

# EL POSTPOSITIVISMO JURÍDICO COMO CULMINACIÓN DEL PARADIGMA POSITIVISTA

**-Por Miguel López Paúl-**

## Resumen.

Para dar cuenta del paso del estado legal al estado constitucional de derecho, fenómeno conocido como "neoconstitucionalismo", parece necesaria una nueva teorización del derecho: el paso del paradigma positivista, encarnado en su versión más refinada por Hart, al paradigma postpositivista iniciado por Dworkin.

Se discute si el nuevo paradigma debe concebirse en términos de ruptura con el anterior o, más bien, de simple culminación o desarrollo.

Sus respectivos modelos explicativos no son mutuamente excluyentes. El paradigma postpositivista integra los del paradigma anterior; es, simplemente, más explicativo, porque da cuenta de fenómenos que los modelos del anterior paradigma dejaban sin tratamiento adecuado.

Hay, no obstante, un modelo explicativo, el de los casos difíciles, en relación con el cual, Dworkin sostiene un planteamiento incompatible con el del paradigma positivista.

El autor mencionado sostiene la tesis de que los casos difíciles tienen una única respuesta correcta, que viene determinada por el sistema normativo.

Si esto es realmente así, si el nuevo paradigma no admite otro tratamiento de los casos difíciles, entonces hay margen para sostener que dicho paradigma supone, al menos en ese punto, una ruptura con el paradigma positivista.

Sin embargo, intentaremos demostrar que la tesis de la discrecionalidad, con que el paradigma positivista afrontaba la explicación de los casos difíciles, no puede ser sustituida por la tesis de la única respuesta correcta y que, por tanto, la relación del nuevo paradigma con el anterior es de culminación o desarrollo, como sostiene Ferrajoli, pero no de ruptura.

Y es que, aun cuando mediante el análisis de los criterios de racionalidad en el discurso jurídico, los teóricos de la argumentación -en particular, Alexy- han intentado elaborar una suerte de código o fórmula para calcular la respuesta correcta de los casos difíciles, lo cierto es que la imposibilidad de consensuar una métrica,

para la asignación de valores a las variables, hace necesario mantener la referencia a la discrecionalidad judicial.

**Palabras clave:** Neconconstitucionalismo, postpositivismo, positivismo, indeterminación, incertidumbre, discrecionalidad, casos difíciles, respuesta correcta, argumentación jurídica.

### **Índice:**

I.- El enfoque argumentativo del derecho.

II.- Causas del auge del enfoque argumentativo.

III.- El neoconstitucionalismo.

IV.- La teorización del neoconstitucionalismo.

V.- Comparación de los paradigmas positivista y postpositivista.

VI.- Naturaleza de las diferencias entre ambos paradigmas.

VII.- La tesis de la discrecionalidad en el paradigma positivista.

VIII.- Casos difíciles.

IX.- Los dilemas y los casos trágicos.

X.- La tesis de la respuesta correcta de Dworkin.

XI.- Los casos difíciles y los casos trágicos en el postpositivismo.

XII.- La teoría de la argumentación jurídica y la tesis de la respuesta correcta.

XIII.- La teoría del razonamiento legal de MacCormick.

XIV.- La teoría de la argumentación jurídica de Alexy.

XV.- La tesis de la culminación del positivismo de Ferrajoli.

XVI.- El cálculo de la racionalidad en la ponderación de principios de Alexy.

XVII.- Habermas, y su concepción de los principios como reglas de acción.

XVIII.- Dos críticas a la tesis de la respuesta correcta desde polos opuestos: los *Critical Legal Studies* -Kennedy- y el iusnaturalismo -Finnis-.

XIX.- Discrecionalidad en la aplicación de las directrices.

XX.- Discrecionalidad legítima y arbitrariedad.

XXI.- Causas de la incertidumbre sobre el sentido de las decisiones judiciales.

XXII.- Lo razonable y la respuesta correcta.

XXIII.- Incertidumbre e indeterminación: la última defensa de Dworkin.

XXIV.- Conclusiones.

XXV.- Bibliografía.

## **I.- El enfoque argumentativo del derecho.**

Como pone de manifiesto Atienza, el derecho es un fenómeno complejo que puede contemplarse desde distintos enfoques: estructural, funcional, ideal o argumentativo (ATIENZA, 2013).

Desde el enfoque argumentativo, el derecho se contempla como un entramado complejo formado por decisiones de problemas prácticos y por argumentos entendidos como razones a favor o en contra de las decisiones.

Sostiene Atienza que el derecho no es sólo argumentación, pero el enfoque argumentativo es útil para dar cuenta de ciertos fenómenos jurídicos, y para aportar a los juristas prácticos criterios con que guiar su actividad.

En cuanto jurista práctico, éste es el interés que motiva mi aproximación al enfoque argumentativo del derecho.

## **II.- Causas del auge del enfoque argumentativo.**

La argumentación siempre ha sido ingrediente importante de la experiencia jurídica. Ahora bien, en los estados democráticos contemporáneos ha adquirido una particular importancia. Los factores que señala Atienza son los siguientes

(ATIENZA, 2013):

1.- Las teorías del derecho tradicionales han descuidado el enfoque argumentativo.

2.- La práctica del derecho consiste de manera relevante en argumentar.

3.- La constitucionalización del derecho conlleva un incremento e incluso exige un cambio cualitativo en la argumentación.

4.- La enseñanza del derecho debería ser más práctica, dirigida a fomentar la habilidad en el manejo del material jurídico, y no sólo a su conocimiento.

5.- La pérdida de la importancia de la autoridad y la tradición como fuentes de legitimación del poder.

### **III.- El neoconstitucionalismo.**

Como acabamos de poner de manifiesto, el fenómeno de la constitucionalización del derecho, también conocido como "neoconstitucionalismo", es uno de los factores determinantes del auge del enfoque argumentativo del derecho.

El fenómeno consiste en la sucesiva transformación de los estados, a partir de la segunda guerra mundial, abandonando el modelo del "estado legal de derecho", para sustituirlo por el modelo del "estado constitucional de derecho" (AGUILÓ, 2008).

Es un fenómeno progresivo que viene extendiéndose, primero por y luego desde el llamado "mundo occidental", a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y hasta la actualidad (MATHIEU y VERPEAUX, 1998).

