplicación de la Ley a los hechos juzgados mediante el reconocimiento de la primera y el conocimiento de los segundos¹⁴. Se considera, pues, que el Juez utiliza la razón teórica, no la razón práctica, que se vale de pronunciamientos descriptivos, no de evaluaciones prescriptivas¹⁵.

Concebida como una actividad cognoscitiva, como el reconocimiento y declaración de un derecho preexistente, las decisiones de los Tribunales no son verdaderos actos de voluntad sino, más bien, deducciones a partir de una premisa normativa y otra fáctica perfectamente establecidas. La sujeción a la Ley garantiza, de esta forma, que las decisiones judiciales hayan de adoptarse a través de un procedimiento racional que, en la medida en que es racional, también es regular y, por tanto, anticipable por todo individuo racional¹⁶. Si un órgano

¹⁰ Sobre el legislador racional vide CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 96-98.

¹¹ WROBLESKI, J., *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1989, p. 57.

¹² SINGER, J., «The player and the cards: Nihilism and Legal Theory», *The Yale Law Journal*, 94, 1, 1984, p. 12.

¹³ Sobre la noción de conexión semántica, vide RADIN, M., «Reconsidering the Rule of Law», *Boston University Law Review*, vol. 69, 1989, p. 794.

¹⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. ANDRÉS, J. C. BAYÓN, J. TERRADILLOS y R. CANTERO, Madrid, Trotta, 1995, pp. 37 y 69.

¹⁵ LA TORRE, M., *Theories of legal Argumentation and Concepts of Law*, European Universitarian Institute, Working Paper, Florence, 1998, p. 2.

¹⁶ GIANFORMAGGIO, L., «Certeza del Diritto», en *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giapichelli, 1987, p. 160.

jurisdiccional no aplica la Ley o el precedente en el que resultaría más correcto subsumir un caso, los ciudadanos carecerían de bases para anticipar el contenido de las resoluciones judiciales. De ahí que, para poder hablar de predicción jurídica, sea precisa una presunción de racionalidad, una presunción de que el Juez utilizará como marco de referencia de sus decisiones las normas jurídicas correctas¹⁷. Y, como lo que confiere racionalidad a tales resoluciones es el hecho de que su contenido resulta de un silogismo cuya premisa mayor es una directiva perteneciente al sistema jurídico, se trataría, además, de una previsibilidad jurídica en el doble sentido de que tiene por objeto al Derecho (los fallos de las sentencias) y como base ese mismo Derecho (las Leyes).

La fe en esta imagen de la actividad judicial, en especial, la jurídico-penal, caracterizará al positivismo dominante durante el siglo XIX, al que ciertamente cabe atribuir una concepción formalista y mecanicista de la aplicación de la Ley con la que Bobbio define al iuspositivismo teórico en sentido amplio. Aunque por caminos ciertamente diferentes, la *Escuela de la Exégesis* y la *Jurisprudencia de Conceptos* coincidirán en defender un modelo de ciencia jurídica formalista y una ideología de la labor jurisdiccional como tarea técnica, no valorativa y políticamente irresponsable.

3. LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD Y EL MITO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Hoy conocemos, sin embargo, el idealismo y utopismo de este modelo de jurisdicción y cómo en la actividad judicial hay espacios de discrecionalidad que impiden seguir aferrándose al «noble sueño» de un Derecho legal perfecto y una aplicación judicial puramente deductiva del mismo. A partir de las últimas décadas del siglo XIX, el pensamiento jurídico europeo y americano cuestionará seriamente el modelo descrito hasta concluir que se apoya en una serie de presupuestos que sólo cabe calificar de auténticas ficciones: la plenitud de la Ley, el carácter técnico e impersonal de la función judicial, la identificación del razonamiento jurídico con la lógica demostrativa, etc. Desde entonces, la teoría del Derecho ha ido poniendo de manifiesto los distintos factores que imposibilitan seguir caracterizando las resoluciones judiciales como únicamente la aplicación de la Ley y que impiden, por tanto, su previsibilidad.

Será la *Escuela del Derecho Libre* la primera en llamar la atención sobre la importancia de la voluntad en la determinación de las premi-

¹⁷ AARNIO, A., *Derecho, Racionalidad y Comunicación*, trad. de P. Larrañaga, México, Fontamara, 1995, p. 87.

sas normativas de las sentencias, considerándolo algo inevitable pero muchas veces deseable y –lo que aquí nos interesa– incompatible con el ideal jurídico y político de la seguridad jurídica o, al menos, con su exigencia más común de la previsibilidad. Como prácticamente todas las teorías e ideologías negadoras de la seguridad jurídica, los iusliberistas destacan las deficiencias del lenguaje legal que impiden a éste determinar exhaustivamente el contenido de las decisiones judiciales. Se insiste, de esta forma, en que las Leyes generales y abstractas son incapaces de ofrecer una solución para todos los casos y situaciones que van surgiendo en la vida social, de contener en un instante el devenir continuo de un Derecho que vive en el día a día. Como dirá Ehrlich, «todo el Derecho vivo en nuestra sociedad actual no puede ser cerrado en artículos, lo mismo que un torrente no puede ser encajonado en un estanque»¹⁸. Si bien es cierto que, en principio, el sistema jurídico posee los medios para autointegrar sus lagunas (la analogía *legis*, la analogía *iuris* y la interpretación extensiva) y los criterios de interpretación para determinar el significado de cualquier norma, ni los primeros se valen únicamente de la lógica, ni entre los segundos existe una jerarquía que determine cuál es el significado de la Ley que ha de preferirse¹⁹. El abandono de una concepción cognoscitiva de la interpretación, la integración y la aplicación de la Ley por parte de la Escuela del Derecho Libre conduce, de esta forma, al menosprecio y negación de la seguridad jurídica y la previsibilidad de las decisiones judiciales. Kantorowicz estima que estos postulados «en parte no se realizan, en parte no merecen hacerlo. Por tanto, ni todas las resoluciones judiciales han de resolverse con el auxilio exclusivo de la Ley, ni toda sentencia ha de ser previsible»²⁰.

Siguiendo los pasos del iusliberismo y el realismo, el positivismo normativista profundizará en el carácter discrecional y valorativo de la labor judicial. Tanto Hart, como sobre todo Kelsen, pondrán de manifiesto las insuficiencias y límites de la Ley para determinar cada uno de sus actos de interpretación y aplicación. Ambos coinciden en rechazar que las normas generales posean la determinación suficiente para que su aplicación a cada caso consista en un simple razonamiento deductivo. Esto sólo sería posible si las palabras de la Ley delimitarían de un modo preciso e incuestionable los hechos a los que se aplican o si existiera una única interpretación correcta de su significado.

¹⁸ EHRLICH, E., «Die Erforschung des lebenden Rechts», en *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Duncker-Humblot, Berlin, 1967, p. 28, citado por SEGURA ORTEGA, M., «El Movimiento del Derecho libre», *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p. 431.

¹⁹ LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giusrisprudenziale*, Milano, Giuffré, 1975, pp. 244 y 257.

²⁰ KANTOROWICZ, H., «La lucha por la Ciencia del Derecho», en Savigny, F. C.; KIRSHMANN, R. V., ZITELMANN, E., y KANTOROWICZ, H., *La Ciencia del Derecho*, trad. de W. Goldschmidt, Buenos Aires, Losada 1949, pp. 361-365.

Este diagnóstico varía, empero, entre la difícilmente defendible indeterminación generalizada²¹ y de naturaleza fundamentalmente jurídica²² que parece defender Kelsen, y la más limitada y moderada por la que apuesta Hart. Para este último, toda norma posee una zona de penumbra, esto es, un conjunto de casos respecto a los que las palabras no son «ni obviamente aplicables ni obviamente inaplicables», no pudiendo, por tanto, los Jueces valerse de un argumento deductivo para poner en conexión las normas generales con los hechos concretos. Por otra parte —añade Kelsen— la existencia de distintas hipótesis sobre el significado atribuible a la Ley no puede resolverse planteándolo como un problema teórico, esto es, como si de entre todas ellas hubiese una que es la verdaderamente correcta que el Juez ha de descubrir. Sin embargo, la ciencia jurídica formalista ha venido defendiendo la teoría de la única solución correcta, valiéndose de esta ficción para mantener precisamente el ideal de la seguridad jurídica²³. En conclusión, Kelsen y Hart coinciden en rechazar que las normas generales puedan determinar completamente su aplicación a los casos o, mejor dicho, que los criterios utilizados en dicha tarea de concreción y determinación se hallen en el propio Derecho. Las elecciones llevadas a cabo por los Jueces en los espacios de indeterminación deben considerarse una labor creativa enmarcada por un conjunto de normas, principios, razonamientos, argumentos, etc., que no pueden ser considerados parte del sistema jurídico.

