

Justificación judicial y valoraciones

VICTORIA ITURRALDE

Universidad del País Vasco

RESUMEN. Una de las cuestiones a que se enfrenta la teoría de la argumentación jurídica, y a la que se dedica este trabajo, es poner de relieve el papel que las valoraciones tienen en el proceso de aplicación del derecho. Las razones valorativas juegan un papel más importante que el que la concepción positivista del derecho suele advertir. En muchos casos las decisiones judiciales no pueden justificarse en el propio derecho, sino en valoraciones ajenas al mismo. Esto no debe significar que, en este ámbito, aquellas sean necesariamente arbitrarias, pero sí discrecionales, lo que conlleva que deben establecerse algunos criterios de racionalidad; criterios que no son ya jurídicos, sino de carácter moral o ético.

Palabras clave: Razonamiento judicial, Valores, Aplicación del derecho

Como ha puesto de relieve Prieto Sánchez, la presencia de valoraciones en el razonamiento judicial adquiere una relevancia especial puesto que “mientras que las premisas jurídicas cuentan con el título de su legitimidad política o, más claramente, de su fundamento democrático, las premisas morales no cuentan con más título que su racionalidad”¹.

Según Alexy las preguntas fundamentales en esta materia son: a) dónde y en qué medida son necesarias valoraciones, b) cómo actúan estas valoraciones en los argumentos calificados como “específicamente jurídicos” y, c) si son

ABSTRACT. This paper deals with one of the main issues of legal argumentation theory: the role of values in the process of the application of law. Value reasons play more important role than positivist conception of law use to stand. In many cases, legal decisions cannot be justified upon law itself alone but also on extralegal values. This point does not mean that, in this realm, those were necessarily arbitrary but discretionary. This involves that it is needed to establish some rationality criteria which are not really legal but moral or ethical.

Key words: Legal reasoning, Values, Application of law

racionalmente fundamentables tales valoraciones². Creo que (quizá con alguna matización en su formulación), estas son las cuestiones fundamentales; a la que creo que puede añadirse otra: qué implicaciones tienen las respuestas dadas a las mismas para la concepción positivista del derecho (si quiera en el contenido mínimo de la expresión “positivismo jurídico”). Evidentemente no abordaré todas estas cuestiones (y no sólo por el socorrido argumento del espacio), limitándome a poner de relieve el papel que las razones valorativas tienen en el conjunto de razones implicadas en

las decisiones judiciales, así como los criterios y límites de su justificación.

1. Decisión judicial y razones

1.1. Los diferentes discursos sobre la argumentación jurídica tienen en común la concepción de la aplicación del derecho según la cual en muchos casos esta deja márgenes de discrecionalidad al juez. El punto de partida es que la decisión judicial debe ser una decisión doblemente limitada: de un lado, por el carácter *legal* de la decisión, en el sentido de que el juez debe aplicar el ordenamiento jurídico. Ahora bien, puesto que éste no predetermina totalmente la solución de los casos individuales, existe un segundo límite consistente en que el juez debe ofrecer *razones* para justificar todos aquellos aspectos de la decisión que no vienen dados por el ordenamiento y que son necesarios en aras a tomar la decisión; lo que hace que la decisión sea discrecional pero no arbitraria.

Para referirme al lugar de las razones valorativas en la decisión judicial es necesario comenzar poniendo de manifiesto un “modelo” teórico de aplicación del derecho, es decir, una representación del proceso de aplicación del derecho que ponga de relieve cuales son las cuestiones que el mismo puede plantear. Tomando como referencia (levemente modificado) el esquema de Wróblewski, dicho modelo está compuesto por las siguientes decisiones parciales, decisiones que debe tomar el juez como paso previo a la decisión final³:

- a) Decisión aplicabilidad *prima facie* de las normas (utilizo “norma” como equivalente a “enunciado normativo” o “disposición”).
- b) Decisión de validez.
- c) Decisión de interpretación.
- d) Decisión acerca de los hechos probados.

- e) Decisión sobre su calificación jurídica.
- f) Decisión acerca de la o las consecuencias jurídicas.

Siempre que alguna una de las decisiones anteriores conlleve un margen de elección o, en otras palabras, sea una cuestión “difícil”, (qué sea una cuestión “fácil” o “difícil” es asimismo controvertido) el juez debe justificarla, es decir, dar razones (válidas) en apoyo a la misma; razón que debe justificar la alternativa elegida como “la mejor”, “la más correcta”, etc.