Desde un punto de vista estático, sin ánimo de exhaustividad y con pretensión de máxima generalidad, se pueden señalar las siguientes notas distintivas, que permiten la identificación del fenómeno (GUASTINI, 2006; AGUILÓ, 2008):

1.- Rigidez constitucional. Se han introducido procedimientos reforzados para la reforma constitucional. Frente a la flexibilidad de la legislación, una constitución es rígida cuando los procedimientos para su reforma exigen mayorías más cualificadas que las necesarias para la reforma legal, y cuando la competencia para la reforma constitucional no corresponde a órganos legislativos, sino a órganos específicamente constituyentes.

2.- Sanción constitucional de los derechos fundamentales. Las nuevas constituciones no se limitan a determinar la estructura política del estado, sino que pretenden la salvaguarda de una serie de derechos que limitan el poder del estado sobre los ciudadanos, y que condicionan las relaciones entre los propios ciudadanos.

3.- Fuerza vinculante de todos los enunciados de la constitución. Ha desaparecido la categoría de las llamadas "normas programáticas", que se entendían como meras recomendaciones políticas, no susceptibles de garantía jurisdiccional. Todos los enunciados de la constitución se interpretan como normas jurídicas.

4.- Aplicabilidad directa de los preceptos constitucionales y garantía jurisdiccional de la constitución, que debe imponerse a la legislación. Es consecuencia de la anterior; al interpretarse los enunciados constitucionales como normas jurídicas, obligan a sus destinatarios y su efectividad es exigible ante los tribunales, que pueden aplicar directamente la constitución y, por cierto, no sólo a las relaciones de los ciudadanos con el estado, sino también a las relaciones con otros ciudadanos.

5.- Sobreinterpretación de la constitución. Se huye de su interpretación meramente literal, en favor de una interpretación extensiva, de modo que del texto constitucional pueden inferirse nuevos principios y normas implícitos.

6.- Reserva de constitución. Ciertas materias sólo pueden regularse mediante la constitución, con lo que la reforma de su regulación queda sometida a los rígidos procedimientos de modificación constitucional.

7.- Interpretación de las leyes conforme a la constitución. De todas las posibles interpretaciones de la ley, los jueces deben descartar las incompatibles con la constitución.

8.- Constitucionalización del debate político. Se ha generalizado la costumbre de invocar directamente la constitución en la defensa de opciones legislativas y de gobierno, y en la resolución de disputas interorgánicas.

No se ha encontrado a ningún autor que niegue el fenómeno así caracterizado. Además, por juridificar -y a nivel constitucional- los derechos humanos y los principios que orientan hacia la protección de los bienes más elevados, su valoración positiva es opinión que parece muy común en la actualidad.

Por eso, porque lo más fácil es valorar favorablemente el nuevo modelo constitucional, resulta también muy conveniente llamar la atención, siquiera de forma sucinta, sobre los riesgos que conlleva.

Porque se ha advertido que el neoconstitucionalismo está poniendo en peligro nada menos que el propio estado de derecho, con su concepción de las razones institucionales o formales como instrumento para la garantía de los valores sustantivos (AGUILÓ, 2008; ATIENZA, 2013).

Así, los críticos del nuevo modelo le reprochan que debilita las exigencias normativas inherentes a la idea de "gobierno *sub lege*", y conduce a la ampliación del ámbito del "gobierno de los hombres", o "gobierno *per legem*".

Se dice que el derecho está dejando de ser general, pues la aplicación de los principios constitucionales acaba desembocando en el derecho del caso concreto. Está dejando de ser consistente, pues los principios constitucionales son contradictorios entre sí, sin que quepa establecer una ordenación estable de la prioridad entre ellos. Y que está dejando de ser claro, si la aplicación de los principios constitucionales exige de ponderación, y ya no basta para la aplicación del derecho el modelo de razonamiento subsuntivo.

Con todo ello -advierten los críticos-, se pone en peligro la seguridad jurídica, ensanchando el campo de la discrecionalidad, la arbitrariedad y el decisionismo (LAPORTA, 2007).

#### **IV.- La teorización del neoconstitucionalismo.**

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).

Todas ellas parecen haber entrado en crisis con la irrupción del fenómeno del neoconstitucionalismo, pues ninguna de las cinco parece estar en condiciones de dar cuenta suficiente del mismo. Parece que se impone al efecto una nueva teorización.

Como la concepción positivista ha sido, de entre las cinco apuntadas, la paradigmática en la teoría del derecho, se ha planteado la cuestión de si la explicación del neoconstitucionalismo exige una nueva teorización, superadora del paradigma positivista.

No faltan quienes, como Guastini, Comanducci y, en general, los representantes de la llamada "escuela genovesa", entienden que los cambios en el modelo constitucional ni implican, ni exigen para su intelección, de un cambio paradigmático en la teoría del derecho (POZZOLO, 2003).

Sin embargo, el debate más productivo en la actualidad parece estar entre

quienes, compartiendo que para dar cuenta del fenómeno neoconstitucional es necesaria una nueva teorización del derecho, a la que se denomina "postpositivismo", discrepan sobre si dicha teorización debe concebirse en términos de culminación del paradigma positivista -así, Ferrajoli- o, más bien, de auténtica ruptura con dicho paradigma -así, Dworkin- (ATIENZA, 2007). Esto es, entre quienes sostienen que la diferencia entre los dos paradigmas es meramente cuantitativa, y quienes pretenden que es auténticamente cualitativa.

#### **V.- Comparación de los paradigmas positivista y postpositivista.**

Conviene perfilar, siquiera con cierta superficialidad, los esquemas conceptuales sobre los que se fundamentan los dos paradigmas jurídicos en liza: positivismo y postpositivismo.

Lo haré, siguiendo el criterio de Aguiló, que muestra las diferencias entre tales paradigmas, sirviéndose de la comparación entre sus respectivos modelos explicativos (AGUILÓ, 2008).

A modo de paréntesis, diré que, al perfilar el paradigma positivista he procurado no hacerme acreedor de la crítica que Atienza dirige contra quienes confunden el positivismo con el formalismo jurídico (ATIENZA, 2013).

El de "positivismo jurídico" es un concepto tan amplio, que abarca tantas corrientes de pensamiento, que, ciertamente, muchos de los autores positivistas no se sienten identificados con algunas de las tesis que tradicionalmente se vinculan al formalismo jurídico, que fuera inherente a los estadios menos evolucionados del positivismo (FASSÒ, 1981). Es más, algunos de ellos han contribuido decisivamente a desacreditarlas (ATIENZA, 2013).