La contundencia de la crítica a la concepción formalista de la interpretación iniciada con el iusliberismo, continuada por el realismo y que encuentra su expresión teórica más rigurosa en el positivismo jurídico normativista, termina con el sueño ilustrado de una legalidad que garantice siempre una respuesta cierta, previsible y que elimine cualquier margen de apreciación y posible arbitrariedad por parte del Juez. La solución que éste adopte no será siempre el resultado de un proceso de subsunción o deducción a partir de premisas claramente identificadas y anticipables por cualquier participante en el sistema jurídico, sino muchas o algunas veces algo distinto: una decisión política, un acto discrecional donde intervienen valoraciones de muy dis-

²¹ Sobre la corrección de esta tesis de Kelsen, vide RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 28-29; LIFANTE, I., *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 70-72.

²² Luzzatti estima que el concepto de la indeterminación de la *Reine Rechtslehre* no es identificable con el fenómeno típicamente semántico de la vaguedad, aun cuando aquélla podría derivarse también de dicho fenómeno. Su naturaleza es esencialmente jurídica; la indeterminación kelseniana se resuelve en esto: «en que el acto de la autoridad inferior no está totalmente vinculado por la norma superior la cual delega en aquélla el poder de actuar». LUZZATI, C., *La vaghezza delle norme*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 345-346.

²³ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª edición, cit., p. 356.

tinta naturaleza, una elección condicionada por el contexto social, económico, ideológico en el que vive el Juez, etc.

Al ofrecer una visión mucho más real del modo en que actúan los Jueces, la tesis positivista y antiformalista de la discrecionalidad proporciona un buen punto de partida para afrontar las bases de la certeza y seguridad del Derecho judicial. Como señala Calvo García, dicha tesis garantiza, en primer lugar, un mínimo de seguridad jurídica, dado que el poder de denotación de que disfrutaban los operadores jurídicos no es absoluto sino que no puede oponerse a la norma o normas jurídicas que se aplican o desarrollan. Y, en segundo lugar, se prescinde de falsas seguridades y se acepta que, dentro del margen de discrecionalidad inherente a la textura abierta, el fundamento de las decisiones descansa en fundamentos no jurídicos: estándares valorativos, sociales, políticos, etc.²⁴ De ahí que se concluya que cualquier empresa que se proponga recuperar el control sobre el razonamiento jurídico y la argumentación judicial debiera asumir las enseñanzas del antiformalismo²⁵.

Cabría, no obstante, continuar sosteniendo que las decisiones de los Tribunales son casi siempre previsibles desde dos posiciones iusfilosóficas radicalmente enfrentadas. La primera es la que se aferra al carácter cognoscitivo de la actividad judicial rechazando que el Derecho sea tan indeterminado como sostiene el positivismo jurídico normativista. Es la línea defendida por Dworkin. La segunda es la que desvincula la previsibilidad de las decisiones judiciales de la determinación de la Ley (y, en consecuencia, de la imparcialidad y objetividad que de ello se deriva) para supeditarla a factores extrajurídicos. Es la tesis que, siguiendo los pasos del realismo jurídico americano, han defendido algunos destacados integrantes del movimiento *Critical Legal Studies*. Comentemos brevemente cada de ellas.

4. UNA CERTEZA Y PREVISIBILIDAD JURÍDICAS BASADAS EN LA MORAL CRÍTICA: DE LA INDETERMINACIÓN Y DISCRECIONALIDAD DE LA LEY A LA UNIDAD DE SOLUCIÓN CORRECTA DE LOS PRINCIPIOS

La teoría del derecho y la adjudicación que viene defendiendo el autor de *Los derechos en serio* ha sido considerada una de las propuestas más interesantes desde la que afrontar el problema de la certeza del Derecho²⁶, en la línea de lo que Pattaro ha llamado una

²⁴ CALVO GARCÍA, M., *Los fundamentos del método jurídico*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 163-164.

²⁵ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 47.

²⁶ CALSAMIGLIA, A., Prólogo a la edición española de DWORKIN, R., *Los Derechos en serio*, trad. de M. Gustavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 15.

«certeza no positivista»²⁷. El núcleo de la misma se centra en el rechazo de la existencia de espacios de textura abierta o indeterminación en el Derecho (y por tanto de discrecionalidad judicial) al considerarlos lesivos para las expectativas jurídicas de los ciudadanos. Así, frente a las conclusiones alcanzadas por Kelsen y Hart, Dworkin considera que la tesis de la discrecionalidad es el resultado de la imagen errónea del Derecho suscrita por éstos: la que lo concibe como un sistema normativo compuesto exclusivamente por reglas. El positivismo asume este modelo o concepto debido a que adopta una perspectiva externa al Derecho. Por el contrario, Dworkin propugna una aproximación que asume el punto de vista interno del participante preocupado por el modo en que los juristas «razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas»²⁸, o «cómo deciden los Jueces los casos concretos»²⁹. La adopción de este punto de vista permite advertir la existencia de otros estándares normativos distintos de las reglas que, junto a ellas, forman «la teoría más correcta del Derecho» y que eliminarían casi completamente la indeterminación: los que Dworkin designa genéricamente como principios que, como es sabido, pueden ser descubiertos por los Jueces si excavan por debajo del *Derecho establecido* a la hora de decidir los llamados *casos difíciles*.

Por tanto, una comprensión adecuada del Derecho sería la que lo contempla como un conjunto de reglas formalmente establecidas, validas por su pedigrí, y el conjunto de principios que integrarían la mejor teoría del Derecho establecido, válidos *proprio vigore*. La defensa de esta concepción no positivista del Derecho restringe intensamente la discreción judicial³⁰. Según Dworkin, los Jueces nunca determinan lo que el Derecho debe ser, sino que están limitados a descubrir y declarar lo que creen que ya lo es con anterioridad a su decisión. Ciertamente, Dworkin no niega que los operadores jurídicos disfrutan en los casos difíciles de un cierto poder de denotación para determinar el contenido de la premisa mayor del silogismo judicial. Pero se trataría, a su juicio, de una potestad o discreción débil en lugar de fuerte, ya que, aunque el Juez tenga discernimiento para interpretar los principios, ello no significa que no está vinculado por dichos estándares³¹.

²⁷ PATTARO, E., *Filosofía del Derecho, Derecho, Ciencia jurídica*, trad. de J. Iturmendi, Barcelona, Reus, 1978, p. 379.

²⁸ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 72.

²⁹ DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., p. 2.

³⁰ Como destaca García Figueroa, la cuestión de la discreción judicial y del concepto del Derecho se entrelazan. Mientras el concepto positivista de Derecho conduce a la discreción judicial, el concepto no positivista tiende a restringirla intensamente. GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 56.

³¹ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 84-85.

Precisamente uno de los argumentos que justifican la inexistencia de discrecionalidad judicial fuerte es el que Guastini denomina «argumento liberal»³². De acuerdo con este argumento, el modelo de las reglas y la discrecionalidad allí donde éstas faltan o son vagas generaría inseguridad jurídica para los ciudadanos: «si un Juez legisla y aplica retroactivamente la Ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado *post facto*»³³. No obstante, Dworkin reconoce que la decisión basada en los principios que ofrece como alternativa de la discreción judicial también puede ser criticable por los defensores de la certeza jurídica, al ser los principios un tipo de normas que no anuncian de un modo explícito los derechos de las partes. Frente a esta objeción, Dworkin reconoce que un argumento de principio hace que consideremos bajo una nueva luz el concepto de sorpresa o frustración de expectativas característico de las normas retroactivas, señalando que ningún acusado estaría en situación de alegar que fue injustamente sorprendido «simplemente porque el Derecho se generó de una forma diferente a la publicación de una Ley»³⁴. Es decir, Dworkin separa, al menos en los casos difíciles, la publicidad del Derecho de su publicación formal en coherencia con la defensa que realiza de la existencia de dos formas de validez jurídica: la validez basada en la *pertenencia* a un sistema jurídico, de acuerdo con la cual una norma tiene carácter jurídico si forma parte de un sistema identificable como jurídico por criterios como la regla de reconocimiento hartiana, y la validez como *obligatoriedad*, de acuerdo con la cual una norma es jurídica si es moralmente obligatoria. Los principios serían válidos, tendría existencia jurídica, de esta segunda manera³⁵.