Uno de los problemas que plantea la justificación de las decisiones judiciales es establecer qué condiciones debe tener la justificación de una decisión judicial; en otras palabras, cuándo ha de entenderse que está justificada. Pues bien, limitándome a la justificación externa (o material), estas pueden cifrarse en las siguientes:

- a) Que la decisión haga explícitas cada una de las razones en que se sustentan cada una de las decisiones parciales y, por ende en que se sustenta la decisión final.
- b) Que las razones justifiquen cada una de las decisiones parciales en una medida “suficiente”. Esta es la cuestión decisiva a la que se enfrenta la justificación de las valoraciones.
- c) Que las razones sean consonantes con la naturaleza de las premisas. Así, el tipo de razón es diferente si se trata de justificar una cuestión relativa al significado de una expresión, a la existencia de un hecho, a la elección entre dos soluciones igualmente válidas, etc.
- d) Que las razones sean compatibles entre sí.
- e) Que las razones tengan relación directa con el objeto de la justificación.

Este requisito está referido a: e¹) la justificación de las diferentes decisiones parciales, y e²) la relación de las decisiones parciales con la decisión final.

- f) Que las razones sean concluyentes, es decir, que la fuerza de las razones sea tal que la conclusión devenga necesaria.

1.2. Son diversas las clasificaciones que vienen siendo realizadas por la teoría jurídica en orden a mostrar los tipos de razones que forman parte de una decisión judicial. Así p.ej. Alexy distingue tres tipos de permisas: reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de derecho positivo; Tarello realiza una enumeración de argumentos judiciales como muestra de cómo argumentan de hecho los jueces; Summers distingue entre razones sustantivas (aquellas que derivan su fuerza justificatoria de consideraciones morales, económicas, políticas, etc), razones de autoridad (fuentes del derecho), razones factuales (relativas a cuestiones de hecho), razones interpretativas (relativas a las alternativas entre diversas interpretaciones de los enunciados jurídicos) y razones críticas (una razón crítica es aquella que formula una crítica sobre un elemento o aspecto relevante de una razón autónoma), etc⁴.

1.2.1. Como punto de partida tomaré como criterio clasificatorio la naturaleza de las cuestiones que pueden plantear las decisiones judiciales. Así distinguiré entre: razones lingüísticas, empíricas, institucionales, valorativas y de tipo económico, sociológico, ético, etc. Tengo que decir que no se trata los diferentes tipos de razones no se excluyen entre sí, sino que en muchas ocasiones las razones se superponen.

Razones lingüísticas son aquellas que el juez debe dar para justificar cuestiones relativas al significado de las normas. Si bien puede parecer que las razones lingüísticas son únicamente relativas a la decisión de interpretación, tienen que ver también con otras cuestiones como por ejemplo, la afirmación o negación de la existencia de una contradicción, de una laguna y de la validez de un enunciado o proposición jurídica⁵.

Son razones empíricas aquellas que el juez debe dar para justificar enunciados sobre hechos. Estas razones comúnmente se identifican con la cuestión fáctica de la decisión, pero están presentes en argumentos de tipo económico, social, etc. (como por ejemplo, las consecuencias que en el terreno económico puede tener una determinada decisión, la opinión de la sociedad sobre una cuestión como justificación para inclinarse por una interpretación, etc.).

Las razones institucionales son aquellas que deben darse para resolver cuestiones (que podrán llamarse) específicamente jurídicas, y comprenden dos tipos de normas. De un lado: (a) normas *sustantivas* relativas a la cuestión de fondo que tiene que resolver el juez; y de otro, (b) *metanormas* acerca de la *aplicación* del derecho. Sin pretensión de exhaustividad son razones de este tipo los enunciados relativos a la relación entre las fuentes del derecho, los que establecen definiciones legales; los enunciados que en caso de contradicciones establecen cual es el enunciado o la solución aplicable (p.ej el art. 3.1 del Estatuto de los Trabajadores, el art. 8 del CP o 149.3 CE); las que regulan la aplicación de la analogía (arts. 2.2. CC, 4.1.CP); los enunciados que establecen presunciones legales, los que se refieren a la prueba tasada, etc.