Porque el paradigma con que se mide el postpositivismo no es el del positivismo primitivo, impregnado de formalismo jurídico, sino el del positivismo en su versión más desarrollada, que es el neopositivismo de Herbert Hart en su obra *El concepto del derecho* (HART, 1961).

En efecto, el pionero del nuevo paradigma postpositivista, Ronald Dworkin construyó su nueva teorización, en su obra *Los derechos en serio*, en contraposición a la de Hart, que fuera su predecesor en la cátedra de jurisprudencia de la Universidad de Oxford, la parte conceptual de cuya teoría del derecho expresamente calificó como "la versión contemporánea más influyente del positivismo" (DWORKIN, 1977).

Cerrando el paréntesis, paso ya a la comparación de los modelos explicativos de los dos paradigmas en liza:

## 1.- Modelos explicativos de la estructura normativa.

### 1.a).- Positivismo.

En el paradigma positivista, la estructura normativa se explica mediante "el modelo de las reglas", sobre todo, de acción y de sanción.

Las normas jurídicas se entienden sólo como correlación entre la descripción de un tipo de casos y un tipo de solución normativa: un supuesto de hecho típico y un tipo de consecuencia jurídica. Su ideal regulativo son, por tanto, las normas cerradas, cuya aplicación excluye toda necesidad de deliberación práctica.

Las normas abiertas, fuente de incertidumbre jurídica, son vistas en el paradigma positivista como una desviación del ideal, una imperfección fruto, bien de una deficiente técnica legislativa, bien de una inevitable delegación del poder normativo en órganos de aplicación (tribunales o administración).

El modelo de las reglas es opaco, pues no muestra los valores que subyacen a las mismas.

### 1.b).- Postpositivismo.

En el paradigma postpositivista, el ordenamiento jurídico se considera integrado no sólo por reglas, sino también por principios, que no definen los casos a que son de aplicación, y por directrices que, señalando fines, no identifican los medios adecuados para alcanzarlos. Son, por tanto, normas abiertas, cuya aplicación exige deliberación práctica.

Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar; los principios, a la justicia y a la equidad.

Sin embargo, no se conciben como deficiencia del ordenamiento, sino, más bien, como instrumento para la protección de bienes y promoción de valores jurídicos. Además, los principios dotan de sentido a las reglas, dado que éstas se conciben como fruto del compromiso entre principios, para sus respectivos casos típicos.

El modelo de principios y directrices es transparente respecto de los valores que fomentan y de los bienes que protegen.

## 2.- Modelos explicativos de las relaciones internormativas.

## 2.a).- Positivismo.

En el paradigma positivista las relaciones entre las normas integrantes de un sistema jurídico se entienden de naturaleza exclusivamente lógico-deductiva. Dos normas son consistentes entre sí cuando es posible cumplir ambas a la vez. En caso contrario, el conflicto se resuelve por preterición de una de ellas, mediante la aplicación de los criterios *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*.

Así, entre dos normas inconsistentes, se prefiere siempre la dictada por la autoridad jerárquicamente superior en la escala de fuentes materiales del derecho y, si ambas son jerárquicamente iguales, se prefiere la más reciente, a menos que una de las normas en conflicto sea más general, en cuyo caso, ésta será preterida en favor de la más especial, aunque sea más antigua.

## 2.b).- Postpositivismo.

En el paradigma postpositivista, dado que el ordenamiento jurídico no se entiende exclusivamente en términos del modelo de las reglas, sino, más bien, en términos de un modelo mixto de reglas, principios y directrices, entre las normas no puede haber sólo relaciones lógico-deductivas de consistencia.

Porque la relación entre principios, o entre directrices, sólo puede entenderse en términos de coherencia valorativa. Diversos principios o directrices son coherentes entre sí cuando presentan una unidad de sentido o propósito práctico.

Y si la consistencia es cuestión de todo o nada, la coherencia es más bien gradual. Los conflictos entre principios, o entre los medios para alcanzar los fines señalados por las directrices, se resuelven mediante ponderación, o valoración.

## 3.- Modelos explicativos de la aplicación normativa.

### 3.a).- Positivismo.

En el paradigma positivista la aplicación de la norma al caso concreto se explica como una operación de subsunción del caso concreto en el supuesto de hecho legal, aplicándose al primero la consecuencia jurídica prevista en la norma para el segundo.

La subsunción requiere, desde la perspectiva del caso concreto, prueba y calificación de los hechos; desde la perspectiva del supuesto de hecho legal, identificación de la norma relevante e interpretación de la misma.

Estas operaciones son siempre de naturaleza semántica, pues exigen relacionar

las palabras con sus significados, los términos con sus referencias.

Como el modelo de las reglas es opaco respecto de los valores subyacentes, en él no se considera necesaria la ponderación del aplicador, pues se entiende que ésta es competencia exclusiva del legislador, que ya la hizo con carácter previo a la selección de las reglas. Ello contribuye a la seguridad jurídica, pero ampara y exige un tratamiento injusto de los casos de sobreinclusión e infrainclusión, especialmente, en relación con las reglas de sanción (SCHAUER, 1991).

Los casos de sobreinclusión son aquellos que, pese a ser subsumibles en el supuesto de hecho legal, no merecen la sanción típica, a pesar de perjudicar el bien que con la norma se pretende proteger, por estar orientados a la protección de bienes superiores a los amparados por la norma.

Los casos de infrainclusión, por contra, son aquellos que, pese a no ser subsumibles en el supuesto de hecho legal, sí merecen la sanción típica, por perjudicar el bien que con ella se intenta proteger.

### 3.b).- Postpositivismo.

En el paradigma postpositivista, se entiende que la aplicación de los principios exige ponderación entre los que se encuentren en conflicto, igual que la aplicación de las directrices exige valoración de los medios potencialmente aptos para alcanzar los fines impuestos por la norma. Toda aplicación de principios y directrices se concibe como conflictiva.

El paradigma postpositivista permite un tratamiento justo de los casos de sobreinclusión e infrainclusión.

Los casos de sobreinclusión no deben ser sancionados cuando la ponderación de los principios en liza asigne un mayor peso, atendidas las circunstancias del caso, al que inspire la acción.