Dworkin percibe, por tanto, en los principios no sólo una forma de conexión interpretativa entre el Derecho y la moral sino, como directivas jurídicas que son, una fuente de certeza que habría sido ignorada por el positivismo. La defensa de esta función de certeza se convierte, además, en uno de los elementos que diferencian al principialismo de Dworkin de otros principialismos posteriores como, por ejemplo, los auspiciados por Alexy o Zagrebelsky³⁶, diferencia ésta que parecerá razonable atribuir a que, tal y como se ha

³² GUASTINI, R: «Soluzione dubbie. Lacuna e interpretazione secondo Dworkin», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XII, núm. 2, 1983, p. 451.

³³ DWORKIN, R, *Los derechos en serio*, cit., p. 150.

³⁴ *Ibidem*, cit., p. 152.

³⁵ Vide DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 100; Para García Figueroa esta distinción supone inferir la pertenencia de la aplicabilidad ignorando la diferencia que hay entre ambas. GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, cit., p. 313.

³⁶ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 144-146.

señalado, sólo el norteamericano asume la tesis de la unidad de solución justa. Esto significa que los principios no sólo limitan política o moralmente la discrecionalidad judicial sino que lo hacen también y sobre todo cognoscitivamente como portadores de un significado unívoco descubrible por el Juez.

La tesis de Dworkin no ha podido, sin embargo, dejar de suscitar críticas entre positivistas (Hart, Raz, Prieto Sanchís, etc.) y no positivistas (Alexy, Nino, etc.), muchas de ellas extensibles o semejantes a las que reciben otros defensores de un Derecho de principios. La principal es que Dworkin no logra explicar por qué estas normas carecen de los defectos y límites del Derecho legal y pueden, por tanto, acabar por completo con la discrecionalidad judicial. Frente a la impresión de que los principios son a menudo imprecisos o conflictivos entre sí³⁷ y de que en ellos se encuentran los mismos conflictos existentes entre las reglas sólo que reproducidos a un nivel más abstracto³⁸, de la obra de Dworkin parecería desprenderse que «una vez que traspasamos el umbral de la moral, ningún caso parece ser difícil o, al menos, no tanto como para exigir el desarrollo de discrecionalidad: un sistema normativo vago y lagunoso (el Derecho) parece convertirse en otro, claro, completo y objetivo (la moral)»³⁹. De ahí que MacCormick comente con cierta ironía cómo la indeterminación del Derecho legal es magnificada por ciertas consideraciones que conducen a la exigencia de un Derecho determinado⁴⁰. Frente a la indeterminación de la naturaleza del Derecho legislativo se encuentra la determinación objetiva de los principios, una tesis cuyo problema –tal y como apunta García Amado– es el siguiente: «si los distintos métodos interpretativos no sirven para hacer prevalecer un determinado sentido como el significado objetivo de la Ley, ¿acaso habrá algún método capaz de dotar a los princi-

³⁷ «La decisión judicial, especialmente en materias de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado; porque es insensato creer que cuando el significado del Derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta». HART, H. L., *El Concepto de Derecho*, cit., pp. 252-253; ídem, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 6-7. A juicio de Guastini, todos los sistemas jurídicos contemporáneos son el fruto de una producción normativa muy diluida en el tiempo, no de una, sino de muchas políticas del Derecho antagónicas, incorporando por ello una gran cantidad de principios y reglas incompatibles. GUASTINI, R., «Soluzione dubbie. Lacuna e interpretazione secondo Dworkin», cit., p. 455.

³⁸ ALTMANN, A., *Critical Legal Studies. A liberal critique*, New Jersey, Princeton University Press, 1990, p. 118; UNGER, R., «The Critical Legal Studies Movement», *Harvard Law Review*, 96, 1983, p. 578. Sobre las razones del conflicto entre principios, vide KENNEDY, D., «Form and Substance in Angloamerican Law», cit., pp. 1774-1776; KUTZ, K., «Just disagreement: Indeterminacy and rationality in the Rule of Law», *The Yale Law Journal*, vol.103, 1999, cit., pp. 1023-1024; SINGER R, J., «The players and the cards», cit., p. 16.

³⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, cit., p. 124.

⁴⁰ MACCORMICK, N., «Retórica y Estado de derecho», *Isegoría*, 1998, p. 18.

pios y valores constitucionales de un significado que no sea perfectamente arbitrario y subjetivo?»⁴¹.

La respuesta positiva que Dworkin da a este interrogante (la existencia de una única solución correcta) parece, igualmente, difícil de sostener. Para que dicha solución fuera posible sería precisa la concurrencia de las dos siguientes condiciones señaladas por García Figueroa: en primer lugar, sostener una concepción objetivista de la moral contenida en los principios; en segundo lugar, defender la posibilidad de conocer tal moral objetiva. Dworkin parece reconocer plenamente la primera de estas condiciones, pero no la segunda ya que no cualquier Juez sino un semidiós como Hércules, elevándose por encima de las limitaciones de la razón humana, se halla en disposición de conocer dicha respuesta. Esto es, Dworkin determina la existencia objetiva de la única respuesta correcta pero no define los instrumentos para elaborarla ni controlarla⁴². Ello termina provocando que la tesis de la unidad de solución justa conduzca a hacer menos visibles y externamente controlables los momentos de discrecionalidad existentes en cualquier ejercicio de racionalidad práctica, contribuyendo así, paradójicamente, a reforzar y estimular el activismo judicial⁴³.

En definitiva, ni el recurso a los principios, ni el empleo de formas de razonamiento jurídico no axiomático pueden impedir la presencia de dos o más respuestas correctas en cada caso. La teoría de Dworkin ha sido por ello acertadamente calificada como una huida hacia delante, como un intento de retrasar la inevitable realidad de que no siempre existe una norma previa. Empero, por mucho que Dworkin insista en evitar su llegada, también en el mundo de los principios y el razonamiento moral terminan por aparecer zonas de penumbra, vaguedad y contradicción que exigen, finalmente, que el Juez decida, elija o innove.

Las debilidades e inconsistencias de la tesis de la unidad de solución justa oscurecen igualmente la posibilidad de que las decisiones judiciales puedan ser realmente previsibles. Si sólo un Juez como Hércules puede acceder al conocimiento de los principios, no parece posible que las decisiones que intentan resolver los casos difíciles puedan ser anticipables por los ciudadanos. Pero esto no significa que los principios, entendidos más como una forma de razonamiento que como directivas con una estructura diferente, no tengan nada que decir con vistas a proteger la seguridad jurídica entendida de un modo más amplio.

⁴¹ GARCÍA AMADO, J. A., «¿Ductilidad del Derecho o exaltación del Juez? Defensa de la Ley frente a otros valores o principios», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 1996, p. 75.

⁴² GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y Positivismos Jurídicos*, cit., p. 308.

⁴³ PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, cit., p. 123.

5. LA PREVISIBILIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES CENTRADA EN EL CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO: UNA PREVISIBILIDAD REAL Y NO SOBRE EL PAPEL

Al unir su suerte a la de los principios, la teoría Dworkin puede ser contemplada como el último intento de vincular la seguridad jurídica a una teoría cognoscitiva (ultrarracionalista, de un cognoscitivismo extremo) de la labor judicial y una concepción del Derecho como un sistema dotado de plenitud y coherencia. Se trata, igualmente, del último intento de mantener unidas la previsibilidad de las decisiones judiciales y la eliminación de la discrecionalidad, dado que ambas son efectos entrelazados de la determinación y obligatoriedad no sólo moral sino también jurídica de los principios.

Todo lo contrario ocurre con el movimiento *Critical Legal Studies* (en lo sucesivo CLS), corriente del pensamiento jurídico estadounidense capaz de defender la tesis de la discrecionalidad y sostener, al mismo tiempo, que las decisiones judiciales son bastante previsibles. Una previsibilidad que, en lugar de tomar como referencia las normas jurídicas, atendería al contexto en el que las decisiones son adoptadas. Examinemos brevemente esta curiosa combinación.

Para CLS, el Derecho (entendiendo por éste tanto las Leyes como la doctrina y la argumentación jurídica) es indeterminado en todo su ámbito de aplicación. Este radical escepticismo jurídico se conoce como la teoría de la *indeterminación* del Derecho⁴⁴. A ello debe añadirse que, para los *critical*, el conflicto entre las normas jurídicas no resulta excepcional o periférico sino que se halla profundamente arraigado en el Derecho, hasta el punto de que, para algunos, éste es radicalmente incoherente y contradictorio tanto en sus reglas como en sus principios⁴⁵. CLS enriquece las tesis de los realistas y sostiene la existencia de principios y contraprincipios jurídicos que no pueden ser reconciliados, equilibrados o armonizados. Es lo que se conoce como la «*Patchwork Thesis*»⁴⁶.

La tesis de la previsibilidad extrajurídica o basada en el contexto de las decisiones judiciales se encuentra ya implícita en la famosa

⁴⁴ Sobre el significado del concepto de indeterminación en los *critical* vide SINGER, J., «The players and the cards...», cit., pp. 11-19; KUTZ, K., «Just disagreement: Indeterminacy and rationality in the Rule of Law», *The Yale Law Journal*, 103, 1994, pp. 1001-1002.

⁴⁵ Vide KELMANN, M., *A Guide to Critical legal Studies*, Harvard University Press, 1987, pp. 3-4; KENNEDY, D., «Form and substance...», cit., p. 1723.

⁴⁶ De acuerdo con la misma, podría sostenerse la existencia de un porcentaje significativo de casos en los que hay diferentes principios relevantes subyacentes a las normas jurídicas; donde dichos principios conducen a soluciones contrarias; y en los que una decisión apoyada en uno de los principios se ajusta tan perfectamente al Derecho como la contraria basada en un principio diferente. ALTMANN, A., *Critical Legal Studies*, cit., p. 119.

definición del Derecho de Holmes como «las profecías acerca de lo que los Tribunales harán en concreto»⁴⁷. Serán especialmente los realistas de entreguerras quienes traten de describir esos factores distintos a las normas jurídicas (las que K. Llewellyn llamará *reglas reales*) que permitirían dar cuenta del origen y modo de adopción de las resoluciones judiciales, así como explicar la relativa homogeneidad y uniformidad existente en la práctica jurisdiccional⁴⁸. Un importante sector del movimiento antiformalista inclinado a servirse del auxilio de las ciencias sociales (Llewellyn, Cohen, etc.) descubrirá la incidencia sobre las decisiones judiciales de factores como la clase social de los Jueces, la educación recibida, su socialización en una «cultura jurídica» común a la profesión, etc. Como señala Hierro, con esta previsión de las resoluciones judiciales sobre bases no jurídicas, el realismo pretenderá buscar seguridad jurídica en una certeza científica y, para conseguirlo, abandonará el culto a la norma y lo sustituirá por el estudio empírico y cuantificable de los componentes de la decisión judicial⁴⁹.

CLS seguirá esta línea y defenderá que la indeterminación no genera necesariamente imprevisibilidad. Frente a la basada en las normas jurídicas, autores como Singer o Kayris defienden una certeza y previsibilidad jurídicas fundada en los elementos culturales y convencionales que forman el magma en el que flota el Derecho, pero que, por lo que se desprende de sus afirmaciones, no pertenecen a éste. A juicio de estos autores, el orden jurídico sería mucho más indeterminado de lo que los teóricos han venido tradicionalmente defendiendo, por lo que, si éstos tuviesen razón respecto a la señalada trascendencia de la determinación para la viabilidad del *rule of law*, este último nunca habría existido en ninguna parte. Pero la indeterminación no conduce necesariamente ni a la arbitrariedad, ni a una falta de certeza y previsibilidad jurídicas⁵⁰. La fuente de la previsibilidad no serían las normas jurídicas sino el *contexto* en el que se adoptan tales decisiones, del que brotarían convenciones entre los Jueces y juristas en general que acuerdan dar a las reglas y principios jurídicos determina-

⁴⁷ HOLMES, O. W., *La senda del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1953, p. 21.

⁴⁸ En esta línea, J. Dewey distinguirá entre una certeza jurídica teórica y una certeza jurídica práctica, entre la previsibilidad de las consecuencias jurídicas basada en la aplicación lógica de normas jurídicas y la predicción de las consecuencias jurídicas probables. DEWEY, J., «Logical method and Law», *Cornell Law Quarterly*, vol.10, 1924; en FISHER III, W.; HORWITZ, M., and REED, T. (eds), *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, pp. 192-193. Se llegará a crear, incluso, la llamada «jurimetría», auténtica matemática de la predicción judicial. Vide LOEVINGER, J., «Jurimetrics, The Next Step Forward», *Minnesota Law Review*, XXXIII, 1949, pp. 455 ss.

⁴⁹ HIERRO, L., *El Realismo Jurídico Escandinavo. Una teoría empirista del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, Valencia, 1981, p. 98.

⁵⁰ SINGER, J., «The players and the cards...», cit., p. 19.

das interpretaciones ampliamente compartidas⁵¹. Como apunta Kayris, algunas reglas y resultados parecen más «razonables» y relativamente previsibles en *contextos sociales particulares* gracias a una mezcla de factores personales, políticos, institucionales y experienciales. Sin embargo, aquéllos son expresados, justificados y percibidos por los Jueces mismos en términos de «hechos» objetivamente determinados y de «Derecho» objetiva y racionalmente «encontrado y aplicado»⁵². El contexto incluiría la sede institucional (por ejemplo, un Tribunal o Parlamento), las costumbres de la comunidad (como las prácticas estándar en los negocios) o el papel de los decisores (Juez, legislador, burócrata) y la doctrina jurídica⁵³. Ello no significa, empero, que las decisiones jurídicas sean completamente previsibles ya que, en muchas ocasiones, no existen convenciones disponibles que faciliten la previsión sobre lo que pensará cada Juez. Es precisamente a causa de tales incertidumbres, de las lagunas normativas y de la indeterminación y manipulabilidad del razonamiento jurídico, por lo que los Jueces suelen sorprendernos con argumentos inesperados para justificar sus decisiones⁵⁴.

La tesis de la previsibilidad extrajurídica puede ser atacada desde dos frentes diferentes. El primero es que si Singer y Kayris abogan por una previsibilidad no basada en el Derecho, ello obedece a que reducen y empobrecen artificialmente sus fuentes y el razonamiento jurídico. Así, algunas de sus explicaciones presuponen que sólo las reglas son Derecho, y no estándares tales como los principios, las directrices, la cultura jurídica y el contexto social. Respecto al modelo de razonamiento jurídico, los *critical* asumen que, si pretende evitarse la indeterminación, la solución jurídica correcta debe obtenerse de premisas jurídicas vinculantes por medio de una inferencia puramente deductiva o técnicas similares. Cuando esto no ocurre, el Derecho se torna incoherente, arbitrario o indeterminado. Para una concepción tan formalista del razonamiento jurídico, cualquier laguna, inconsistencia u oscuridad es vista como una expresión de la inadecuación del Derecho y del razonamiento jurídico, cualquier contradicción en las premisas infecta e invalida toda la argumentación que de ellas parta⁵⁵.

Frente a este modelo de previsibilidad, K. Kress juzga mucho más acertado contemplar la actividad de los órganos jurisdiccionales desde una perspectiva que no reduzca artificialmente el tipo de normas que aquéllos pueden emplear como premisas de sus decisiones y los razo-

⁵¹ PÉREZ LLEDÓ, J. A., *El Movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 266.

⁵² KAYRIS, D., *The Politics of Law: a progressive critique*, N. York, Pantheon Books, 2.ª edición, 1990, pp. 3-4.

⁵³ *Ibíd.*, SINGER, J., «The players and the cards», cit., p. 21.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 24.

⁵⁵ *Ibíd.*, pp. 15-16.

namientos de los que pueden valerse. En primer lugar, en vez de considerar los estándares derivados del contexto social, la cultura jurídica y la moralidad extralegal (verdaderos factores explicativos de las regularidades existentes en la actividad de los tribunales) parámetros extrajurídicos, parece mucho más correcto incluirlos dentro de las premisas jurídicas que sirven éstos a la hora de acometer su actividad⁵⁶. En segundo lugar, no parece plausible sostener que o el razonamiento jurídico se ajusta a las exigencias del razonamiento matemático o geométrico (premisas perfectamente delimitadas, inferencias lógico-deductivas regladas, ausencia de cualquier posible contradicción), o, de lo contrario, nos adentramos en el mundo de la más absoluta indeterminación, arbitrariedad e irracionalidad. Antes de arrojar al intérprete a una cruda subjetividad, deben buscarse otros modelos de razonamiento no axiomático con los que, si no determinar, al menos orientar la labor interpretativa.