En cambio, los casos de infrainclusión deben ser sancionados, a pesar de no ser subsumibles en el supuesto de hecho legal, si la ponderación asigna menor peso al principio que los ampara, que al que inspira la norma destinada a la protección del bien lesionado.

### 4.- Modelos explicativos de la validez de las normas.

#### 4.a).- Positivismo.

En el paradigma positivista la validez de las normas, según el modelo de las

reglas, no está en función de su contenido -factor material-, sino exclusivamente en función de tres factores formales, a saber:

- Competencia del órgano productor.
- Procedimiento de producción.
- Consistencia lógica con las demás reglas del sistema jurídico.

Hay siempre al menos una regla de las que Hart llama "de reconocimiento" (HART, 1961), que permite identificar formalmente las normas integrantes del sistema.

#### 4.b).- Postpositivismo.

En el paradigma postpositivista, el contenido material de las reglas, su adecuación a los principios que informan el sistema, sí es factor determinante de su validez.

En consecuencia, puede haber reglas inválidas, aun habiendo sido dictadas por los órganos competentes, respetando el procedimiento previsto, y sin que su invalidez venga determinada por relaciones lógicas de inconsistencia, sino por su incoherencia con los principios del sistema.

Además, el postpositivismo permite dar cuenta de la existencia de normas cuya validez sólo está en función del factor material de la coherencia.

Así sucede con las normas implícitas que, por definición, son normas que no han sido dictadas por órganos con competencia normativa y que, por tanto, no se han aprobado por los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, pero que deben considerarse integrantes del sistema normativo, por razón de su coherencia con los principios que lo informan.

Y también sucede con las normas llamadas "necesarias", que son aquellas cuya validez no tiene sentido remitir a otras formalmente válidas, pues no pueden derogarse sin que ello implique, no un mero cambio normativo, sino un auténtico cambio de sistema normativo. Tal es el caso, por ejemplo, del principio de imparcialidad judicial.

En definitiva, el contenido del sistema normativo no es identificable sólo mediante reglas formales de reconocimiento.

#### 5.- Modelos explicativos de la relación entre la creación y la aplicación de las

normas.

#### 5.a).- Positivismo.

En el paradigma positivista, la creación y la aplicación de las normas son consideradas actividades entre las que no existe continuidad, sino separación fuerte.

Crear normas es actividad política, extrajurídica, cuestión de voluntad y discrecionalidad. Al legislador compete crear las normas, mientras a los tribunales y a la administración no les queda sino aplicarlas obligatoriamente. El del legislador es gobierno *per legem*, pero el de los tribunales y la administración es gobierno *sub lege*.

Sólo muy excepcionalmente, si los aplicadores del derecho se encuentran ante lagunas jurídicas, están autorizados para actuar como legisladores para el caso concreto y, lógicamente, con la misma discrecionalidad que el legislador.

#### 5.b).- Postpositivismo.

El postpositivismo rechaza la tajante separación entre creación y aplicación del derecho.

Por un lado, el legislador está constreñido a concretar y desarrollar los principios constitucionales, justificando sus normas con razonamiento jurídico y cada vez con menos margen para la discrecionalidad -juridificación del razonamiento político-.

Por otro, el razonamiento del aplicador del derecho se politiza -politización del razonamiento jurídico-, pues ha de decidir no sólo si los casos son subsumibles en reglas concretas, sino también si concurren las razones que las justifican, o si, por contra, las reglas deben ser desplazadas, por exigencia de principios superiores a los que las inspiran.

### 6.- Modelos explicativos de los casos difíciles.

#### 6.a).- Positivismo.

Explica los casos difíciles por las lagunas del sistema normativo: por la ausencia de normas, entendidas como reglas, que sean aplicables al caso.

Ante un caso no regulado, en el paradigma positivista, como los principios y criterios que orientan su resolución por el juez no forman parte del sistema normativo, éste no determina la respuesta, sino que queda a la discrecionalidad del

aplicador del derecho, entendida como "jurídicamente permitida cualquiera de las soluciones".

Ante un caso difícil, ninguna de las partes tiene un derecho previo a ganarlo, y el juez actúa como legislador para el caso concreto.

Como no hay criterio jurídico para su resolución, ésta es, obviamente, cuestión de voluntad y no de descubrimiento de la respuesta correcta.

No es sólo que no sea posible el acuerdo unánime 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 cuál sea su respuesta jurídicamente correcta.

Y es que los casos difíciles se entienden, precisamente, como aquéllos que, por definición, no tienen respuesta correcta en el sistema normativo.

#### 6.b).- Postpositivismo.

La concepción postpositivista de Dworkin, prescinde del concepto de discrecionalidad en la explicación de la resolución de los casos difíciles.

Para ello, defiende que los criterios -principios y directrices- que orientan la labor del aplicador del derecho son parte del sistema normativo, siendo éste -y no la discrecionalidad judicial- lo que determina la respuesta que deba darse a cada caso.

A ello no se opone el hecho de que no exista, ni sea posible, el acuerdo sobre el sentido de la respuesta, pues los casos difíciles se conciben, precisamente, como aquéllos en que, por definición, no hay acuerdo sobre el sentido correcto de la respuesta.

En los casos difíciles hay una parte que tiene derecho a ganar, aunque no exista ningún procedimiento mecánico para demostrar de qué parte está la razón.

Su resolución no es cuestión de voluntad, sino de descubrimiento de la respuesta correcta.

En suma, la incertidumbre sobre el sentido de la respuesta correcta se concibe como compatible con su determinación por el sistema normativo.

#### 7.- Modelos explicativos de la ciencia jurídica.

##### 7.a).- Positivismo.

Postula que el lenguaje de las reglas es prescriptivo y no tiene valor de verdad. El de la ciencia jurídica -en particular, el de la dogmática jurídica-, en cambio, es un metalenguaje que, en el paradigma positivista, se concibe como exclusivamente descriptivo del derecho (KELSEN, 1960).

Porque el derecho es a la ciencia jurídica lo que el hecho a la ciencia natural: algo objetivable frente a los sujetos, que puede observarse y que sólo cabe describir, pero no mejorar.

#### 7.b).- Postpositivismo.

En el paradigma postpositivista se debilita la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo. La ciencia jurídica ya no se concibe como meramente descriptiva de reglas. Su tarea también es práctico-justificativa.

El jurista no puede ser mero observador de algo ajeno a él, sino que es partícipe en una práctica social compleja, cual es el derecho, con cuya mejora y desarrollo debe estar comprometido.

Por eso la ciencia jurídica ya no es mera descripción de normas, sin implicaciones valorativas, sino reconstrucción de una práctica social que, aun dotada de sentido, no es tan homogénea como para que, mediante la sola observación y sin valoración, pueda darse completa cuenta de ella.

Y es que, como práctica social, tiene tensiones internas entre sus elementos, cuya armonización obliga a realizar elecciones llamadas a ser justificadas, y no meramente descritas.

La aproximación al derecho como práctica social exige no sólo su descripción, sino también la detección de sus tensiones, y la formulación de propuestas de mejora. Y ésta es la nueva tarea de la ciencia jurídica.

#### 8.- Modelo explicativo de la enseñanza del derecho.

##### 8.a).- Positivismo.

Al considerar las reglas del derecho como algo objetivo y cognoscible, en el paradigma positivista se concibe el conocimiento jurídico como meramente transmisible.

Aprender derecho se entiende como aprehender las reglas que lo integran, mediante su memorización, siguiéndose igual criterio tanto para la formación de

teóricos, como para la formación de prácticos, especialmente, de quienes hayan de servir al estado, a los que se considera intercambiables, en la medida en que tengan todos igual nivel de formación.

#### 8.b).- Postpositivismo.

En el paradigma postpositivista, el análisis y mejora de la práctica jurídica exigen no sólo memorización, sino, muy particularmente, habilidad metodológica orientada a la resolución de problemas.

El conocimiento exhaustivo de todo el ordenamiento, amén de imposible, sería hoy perfectamente inútil, por su volatilidad, y por su insuficiencia, lo mismo para una labor teórica, que para cualquiera de las prácticas jurídicas.

Entendida la formación jurídica como conciliación de conocimiento y habilidad, ésta debería ser específica para cada tipo de tarea, con lo que los juristas así formados ya no serían considerados intercambiables.

### **VI.- Naturaleza de las diferencias entre ambos paradigmas.**

En todos los modelos, menos en uno, el paradigma postpositivista ofrece explicaciones que pueden considerarse meramente complementarias de las propias del paradigma positivista.

El postpositivismo es el descubrimiento de la naturaleza normativa de los principios y las directrices, pero no porque éstos sustituyan a las reglas, sino porque las complementan e inspiran, integrando, con ellas, el sistema normativo.

Así, no puede decirse que en el postpositivismo las relaciones internormativas sólo puedan concebirse en términos de coherencia, sino que han de explicarse en términos de consistencia -entre reglas- y de coherencia -entre principios y directrices-

Ni puede pretenderse que la aplicación de las normas en el postpositivismo se conciba sólo en términos de ponderación, sino que ha de explicarse en términos de ponderación y subsunción.

O que la validez de las normas sólo dependa de su contenido, sino que, salvo en casos excepcionales de normas implícitas o necesarias, ha de explicarse como función mixta de factores formales y materiales.

Igual que la ciencia jurídica ha de ser no sólo valorativa, sino también

descriptiva, y la enseñanza del derecho ha de ser no sólo fomento de habilidades, sino también memorización de normas.

El único punto en que el modelo explicativo del nuevo paradigma es incompatible con el positivista, es el relativo a la explicación de los casos difíciles.

Si, como sostiene Dworkin, el nuevo paradigma exige prescindir del concepto de discrecionalidad, el postpositivismo representará una ruptura con el paradigma anterior (DWORKIN, 1977).

Sin embargo, Ferrajoli, aun defendiendo la necesidad de la nueva teorización para dar cuenta del fenómeno neoconstitucional, sostiene que el nuevo paradigma debe contemplarse como culminación o desarrollo del positivismo, precisamente, porque defiende la tesis de la discrecionalidad al explicar la resolución de los casos difíciles (FERRAJOLI, 2003).

Es pues, en este punto, donde se debe resolver el debate entre quienes, como Ferrajoli, sostienen la tesis de la culminación y quienes, con Dworkin, han defendido la tesis de la ruptura.

## **VII.- La tesis de la discrecionalidad en el paradigma positivista.**

En la versión del positivismo que representa *El concepto del derecho*, de Hart, éste 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 es incapaz de adelantarse a todo caso posible, lo que provoca que continuamente surjan casos difíciles, que concibe como aquellos que no pueden resolverse con el sistema de reglas primarias y de reconocimiento, esto es, o no son subsumibles en una única norma del sistema, o son subsumibles en varias.

Y ante un caso difícil, -concluye Hart- no queda más que dejar que los aplicadores del derecho decidan discrecionalmente, esto es, que construyan sus propias reglas de decisión.

Acoge la tesis escéptica, tomada del realismo jurídico, de que ante un caso difícil sólo hay una variedad de respuestas, todas ellas aceptables, siendo cuestión de voluntad el optar por una de ellas.

La tesis de Hart supuso un avance en el paradigma positivista, pues gracias a él se sacudió el lastre del formalismo jurídico.

En las concepciones formalistas se negaba la existencia de casos difíciles en el derecho y, consecuentemente, se defendía 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. 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.

La tesis de Hart puso de manifiesto que, contra lo defendido por los formalistas, no faltan los casos que sí admiten varias respuestas, todas ellas

coherentes con el sistema normativo.

Hart entendió que, cuando tal cosa sucedía, el juez tenía permitida la adopción de cualquiera de las soluciones alternativas, teniendo que acudir, para su resolución, a criterios extranormativos.

Esta tesis exige aceptar que las resoluciones judiciales de los casos difíciles no son jurídicamente justificables -se justifican con criterios no jurídicos-, y que no es el sistema normativo lo que determina el sentido de las respuestas a los casos difíciles.

Las respuestas judiciales a los casos difíciles serán, por tanto, explicables psicológica o sociológicamente, pero no justificables con criterios del sistema normativo.

### VIII.- Casos difíciles.

MacCormick, aunque inicialmente situado en el mismo paradigma positivista de Hart, ocupó en su obra *Razonamiento legal y teoría del derecho* una posición intermedia entre la suya y la de Dworkin (MacCORMICK, 1978).

Llevó a cabo una clasificación causal de los casos difíciles que, aunque incompleta, es perfectamente coherente con el paradigma positivista, que sólo concibe el sistema normativo en términos de reglas de acción y subsunción.