La crítica de Kress se enmarca en el positivismo débil e «inclusivo» defendido por Coleman, Lyons y Soper⁵⁷, del que podríamos encontrar una tímida insinuación ya en Kelsen⁵⁸. Frente a su versión más clásica, estos autores defienden lo que Raz denomina «la tesis social débil» (*the weak social thesis*) de acuerdo con la cual el positivismo jurídico sería compatible con el hecho de que, en algunas ocasiones, la identificación del Derecho aplicable se base en argumentos morales y, por tanto, con que un Juez pueda resolver un caso en virtud de normas que no son estrictamente jurídicas según los criterios de validez del propio sistema⁵⁹. Para estos nuevos positivistas, la exis-

⁵⁶ KRESS, K., «Legal indeterminacy», cit., p. 327.

⁵⁷ COLEMAN, J., «Negative and Positive Positivism», *Journal of Legal Studies*, 11, 1982, pp. 37 ss; LYONS, D., «Principles, Positivism and Legal Theory», *The Yale Law Journal*, 87, 1977, pp. 424 ss; SOPER, P., «Legal Theory and the obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute», *Michigan Law Review*, 75, 1977, pp. 511 ss.

⁵⁸ Como es sabido, Kelsen describe la labor interpretativa de los jueces como un acto político de creación de Derecho circunscrito por lo establecido en la norma general. Llegado el momento de indeterminación dentro del marco de la Ley, Kelsen señala el recurso del intérprete a normas que no forman parte del Derecho positivo (normas morales, de justicia, juicios de valor social, etc.) que suelen aparecer bajo el rótulo de expresiones como «bien común», «interés del Estado», etc. Desde el punto de vista jurídico-positivo, tales determinaciones sólo pueden ser caracterizadas negativamente: son determinaciones que no provienen del Derecho positivo mismo. Sin embargo, Kelsen afirma a continuación: «en relación con ellas, la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el Derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etc.; pero de este modo estas normas se transformarían en normas jurídicas positivas». KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 2.^a ed., cit., p. 354 (cursiva añadida). Esto es, Kelsen parece estar dando a entender que, desde el intérprete tiene reconocido un poder de creación jurídica en el marco de la Ley general, cualquier norma social, moral, etc., que utilice se convierte, aun cuando sólo sea por ese momento, en Derecho positivo.

⁵⁹ RAZ, J., «Legal Positivism and the Sources of Law», en *The authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 46.

tencia de una fuente social apropiada para el apoderamiento de los decisores sería suficiente para justificar la calificación de una decisión como «Derecho», aun cuando dicha decisión no esté sustancialmente constreñida por normas jurídicas⁶⁰. Algunas de esas teorías autorizan a los Jueces a emplear la moralidad social, otras contemplan a la profesión jurídica o a la judicatura como una cultura interpretativa cuyas prácticas y disposiciones determinan la verdad jurídica. En mayor o menor intensidad, todas ellas parecen animadas por el intento de difuminar los límites entre las normas jurídicas, morales y sociales, así como entre el razonamiento jurídico y el razonamiento práctico general a la hora de ofrecer una visión tanto descriptiva como normativa de la actividad jurisdiccional.

Esta línea de crítica no nos parece aceptable por las razones que expone Raz. En su opinión, las teorías de Coleman y Lyons serían incompatibles con el positivismo jurídico ya que éste exige que el sistema jurídico tenga unos límites muy precisos. De ahí que no pueda contener todos los estándares justificables (morales o no), ni todas las reglas y convenciones sociales sino, exclusivamente, un subconjunto de éstas: aquellos estándares que poseen la *conexión institucional apropiada*. Eso significa «mientras que la norma que remite a la moralidad es efectivamente jurídica (está determinada por sus fuentes), la moralidad a la cual se refiere no se incorpora por ello al Derecho»⁶¹. Una de las principales razones por las que el positivismo jurídico rechaza la *tesis social débil* es precisamente la seguridad jurídica, que reclamaría una delimitación precisa del Derecho para garantizar que los ciudadanos puedan identificarlo sin esfuerzo, esto es, sin necesidad de embarcarse en una argumentación respaldada, en último término, por normas morales o sociales. Con ello se pondría igualmente de manifiesto la dificultad de desvincular la seguridad jurídica de un concepto positivista del Derecho, al ser éste el único que garantiza una certeza objetiva acerca de lo que rige o no como Derecho.

De ahí que consideremos más acertado valernos de otro argumento para desmontar la tesis de la previsibilidad de las decisiones judiciales atendiendo al contexto de descubrimiento. En concreto, el que rechaza que sea ése el tipo de previsibilidad que demandan la seguridad jurídica y del Estado de Derecho. Éstos no exigirían cualquier tipo de previsibilidad, sino sólo exclusivamente uno basado en normas o enunciados pertenecientes al sistema jurídico y no en posibles *inputs* no jurídicos. Esto significa, tal y como afirma Gianformaggio, que sólo puede hablarse de previsibilidad en relación con aquellas directivas jurídicas que tienen como premisa otras normas jurídicas⁶². De ahí que, aunque tales decisiones puedan resultar anticipables en virtud

⁶⁰ SCHAUER, F., «Rules and the Rule of Law», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 14, 1991, p. 656.

⁶¹ RAZ, J., «Legal Positivism and the Sources of Law», cit., pp. 44-45.

⁶² GIANFORMAGGIO, L., «Certeza del Diritto», cit., p. 160.

de regularidades como las que señalan los escépticos, no resulte apropiado calificarlas de certeza y previsibilidad jurídicas. Con ello no se pretende que las normas generales y abstractas hallan de determinar el proceso intelectual y volitivo de la actividad judicial, esto es, no se aspira a que sean determinantes causalmente en el contexto de descubrimiento sino a que lo sean racionalmente en el contexto de justificación, de manera que los fundamentos jurídicos de la decisión se aproximen todo lo posible a las expectativas de los ciudadanos ⁶³.

6. DE LA PREVISIBILIDAD AL CONTROL DE LAS DECISIONES JUDICIALES. LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Como hemos intentado poner de manifiesto, los intentos tanto de Dworkin como los CLS de desmontar la tesis positivista de que en los espacios de indeterminación del Derecho legal no es posible la previsibilidad de las decisiones judiciales terminan resultando, en mayor o menor medida, insatisfactorios. El primero no logra convencernos de que los principios carezcan de las limitaciones y defectos característicos del Derecho integrado por reglas. Los segundos sostienen un tipo de previsibilidad de las decisiones de los Tribunales de tipo causal y probabilístico que, además de empíricamente cuestionable, resulta incompatible con el sentido histórico y la función política y jurídica de la seguridad como principio constitutivo del Estado de Derecho.

¿Supone ello volver al mismo punto donde Kelsen y Hart habían dejado al método jurídico y la racionalidad de las decisiones judiciales? Si hay un aspecto en el que la respuesta parece abiertamente afirmativa es en el de la previsibilidad jurídica. Admitido que el Derecho (ya lo consideremos sólo un conjunto de reglas o un sistema de reglas, principios y otros estándares normativos) es más o menos indeterminado y que las soluciones que los Jueces eligen en su textura abierta no pueden ser descritas como el resultado de un proceso de subsunción o deducción a partir de premisas claramente identificadas y anticipables por cualquier participante en el sistema jurídico, la concepción clásica de la seguridad jurídica como la previsibilidad de las decisiones judiciales queda seriamente cuestionada. Sin llegar a

⁶³ Esto es algo de lo que fueron conscientes los propios realistas al reconocer que la obligación de utilizar las normas jurídicas en las fundamentaciones de sus fallos limitaba en cierto grado el abanico de opciones posibles para un Juez en un caso dado. Vide FISHER, W., «The development of Modern American Legal Theory and the Judicial Interpretation of the Bill of Rights». En LACEY, M. J, y HAAKONSEN, K. (eds), *A culture of rights. The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law, 1791-1991*, Cambridge University Press, 1992, p. 291.

calificarla como Kelsen de *ilusión*, o como Frank de *mito*⁶⁴, ésta no puede continuar siendo el contenido de la seguridad jurídica en la adjudicación⁶⁵.