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):

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

### **IX.- Los dilemas y los casos trágicos.**

Desde que Hart escribiera *El concepto del derecho*, en 1961, ha aumentado la precisión en el tratamiento teórico del tema de los casos no fáciles, a resultas del estudio de los dilemas en el derecho y en la moral.

El tema de los dilemas morales y jurídicos suele ilustrarse con ejemplos clásicos como los de Williams y Styron. Así, por ejemplo, Vargas Duque, al analizar la relación entre la tesis de la discrecionalidad y los dilemas morales genuinos (VARGAS DUQUE, 2013).

El primero propone un ejemplo contra la tesis utilitarista de que las acciones sólo son buenas si favorecen la felicidad del mayor número. Es el famoso caso del extranjero que llega a un pueblo en un país con un dictador brutal, y se encuentra en la plaza al jefe de policía, el cual le acerca a la pared donde ha dispuesto a veinte indios. Le explica que está a punto de dar muerte a algunos de ellos, elegidos al azar, para hacerles entender, tras unos recientes actos de protesta, lo poco ventajoso de su rebeldía. No obstante, para celebrar su llegada, le otorga el privilegio de salvar a la mayoría, matando sólo a uno. El extranjero tiene la opción de no matar a ninguno, pero si no mata a ninguno, morirán varios de los nativos, mientras que si mata a uno, salvará a los demás. Según el utilitarismo, la respuesta es clara: debe matar a uno. Pero Williams muestra cómo es más grave su responsabilidad moral si mata a uno que si no lo hace. (WILLIAMS y SMART, 1973).

En el ejemplo de Styron -tomado de su famosa novela, *La elección de Sofía*-, a una mujer judía que tiene dos hijos, con los que se encuentra recluida en un campo de concentración nazi, se le hace saber que, al menos uno de sus hijos debe morir en la cámara de gas, y se le da la opción de que elija entre ellos, bajo advertencia de que, si no elige, morirán los dos. La mujer, en cuanto madre, tiene el deber de proteger la vida de sus hijos. Sin embargo, cualquiera que sea la decisión que tome, implicará el sacrificio de, al menos, uno de ellos. Tiene la obligación de elegir pero, al mismo tiempo, no debe hacerlo (STYRON, 1979).

Y la reflexión sobre la materia, en relación con el derecho, ha dado lugar a un concepto específico, que Atienza denomina "caso trágico" (ATIENZA, 1992).

Casos trágicos son aquellos que, lejos de admitir diversas respuestas correctas

dentro del sistema normativo -como los casos difíciles-, no tienen ninguna respuesta correcta, en el sentido de que, cualquiera que sea el contenido de la misma, vulnera el sistema normativo de referencia.

En opinión de Elster, los casos genuinamente trágicos son los que verdaderamente manifiestan los límites últimos de la racionalidad (ELSTER, 1989).

En este tipo de casos, en que el sistema normativo carece de recursos propios para resolver los conflictos, en una tesis coherente con el paradigma positivista, podría concluirse con Martínez Zorrilla, que la apelación al azar es el único modo razonable de explicar su resolución (MARTÍNEZ ZORRILLA, 2008).

En todo caso, nos conformamos ahora con poner de manifiesto que los casos no fáciles pueden subdividirse en difíciles y trágicos, aunque esta subdivisión no se encuentre en los escritos de los principales protagonistas del debate entre los paradigmas positivista y postpositivista.

#### **X.- La tesis de la respuesta correcta de Dworkin.**

Dworkin defiende que, si creemos, *prima facie*, que hay casos que admiten soluciones alternativas -él sólo contempla que sean todas compatibles con el sistema normativo, aunque ahora sepamos que también pueden ser todas incompatibles con el mismo- ello se debe, no a que no haya 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.

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 normativo.

Pues, cuando falte la regla de acción, los criterios o principios que hayan de guiar la resolución, han de concebirse como integrantes del sistema normativo, 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 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 prescindir 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, 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 mecanismo que conduzca a una única respuesta correcta, justifican, a criterio de Dworkin, la tesis de la discrecionalidad. Porque sostiene que un juez omnisciente sí podría descubrir -no meramente elegir- la respuesta correcta en cada sistema normativo de referencia.

Se plantea Dworkin la cuestión de si no será un simple mito la creencia de que los casos difíciles tienen una única respuesta correcta. Supone al efecto dos tipos de objeciones desde el positivismo: una práctica y otra teórica.

La objeción práctica será la siguiente: Resultaría una injusticia que el estado hiciera valer resoluciones judiciales, que otros jueces hubiesen dictado en otro sentido igual de razonable.

Pero a Dworkin le parece fácil de rebatir, porque hay muchas razones prácticas para que el estado haga valer las resoluciones judiciales, con independencia del sentido de las mismas.

La objeción que le parece más interesante es la teórica: Si hay casos en que, consideradas todas las circunstancias, y a pesar de haber acuerdo sobre los hechos, los juristas razonables siguen estando en desacuerdo sobre la respuesta correcta, entonces no puede admitirse que una de las partes tenga algo así como un derecho a ganar el caso.

Resuelve la objeción en diálogo imaginario con un filósofo escéptico, al que pondrá contra las cuerdas de la contradicción que tradicionalmente se reprocha al escepticismo epistemológico. En resumidas cuentas, si la tesis escéptica es la de que todas las respuestas racionalmente posibles son igualmente aceptables, el escéptico sólo podrá defenderla pretendiendo su verdad. Pero el escepticismo es incompatible con la pretensión de verdad de ninguna tesis.

### **XI.- Los casos difíciles y los casos trágicos en el postpositivismo.**

Como Dworkin integra en el sistema normativo 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):

1.- De ponderación entre principios en competencia.

2.- De valoración de los medios más adecuados para alcanzar el fin señalado por las directrices.

Por otro lado, como pone de manifiesto Lariguet, entre quienes aceptan la subdivisión de los casos no fáciles, en difíciles y trágicos, no faltan quienes, desde un postpositivismo al modo de Dworkin, los consideran resolubles, y con una respuesta correcta (LARIGUET, 2004).

Tal es el caso de Atienza, quien postulaba hace unos años que, aunque todas las respuestas posibles vulneren el sistema normativo de referencia, unas pueden hacerlo en mayor medida que otras, siendo entonces lo racional la selección de la respuesta menos mala.

En otros términos, la solución correcta de los casos trágicos, en el paradigma postpositivista al estilo de Dworkin, no habrá de ser la que apele al azar, sino "la que garantice un punto de equilibrio [entre los principios en competencia], si no óptimo, por lo menos, mínimo" (ATIENZA, 1991).

## XII.- La teoría de la argumentación jurídica y la tesis de la 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 llegar a servir para la verificación de la tesis de la única respuesta correcta, sí permitió 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 normativo.

Ahora bien, los dos principales autores 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 legal fue MacCormick en *Razonamiento legal y teoría del derecho* (MacCORMICK, 1978), y lo hizo como complemento a la propuesta de Hart, para soslayar las críticas de Dworkin, que pretendía que el positivismo 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 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 *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.

Así pues, desvinculada la teoría de la argumentación del paradigma positivista, parece que su suerte ha quedado unida a la de la tesis de la ruptura, desde el momento en que sus dos principales valedores -MacCormick y Alexy- la conciben como complemento y sostén de la tesis de la respuesta correcta, formulada por Dworkin.

Y, a la inversa, del éxito o del fracaso de la teoría de la argumentación jurídica para la verificación de la tesis de la única respuesta correcta, depende que el nuevo paradigma pueda contemplarse como una auténtica ruptura con el positivismo, o

deba más bien aceptarse como su mera culminación.

### **XIII.- 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, que eran incompatibles con lo que los abogados y jueces entendían que hacían al aplicar el derecho.

Ya hemos visto cómo Dworkin rechaza que la teoría de Hart sea capaz de dar cuenta del modo en que, de hecho, se conduce la jurisprudencia constitucional estadounidense.

Críticas como la de Dworkin mostraron la necesidad de una reflexión complementaria sobre el modo 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.

Al poco de las críticas de Dworkin, Neil MacCormick intentó llenar ese vacío con *Razonamiento legal y teoría del derecho* (MacCORMICK, 1978), tal y como él mismo reconoció en el prólogo a la edición de 1994: "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 en la resolución de los casos difíciles. Resolver los casos difíciles exige, como paso previo, la elección entre teorías rivales. Una vez se ha hecho la elección, y tomado la decisión, de ésta se puede construir una justificación puramente deductiva. Para que la justificación sea completa, debe mostrarse, a juicio de MacCormick, cómo se ha llegado a la elección entre aquellas teorías.

MacCormick intenta soslayar la crítica de Dworkin a Hart, fijándose en cómo se desarrolla efectivamente la argumentación en los juzgados. Y de los casos observados, inferirá unas reglas con pretensión de universalidad, buscando en todo momento el equilibrio entre racionalidad matemática e irracionalidad.

En principio, para MacCormick, todas las decisiones jurídicas deberían ser reducibles a silogismos jurídicos sencillos. Pero, coherente con su positivismo antiformalista, sostiene que los criterios lógicos son insuficientes para justificar las

resoluciones.

Se hace necesario recurrir a criterios de racionalidad práctica, esto es, al uso de argumentos no estrictamente lógicos, que apelan a la noción de "coherencia", cuestión gradual, y no sólo a la de "consistencia", que es cosa de todo o nada.

Así, una decisión será razonable no sólo si es lógicamente consistente, sino también si es "justa", para decidir sobre lo cual se deberá, primero, valorar si satisface dos condiciones adicionales, cuales son las de universalidad y coherencia; y, segundo, se deberá atender también a sus consecuencias.

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 resolución de 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 -por tanto, de primer nivel- mediante valoración de las consecuencias de las alternativas inicialmente posibles.

No quiere con esto decir MacCormick que todas las resoluciones deban justificarse de este modo, sino que dentro de los casos difíciles en que no encontremos otro modo de decidir, es razonable apelar a las consecuencias para justificar la opción por una de las resoluciones alternativas.

En todo caso, a pesar de los criterios a respetar para que la respuesta al caso difícil sea racional, MacCormick niega tajantemente que sirvan para dar 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, salvo en los casos en que la única alternativa sea irracional, pero sí se le orienta sobre los criterios que debe respetar su resolución, para que sea juzgada razonable.

#### **XIV.- 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 valoraciones jurídicas 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. Y exige que todo juicio de corrección de una decisión jurídica tenga siempre un carácter provisional, esto es, que pueda ser revisado y refutado.

## **XV.- La tesis de la culminación del positivismo de Ferrajoli.**

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 neopositivismo de Hart, y ésta inseparable del nuevo paradigma postpositivista de Dworkin, Ferrajoli, aun defendiendo en su obra *Pasado y futuro del estado de derecho*, la necesidad del nuevo paradigma para dar cuenta del neoconstitucionalismo, lo considera, no como fruto de la ruptura con el paradigma positivista, sino como su culminación. Y ello, fundamentalmente, porque entiende imposible desterrar la tesis de la discrecionalidad en el modelo explicativo de 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.

Así, por ejemplo, en relación con la teoría de la interpretación, dado que no pueden explicarse con un mismo modelo la interpretación de textos normativos aprobados por la autoridad, y la interpretación de una práctica social.

Pero también y muy principalmente se distancia de Dworkin, en relación con el modelo explicativo de los casos difíciles.

Ferrajoli concibe la aplicación del derecho en términos de subsunción más discrecionalidad judicial y se muestra escéptico en relación con la pretensión de objetividad en la ponderación de principios.

Así, sitúa el debate en torno a la cuestión de si el postpositivismo debe ser entendido como ruptura con el positivismo, o más bien como su culminación.

Si no se puede eliminar la discrecionalidad, aunque se defienda la necesidad de una nueva teorización para dar cuenta del neoconstitucionalismo, mal puede pretenderse que esa nueva teorización constituya una auténtica ruptura con el paradigma positivista, siendo como es que toda ella implica una simple mejora de los modelos explicativos de dicho paradigma.

## XVI.- El cálculo de la racionalidad en la ponderación de principios de Alexy.

Saliendo al paso de la cuestión, Alexy va 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 su 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 a que ahora nos referimos, intentará dar cuenta de la justificación racional de la ponderación de principios.

Pero en esta obra a 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.

Así pues, los términos de la alternativa, son claros para Alexy: o ponderación sin discrecionalidad -tesis postpositivista-, o discrecionalidad sin ponderación, con sólo subsunción -tesis positivista-.