Pero la alternativa a la concepción cognoscitivista de la seguridad jurídica no debe ser, tal y como sostuvo el iusliberismo, la aceptación y legitimación sin más de la discrecionalidad del Juez. Muy a menudo, esta alternativa entre el mito ilustrado de la certeza jurídica objetiva y el decisionismo subjetivista en el Derecho parece, tal y como señala Ferrajoli, la respuesta de ilustrados desencantados incapaces de aceptar que en la labor judicial, tanto en la verificación de los hechos como en la delimitación de la premisa normativa, hay momentos de decisión que la alejan del viejo espejismo de la aplicación mecánica de la Ley al hecho infaliblemente probado⁶⁶. Asumido que la indeterminación hace inviable en todos los supuestos la previsibilidad del contenido de la decisión judicial, la seguridad jurídica debería concentrar sus esfuerzos en el acto mismo de decidir, buscando los medios para racionalizarlo y controlarlo. La objetividad se traslada de esta forma de la Ley a la propia actividad del intérprete. En esta línea Gianformaggio ha señalado que el verdadero valor de la seguridad jurídica ya no es el de la previsibilidad sino el del control de las decisiones judiciales: «la antítesis de la seguridad es la arbitrariedad y si ésta se define en negativo, en relación con normas generales, la condición para que exista seguridad jurídica es un sistema de normas generales (y de aceptación de esas reglas) que limite al máximo el ámbito de lo que puede ser decidido correctamente⁶⁷.

Esta evolución explicaría el papel tan notable se vienen atribuyendo en los últimos tiempos a la argumentación jurídica y sus distintas teorías como dispensadoras de una nueva seguridad. Tal consideración respondería al empeño que aquéllas han mostrado por someter a pautas de racionalidad el proceso de interpretación y resolución de los casos en los espacios de discrecionalidad, procurando así que el mismo no transcurra por los caminos del subjetivismo más o menos arbitrario⁶⁸. Primero la *Nueva Retórica* de Perelman, la tópica de Viehweg, y la

⁶⁴ FRANK, J., *Law and the modern mind*, London, Steven & Sons Limited, 1949, p. 9. Al análisis de esta teoría he dedicado el cap.V de *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 173-200.

⁶⁵ Como señala Habermas, este concepto clásico de seguridad jurídica exige un sistema jurídico integrado sólo por reglas que adopten la estructura de lo que en la literatura alemana se denominan programas condicionales. HABERMAS, J., *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 1996, p. 220.

⁶⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 62-63.

⁶⁷ GIANFORMAGGIO, L., «Certeza del diritto», cit., p. 166.

⁶⁸ Como apunta Mario Ruiz, es incuestionable que en las sociedades actuales se requieren altos niveles de justificación en toda clase de decisiones jurídicas a adoptar por todo tipo de operadores del Derecho. En un Estado de Derecho hay que exigir que todos aquellos agentes jurídicos que toman decisiones públicas que las fundamenten y justifiquen. RUIZ SANZ, M., «El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, p. 349.

teoría de Toúlmin en la década de los cincuenta y, posteriormente, las teorías contemporáneas de –sobre todo– Alexy, MacCormick o Aarnio, ponen de manifiesto que, allí donde termina la vinculación a la Ley, no comienza sin más el arbitrio subjetivo sino la exigencia de utilizar razonamientos no deductivos, pero no por ello menos racionales, con los que justificar las distintas decisiones que adopten los Jueces⁶⁹.

Un buen punto de partida para comprender el significado de las aportaciones realizadas por las diferentes teorías de la argumentación jurídica es la «tesis del caso especial» sugerida por Alexy. De acuerdo con este autor, la argumentación jurídica sería un caso especial de razonamiento práctico general que debe conformarse, dentro de ciertos límites, a las condiciones de racionalidad y razonabilidad que se aplica a todos los tipos de razonamiento práctico. Partiendo de un análisis de los límites de la subsunción para aplicar el Derecho legal muy en la línea de las principales conclusiones del positivismo de Hart y Kelsen⁷⁰, esta tesis cobra sentido a partir de la constatación de que la discrecionalidad conlleva lo que Peczenick llama «un salto deductivo» en la determinación definitiva de las premisas normativa y fáctica del silogismo con el que concluye la decisión judicial. Al sujeto que le corresponde decidir le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones, no siendo la solución que adopte un resultado necesario cuya *verdad* pueda probarse con argumentos demostrativos. Por el contrario, la acción de elegir encierra necesariamente una «valoración», un juicio de valor, que, como tal, es controvertido, por lo que su corrección va a depender de la utilización de argumentos que permitan considerar que dicha elección parece correcta o al menos defendible.

Resulta en este sentido muy significativo que sea el pensamiento jurídico retórico o problemático una de las corrientes de la filosofía práctica en la que se hace sentir con más fuerza la necesidad de romper con el relativismo dominante en la filosofía moral de las primeras décadas del siglo XX y buscar los medios para racionalizar los juicios de valor que inevitablemente han de realizar los Jueces⁷¹. Se trataría con ello de reconducir la ética al dominio de la razón, pero de una razón práctica distinta de la pura, de una razón *largo sensu*. Retomando la distinción aristotélica entre *episteme* y *phrónesis*, Perelman reivindicará la posibilidad de un uso práctico de la razón por medio de la construcción de una *lógica de los juicios de valor* que, aunque sin gozar de la seguridad de la lógica deductiva ni de la constatación empírica, no los hiciera depender del arbitrio de cada uno. Así, para el

⁶⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 62.

⁷⁰ Vide AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., pp. 157 ss; ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 23-24.

⁷¹ Sobre el carácter inevitable de los juicios de valor en la actuación judicial, vide PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1979, p. 78; ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 30.

padre de la *Nouvelle Rhétorique*, la objetividad de los juicios de valor debe diferenciarse claramente de la de los juicios de verdad. Si la de estos últimos descansa en su correspondencia con la realidad⁷², la de los primeros no tiene nada que ver con la verdad sino con su capacidad para generar adhesión o aceptación. En el ámbito de los valores lo que se pretende es mostrar (no demostrar) la racionalidad de los juicios de valor para conseguir la adhesión o el acuerdo sobre los mismos. De ahí el retorno que impulsa Perelman a la tradición clásica de la retórica como el arte de la persuasión por medio del discurso, cada vez que surge un problema de elección y decisión y hay que dar razones de la elección para obtener adhesión a la solución propuesta⁷³.

De los argumentos que se ofrecen en apoyo de las decisiones o elecciones que han de adoptarse cuando los juristas se encuentran ante los problemas de relevancia, interpretación, prueba y calificación propios de los casos difíciles⁷⁴ no puede decirse que sean verdaderos o falsos, sino que generan o no adhesión entre los integrantes de una cierta comunidad, que son más o menos aceptables intersubjetivamente en tanto que *razonables*⁷⁵. La función de la argumentación, del ofrecimiento de razones en favor de una elección, es lograr adhesión y esto es algo que, como señala también Perelman, se halla en función del tipo de auditorio que se pretende persuadir o convencer»⁷⁶. A juicio de MacCormick, el carácter persuasivo de la argumentación es especialmente obvio en la práctica jurídica, sobre todo en los sistemas donde los jurados son los responsables de la determinación de los hechos o de las conclusiones jurídicas. Este tipo de adhesión es alcanzado siguiendo una racionalidad técnica o estratégica y se basaría más en el conocimiento del auditorio al que uno se dirige que en la calidad y corrección de los argumentos utilizados⁷⁷.

Sin embargo, no es la adhesión basada en la persuasión inmediata lo que persiguen las teorías sobre el discurso moral general ni las de la argumentación jurídica en especial. Éstas buscan, por el contrario, establecer nociones y reglas que permitan la justificación y/o aceptabilidad intersubjetiva, en un determinado contexto, de las decisiones valorativas. En este sentido, Perelman defenderá la superioridad de los argumentos válidos frente a los eficaces, de los que tienen por objeto no persuadir sino convencer a un *auditorio universal*, noción ésta un tanto ambigua que Perelman parece decantarse por considerar como el compuesto por todas las personas razonables. Es por tanto este auditorio el que proporciona el *test* último de corrección: será correc-

⁷² PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., pp. 136-37.

⁷³ *Ibidem*, p. 140.

⁷⁴ MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1994, pp. 65-72.

⁷⁵ Vide AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 237.

⁷⁶ PERELMAN, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 140.

⁷⁷ MACCORMICK, N., «Retórica y Estado de Derecho», cit, p. 11.

to cualquier argumento que convenza al auditorio de todas las personas razonables⁷⁸. No está sin embargo nada claro que el auditorio universal se aplique también al discurso jurídico. Mientras en *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica* Perelman sostiene que es propio del filósofo pero no del jurista⁷⁹, en sus últimos escritos parece haberse inclinado a aplicar también al discurso no filosófico⁸⁰.

Las teorías de Viehweg, Perelman y Toülmin coinciden en poner de manifiesto los límites de la lógica deductiva en la justificación de las decisiones de los operadores jurídicos y en la necesidad de superar el horizonte relativista dibujado por el positivismo lógico. No obstante, las propuestas que ofrecen para lograrlo resultan en mayor o menor medida insuficientes y poco desarrolladas. Al haber abierto un nuevo campo de investigación, su papel fundamental ha sido, más bien, el de precursoras de las actuales teorías de la argumentación jurídica⁸¹. El aprovechamiento de las aportaciones del discurso práctico general para el razonamiento jurídico constituye, precisamente, la premisa común a todas las teorías contemporáneas de la argumentación jurídica. Las teorías de Alexy y MacCormick, aunque desde premisas muy diferentes, coinciden en reivindicar la necesidad de incorporar a la racionalidad jurídica ciertas reglas y procedimientos característicos del discurso moral que permitan acceder a una fundamentación y justificación de las decisiones judiciales.

Tras insistir en que la jurisprudencia no puede prescindir de los juicios de valor y en que las valoraciones necesarias en muchas decisiones jurídicas son relevantes moralmente, Alexy señala los distintos referentes que se han seguido para lograr que las mismas no se basen en las convicciones subjetivas del decisor sino que sean objetivas: los consensos fácticos existentes, las valoraciones extraídas del material jurídico vigente y el recurso a principios suprapositivos. A juicio de Alexy, ninguno de estos procedimientos resulta satisfactorio para la fundamentación de las decisiones jurídicas: los consensos fácticos son raros en las sociedades modernas; en el conjunto del ordenamiento se pueden encontrar siempre valoraciones divergentes válidas igualmente aplicables a cada caso concreto; la apelación a la evidencia es un procedimiento dudoso, etc. Se hace, por tanto, preciso buscar otros caminos, y es aquí donde se ofrece la posibilidad de aprovechar los resultados de las modernas discusiones éticas de la filosofía del lenguaje y de la teoría de la argumentación contemporánea: la ética analítica (Hare, Toülmin y Baier), la teoría de la argumentación de Perelman y, sobre todo, la ética discursiva de Habermas, de la que la teoría de Alexy viene a ser una sistematización y reinterpretación⁸².

⁷⁸ PERELMAN, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 142.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 162.

⁸⁰ ATIENZA, M., *Las razones del derecho*, cit., p. 98.

⁸¹ *Ibidem*, p. 132.

⁸² ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 30-36.

Para quienes, como Alexy o Aarnio, construyen teorías habermasianas de la argumentación jurídica, un enunciado normativo (por ejemplo, el contenido en una sentencia judicial) es correcto y, por tanto, está justificado si se adapta a un procedimiento regido por ciertas reglas cuya exposición sobrepasaría con mucho el marco de este trabajo. Alexy identifica cuatro postulados de la racionalidad práctico-procedimental: 1) un grado sumo de claridad lingüístico-conceptual; 2) un grado sumo de información empírica; 3) un grado sumo de universalidad; 4) un grado sumo de desprejuiciamiento⁸³. Desde esta perspectiva, justificar una decisión es el mismo acto de seguir las reglas y formas de ese procedimiento. Eso no significa que la racionalidad jurídica cumpla todas las reglas del discurso racional ya que, como se ha señalado previamente, la primera es un *caso especial* de discurso práctico general. Para Alexy, la pretensión de corrección que se plantea en el discurso jurídico es una pretensión limitada, ya que se efectúa en el marco de las exigencias de sujeción a la Ley, la dogmática jurídica y los precedentes⁸⁴.

Parece admitido, pues, que las teorías de la argumentación contribuyen en mayor o menor medida a eliminar los sentimientos personales y las intuiciones subjetivas de los decisores, racionalizando, dentro de ciertos límites, los juicios de valor que exige muchas veces la labor jurisdiccional. Queda no obstante por analizar hasta qué punto estamos o no ante un intento fallido de —como dirá Calvo García— «integrar la ineludible toma en consideración de los factores materiales de la decisión con una fórmula que asegure la objetividad y previsibilidad de la decisión jurídica, de conciliar consenso y racionalidad como fórmula idónea para garantizar la certeza del Derecho»⁸⁵.

Ha sido probablemente Aarnio quien ha vinculado de forma más explícita la justificación sobre la base de razones razonables y racionales de las decisiones interpretativas y la certeza jurídica. Para el profesor finlandés, la responsabilidad exigida a los Jueces de ofrecer razones que justifiquen sus decisiones es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión y asegurar, sobre una base racional, la existencia de certeza jurídica en la sociedad. Es a través de la justificación como el decisor crea la credibilidad en la que descansa la confianza que los ciudadanos tienen en él y hace comprensibles sus decisiones⁸⁶.

⁸³ En concreto, Alexy enuncia 22 reglas (fundamentales, de razón, sobre la carga de la argumentación, de fundamentación y de transición) y una tabla sobre la forma de los argumentos. Tales reglas se resumen en reglas de la lógica, reglas acerca de los derechos de participación e intervención oral, sobre las cargas de la argumentación, diversas variantes de la idea de universalidad, reglas para el examen del surgimiento de convicciones normativas y formas de argumentos deductivos. ALEXY, R., «La idea de una teoría argumentación jurídica», en *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 63.

⁸⁴ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 237.

⁸⁵ CALVO GARCÍA, J., *Los fundamentos del método jurídico*, cit., p. 218.

⁸⁶ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 29.

Empero, no conviene desorientarse. La certeza jurídica de la que nos habla Aarnio no se parece en exceso a la defendida en su día por los ilustrados y consagrada posteriormente por el iuspositivismo decimonónico. Mientras esta última se muestra como un principio que exige, fundamentalmente, que el Derecho adopte una cierta estructura formal y funcional que garantice la certeza y previsibilidad de la actuación pública, la concepción de la certeza jurídica que defiende este autor puede ser encuadrada dentro de las que podrían denominarse concepciones materiales de la seguridad jurídica. Lo que Aarnio designa como una certeza jurídica *largo sensu* no exige únicamente que las decisiones jurídicas no sean arbitrarias y por tanto previsibles (certeza jurídica *stricto sensu*) sino, además, que sean correctas. Para ello esas decisiones han de seguir un proceso de razonamiento que conduzca a resultados razonables en tanto que aceptables. Y, para ser aceptable, el resultado tiene que responder al conocimiento y sistema de valores de la comunidad jurídica. Por tanto, si la mayoría de sus miembros llega a la conclusión de que una interpretación es racional y razonable, aceptar la posición presentada satisface al máximo la expectativa de certeza jurídica de la sociedad⁸⁷.

No resulta fácil sostener una tesis como la de Aarnio. El aspecto más cuestionable de la misma no es tanto que la argumentación jurídica contribuya a proteger las expectativas de certeza jurídica de los ciudadanos como el concepto y la existencia misma de tal expectativa. Como ha puesto de manifiesto Comanducci, parece bastante reduccionista sostener que el único motivo por el que los ciudadanos acuden a los Tribunales es obtener una decisión justa o equitativa, en lugar de simplemente beneficiosa para sus intereses, aun al precio de no ser justa. La seguridad jurídica *amplio sensu* sólo adquiere sentido si se adopta como universal el punto de vista del *good man* y se ignora el del *bad man* o, lo que es lo mismo, si se ignora el papel que juegan los conflictos de intereses dentro de lo que pueden llamarse las «patologías jurídicas»⁸⁸.

Sin negar que la argumentación jurídica reduce considerablemente los elementos subjetivos e irracionales en la toma de decisiones, parece no obstante más plausible buscar sus funciones de seguridad jurídica en las peculiaridades derivadas de su carácter jurídico, antes que en sus similitudes y coincidencias con el discurso racional general. Ello nos conduce a fijar la atención en el requisito de la coherencia propuesto por MacCormick.

Según el profesor de la Universidad de Edimburgo, las decisiones adoptadas por los Jueces en los casos difíciles estarán correctamente justificadas cuando, además de basarse en una norma general (requisito de la universalidad), se encuentran en relación con el sistema jurí-

⁸⁷ *Ibidem*, p. 287.