Y, presentando discrecionalidad y ponderación como mutuamente excluyentes, se cierra el paso a una tesis como la de Ferrajoli, que concibe el nuevo paradigma como culminación del anterior, en cuanto integrador de la discrecionalidad y la ponderación.

A tan fuerte tesis como sostiene Alexy, puede responderse recordándole que, propiamente, el positivismo no excluye la ponderación en la resolución de casos

difíciles. Lo que se niega desde el paradigma positivista es que la materia a ponderar, esto es, los principios, integre el sistema normativo, y que éste contenga reglas para resolver los conflictos entre principios. Así, el positivismo sí admite la ponderación, pero reconoce que el sistema no guía al juez en la aplicación de semejante método, razón por la cual se apela a su discrecionalidad.

En cualquier caso, lo relevante es que 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 la importancia de la satisfacción del otro principio en juego.

Tercero: Decidir si el grado de la importancia de 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, 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 otro caso, ejemplo de recurso de amparo, se trataba de decidir si eran

injuriosos ciertos comentarios vertidos en una revista, en 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 normativo, 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 normativo determine el resultado de la ponderación, con lo que la apelación a la discrecionalidad parece inevitable.

### **XVII.- Habermas y su concepción de los principios como reglas de acción.**

Habermas intentará una tesis sumamente original, para excluir la discrecionalidad, sin invocar 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, aun sin pronunciarse sobre la tesis de la respuesta correcta, 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.

**XVIII.- Dos críticas a la tesis de la respuesta correcta desde polos opuestos: los *Critical Legal Studies* -Kennedy- y el iusnaturalismo -Finnis-.**

## 1.- Duncan Kennedy.

Es obvio que Dworkin relativiza la distinción neopositivista entre casos fáciles y difíciles, al concluir que todos tienen una sola respuesta correcta, salvo aquellos en que la ponderación genere un empate.

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, en realidad, no hay 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.

## 2.- 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."

## **XIX.- 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 necesario para poner fin a 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, también los jueces tienen, en ocasiones, que servirse del razonamiento teleológico para justificar la adecuación de los medios elegidos, en relación con los fines que el sistema normativo les impone.

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.

"Los demás participantes en la convocatoria litigiosa", dice la sentencia, "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 a la función que se espera desempeñen, que los demás candidatos, 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.

## **XX.- 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 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.

## **XXI.- 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.

## **XXII.- 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 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).

## **XXIII.- 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 concluir 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).

## XXIV.- Conclusiones.

A) Llama la atención que Dworkin defienda la determinación por el sistema normativo 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 normativo, 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 mostarnos 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 normativo. 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 normativo 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.

Esta segunda conclusión será siempre provisional, pues nada podemos descartar sobre eventuales hallazgos futuros.

Pero la primera sólo será aceptable si se prueba que existe un procedimiento algorítmico para dar con la solución correcta a cada caso difícil.

Por eso me parece bastante ingenuo esperar consenso sobre la tesis de la determinación, sin proponer, para verificarla, un procedimiento de la naturaleza indicada. Y creo razonable mantener la tesis de la indeterminación, en tanto no se disponga de un procedimiento tal.

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, y 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 normativo 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 es 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 respuesta correcta, creo debe juzgarse menos razonable que la tesis de la discrecionalidad.

D) Si los modelos explicativos del postpositivismo son necesarios para dar cuenta del neoconstitucionalismo, habrá que admitir que, aun con principios en el sistema normativo, 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.

Así pues, desde un enfoque argumentativo, todo lo más se podrá erradicar la arbitrariedad, exigiendo razonamiento de las valoraciones no determinadas por el sistema normativo. Porque, aunque el enfoque sirva para juzgar la racionalidad de las valoraciones en liza, no sirve para 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) Una nueva teorización es necesaria para dar cuenta del neoconstitucionalismo. Pero la diferencia entre los paradigmas positivista y postpositivista es meramente cuantitativa y no cualitativa, aun en relación con el modelo explicativo de los casos difíciles.

En el paradigma postpositivista debe prevalecer el modelo que incluya la discrecionalidad valorativa en la explicación de los casos difíciles.

Así, ambos paradigmas sólo se diferencian en la extensión de la tipología de los casos difíciles, por relación a sus causas.

En el postpositivismo, al integrar los principios y las directrices en el sistema normativo, aumenta el número de causas de la dificultad de los casos, al incluir los problemas de ponderación de los principios en liza, y de selección de los medios más adecuados para alcanzar los fines indicados por las directrices.

El postpositivismo también debe recibir la distinción entre casos difíciles en sentido estricto y casos trágicos, aunque, en coherencia con la tesis de la culminación que aquí defiende, la solución de los mismos no puede entenderse, ni en términos de azar, ni de respuesta mejor a resultados de una ponderación pretendidamente objetiva. Desde un enfoque argumentativo, sólo se puede exigir razonamiento, para excluir la arbitrariedad, y que la decisión sea justificable dentro del sistema normativo de referencia.

F) En definitiva, la postmodernidad se introdujo en la teoría del derecho por medio del neopositivismo de Hart.

El realismo jurídico que, a diferencia del epistemológico, no tuvo nada de ingenuo, fue, contra el formalismo jurídico, profundamente escéptico en cuanto a la determinación 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.

## XXV.- Bibliografía.

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., *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1992.

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 rationales 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.

ELSTER, J., *Salomonic judgements: studies in the limitations of rationality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

FASSÒ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, Pirámide, Madrid, 1981.

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.

LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.

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., *Rethoric and the rule of law. A theory of legal reasoning*, OUP, Oxford, 2005.

MARTÍNEZ ZORRILLA, D., "Dilemas morales y Derecho", *Revista Discusiones*, nº 8, pp. 17 y ss, 2008.

MATHIEU, B. y VERPEAUX, M., *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, París, 1998.

POZZOLO, S., "Un constitucionalismo ambiguo", CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

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

SCHAUER, F, *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

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

STYRON, *Sophie's choice*, Random House, Nueva York, 1979.

VARGAS DUQUE, G.E., "Casos difíciles y dilemas en el derecho", *Revista de Filosofía Conceptos*, nº 3, pp. 107 y ss., 2013.

WILLIAMS, B. Y SMART, J.J.C., *Utilitarianism: for and against*. Cambridge University Press, Cambridge, 1973.