⁸⁸ COMANDUCCI, P., «Aarnio ed il problema de la certezza del diritto» en COMANDUCCI, P., y GIASTINI, R., *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 114-116.

dico (lo que significa que han de cumplir los requisitos de la consistencia y la coherencia) y con el mundo (es decir, en relación con las consecuencias de la decisión). La exigencia de coherencia demanda de los operadores jurídicos que las decisiones que adopten sean subsumibles en valores y principios más generales, inteligibles y mutuamente compatibles⁸⁹. Se trata, por tanto, de una consecuencia lógica del carácter especial de la argumentación jurídica, que no significa otra cosa que en el discurso jurídico no se pretende sostener que una determinada interpretación o juicio es sin más correcto, sino que ha de ser fundamentado racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico. En el razonamiento jurídico nadie empieza de cero y elige desarrollar una conclusión razonable a priori. Los decisores y argumentadores jurídicos no abordan los problemas de decisión y justificación en el vacío, sino en el contexto de una gran cantidad de materiales jurídicos que sirven para justificar y guiar las decisiones y para restringir el abanico en el cual las decisiones pueden ser legítimamente tomadas⁹⁰.

Al exigir no sólo la consistencia sino también la coherencia de las decisiones judiciales con el sistema jurídico, a la argumentación jurídica le vendría encomendado demostrar la existencia de un grado razonable de continuidad entre normas jurídicas emanadas en momentos diferentes. Gianformaggio lo califica de seguridad jurídica *lato sensu*⁹¹. La coherencia normativa promueve la certeza del Derecho ya que, como pone de manifiesto Atienza, la gente no puede conocer con detalle el ordenamiento jurídico pero sí sus principios más básicos⁹².

No conviene, sin embargo, exagerar la contribución de las teorías de la argumentación a la causa de la seguridad jurídica. En un trabajo más reciente al que ya nos hemos referido, MacCormick sostiene la tesis según la cual «la idea del carácter argumentable del Derecho puede echar un jarro de agua fría a la idea de certeza o seguridad jurídica»⁹³.

La expresión «carácter argumentable del Derecho» es muy significativa del impacto que las teorías de la argumentación jurídica han tenido no sólo en plano metodológico y del razonamiento jurídico, sino también sobre un tema más clásico de la Filosofía jurídica como es el del concepto de Derecho. Como apunta La Torre, dichas teorías, al iluminar determinados aspectos de la decisión jurídica que son externos al Derecho, ponen en crisis el concepto formalista y pasivo del Derecho propio del positivismo jurídico centrado en la idea de

⁸⁹ MACCORMICK, N., *Legal reasoning and legal theory*, cit., p. 103.

⁹⁰ MACCORMICK, N., «Retórica y Estado de Derecho», cit., p. 15.

⁹¹ GIANFIORMAGGIO, L., «Certeza del Diritto», cit., p. 161.

⁹² ATIENZA, M., *La razones del Derecho*, cit., p. 145.

⁹³ MACCORMICK, N., «Retórica y Estado de Derecho», cit., p. 5.

norma o regla⁹⁴. Producto de esta nueva visión es la concepción del sistema jurídico en tres niveles reglas/principios/procedimiento defendido por Alexy⁹⁵. MacCormick parece ir aún más lejos y considera al Derecho una disciplina argumentativa, lo que significa que cualquier cuestión o problema sobre el que se piense, si es planteado como una cuestión o problema jurídico, exige una solución que parezca correcta o al menos defendible como cuestión de Derecho⁹⁶.

La tensión entre el carácter argumentable del derecho y la seguridad jurídica sólo puede ser comprendida en el contexto de las transformaciones experimentadas por el Estado de Derecho. Una de las consecuencias más destacables de su evolución hasta la forma actual de Estado Constitucional es la importancia otorgada a los «derechos de defensa» en cada fase del proceso penal o civil. A juicio de MacCormick, el reconocimiento de este derecho conlleva —entre otras cosas— la posibilidad de quienes son acusados o demandados ante los Tribunales de que dicha acusación o demanda se base en un procedimiento probatorio abierto, en el que la parte acusada pueda refutar paso por paso las distintas pruebas y ofrecer las contrapruebas que considere relevantes. El carácter argumentativo o dialéctico de los procedimientos jurídicos se convierte así en un instrumento de defensa para los ciudadanos ya que, en virtud del mismo, pueden cuestionar las alegaciones de hechos y de derecho en las que se basa la amenaza de intervención pública en sus vidas. La defensa de los ciudadanos frente al poder dependerá así, en ciertas ocasiones, de la capacidad de la argumentación jurídica por ellos desplegada para encontrar defectos en las premisas normativa y fáctica que les reste fuerza como base de la acusación pública.

Los derechos de defensa fomentan el carácter argumentable del Derecho y, como resultado de ello, la indeterminación jurídica. Por un lado, las dudas e imprecisiones del Derecho legal pueden ser utilizadas por la defensa. Por otro lado, se defenderán muchas veces nuevas interpretaciones razonablemente defendibles. Surgen de este modo conflictos interpretativos, sobre las inferencias probatorias, sobre la evaluación de las premisas, etc. Por tanto, aunque sea posible formular reglas con una fórmula verbalmente clara, cualquier caso discutible puede ser rebatido, cualquier premisa puede ser problematizada. Según esto, las conclusiones alcanzadas en las decisiones judiciales disfrutarán sólo de una certeza putativa o derrotable, de una certeza rebatible en cada punto. Por más cuidado que legisladores, *drafters* o Jueces pongan en la producción normativa —concluye MacCormick— «las afirmaciones que éstos establezcan como justificaciones para la acción estatal dirigida a justificar un Derecho público o privado, serán

⁹⁴ LA TORRE, M., *Theories of legal argumentation and Concepts of Law*, cit., p. 26.

⁹⁵ ALEXY, R., «Sistema jurídico y razón práctica», en *El concepto y la validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 173.

⁹⁶ MACCORMICK, N., «Retórica y Estado de Derecho», cit., p. 6.

siempre derrotables y a veces derrotadas al ser rebatidas por la defensa. La certeza del Derecho es, por tanto certeza derrotable»⁹⁷. La indeterminación jurídica –añade MacCormick– «no es entonces sólo (aunque también lo sea) resultado del hecho de que los Estados comuniquen sus materiales jurídicos en lenguajes naturales («oficiales») y de que éstos se vean afectados por la ambigüedad, vaguedad y textura abierta. También resulta de, y es en alguna medida magnificada, por el debido reconocimiento de los derechos de defensa en cada fase del proceso»⁹⁸.

La conclusión de MacCormick es que la constatación de este hecho no dice nada en contra de los derechos de defensa y el carácter argumentable del Derecho. Más bien a lo que obliga es a reconsiderar el lugar que la certeza del Derecho ocupa realmente en el ideal más amplio del *rule of law*. MacCormick considera que éste no puede quedar reducido a sus aspectos más estáticos (la certeza y seguridad de las expectativas jurídicas) sino que también tiene un aspecto dinámico centrado en los derechos de defensa y, como consecuencia de ello, en la importancia de permitir el carácter argumentable del derecho⁹⁹. MacCormick defendería así un modelo razonable de *rule of law*, que, a diferencia de la concepción material del mismo apoyada por Dworkin¹⁰⁰, no sobrecarga ni desdibuja su significado pero que, al contrario de Raz o Summers, tampoco reduce el contenido de ese ideal a un conjunto de exigencias jurídico-formales de carácter únicamente estructural y funcional¹⁰¹. Además de estas últimas, también incorpora exigencias formales de carácter procedimental (los derechos de defensa) como garantía contra la arbitrariedad de los poderes públicos. Se trataría, por tanto, de una concepción del *rule of law* a la que cabría calificar de formal *amplio sensu*.

⁹⁷ Ibídem, pp. 18-21.

⁹⁸ Ibídem, pp. 17-18.

⁹⁹ Podría decirse en este caso, que el el Estado de Derecho , el *rule of law* aparece como una exigencia de sometimiento de la voluntad a una razón *amplio sensu*. Así lo entienden KAHN, P., *El análisis cultural del Derecho. Na reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 17-20, y ATIENZA, M., «Estado de Derecho, interpretación y argumentación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 480-483.

¹⁰⁰ DWORKIN, D., *A matter of principles*, Massachussets, Harvard University Press, 1985, p. 11.

¹⁰¹ SUMMERS, R., «A formal theory of the Rule of Law», *Ratio Juris*, núm. 6, 1993, pp. 127-142.