Las razones valorativas son aquellas basadas en un juicio subjetivo según el

cual la elección de una alternativa con preferencia a otras se considera como la “la mejor”, “la más correcta”, “la más justa”, etc.

Por último, hay que mencionar toda una serie de razones de carácter económico, ético, sociológico, político, etc. que si bien no son necesarias en toda decisión judicial, resultan inevitables cuando las razones lingüísticas, empíricas e institucionales no son suficientes para tomar una decisión.

1.2.2. Tomando como criterio la vinculatoriedad que tienen para el juez las razones antes mencionadas, puede distinguirse entre razones obligatorias y no obligatorias.

Las razones lingüísticas, empíricas e institucionales, son razones obligatorias en el sentido siguiente. Las razones lingüísticas son obligatorias porque el juez no puede hacer caso omiso del significado de los términos y enunciados puesto que la ambigüedad y vaguedad de éstos no excluye el núcleo de certeza (positivo y negativo) de significado. A este respecto hay que poner de relieve dos características del lenguaje: el carácter convencional, esto es, que todo lenguaje requiere e implica una regularidad en su uso que es constitutiva del mismo, y la autonomía semántica, es decir, la capacidad del lenguaje de transmitir significados independientemente de los fines comunicativos en ocasiones particulares y la posibilidad de que un oyente pueda comprender lo que dice el hablante incluso en circunstancias en que hablante y oyente sólo tengan en común el lenguaje.

Las razones empíricas son asimismo obligatorias porque el juez no puede hacer caso omiso de los conocimientos científicos cuando estos dan respuesta a una cuestión que se plantea en el marco de un proceso (p.ej. cual es la causa del

derrumbe de un edificio; cual es el virus causante de una enfermedad, etc.). Esto no significa que el juez no deba ser crítico respecto de los datos científicos, sobre los cuales debe realizar un doble tipo de control; de un lado, sobre el grado de aceptabilidad de la metodología científica empleada por el experto en cuestión y, en segundo término, sobre la posibilidad de existencia de otras hipótesis científicas con posibilidad de refutar la tesis científica mayoritaria. A esto hay que añadir que la ciencia no siempre tiene respuesta, y que cuando la tiene ésta a veces es plural.

Las razones institucionales son obligatorias en la medida en que se trata del sometimiento de los poderes públicos, en este caso de los jueces, al ordenamiento jurídico.

Es no obligatoria una razón que da preferencia a un significado de una expresión sobre otro u otros; una razón que, ante dos narraciones de los hechos igualmente verosímiles, coherentes, etc. prefiere una sobre la otra; o una razón que da preferencia a un principio general del derecho sobre otro para dar solución a una laguna. En estos casos no se trata de razones lingüísticas, empíricas, ni institucionales, sino valorativas. Asimismo, no es obligatorio dar una razón económica, política (en sentido estricto), sociológica, o ética, para justificar una decisión.

1.2.3. Que una razón sea obligatoria no significa que sea concluyente; es la fuerza o peso de las razones lo que hace que una razón sea concluyente o no⁶. Es concluyente aquella razón cuya fuerza es tal que no pueden ser derrotada por otra y por tanto es necesaria y suficiente para justificar una decisión; mientras que no lo es aquella que puede ser excepcionada por otra. Así, si un enunciado tiene un único significado (expresa una única proposición), la razón lingüística es una

razón concluyente a efectos de resolver una de las cuestiones de la aplicación del derecho como es el significado de los enunciados aplicables; razón que no puede soslayarse con argumentos retóricos frecuentemente utilizados por juristas y jueces como son “la interpretación según el espíritu”, “la realidad social” y similares. También es una razón concluyente una presunción *iuris et de iure*. Mientras que, la aplicación de la analogía, la aplicación de un concreto principio general del derecho, la aplicación de la norma posterior-general frente a la anterior-especial en caso de contradicción, la aplicación de un significado del enunciado entre dos significados, etc. son razones no concluyentes.

1.2.4. En función del “objeto” sobre el que recaen las razones, puede distinguirse entre razones de primer nivel y razones de segundo nivel: estas tienen por objeto una razón de primer nivel y sirven bien para resolver un conflicto entre las razones de primer nivel otorgando una fuerza diferentes a estas (p.ej. ante dos normas reglamentarias contradictorias otorgando preferencia al criterio de jerarquía frente al de especialidad y aplicando por tanto la jerárquicamente superior); simplemente para derrotar una razón de primer nivel (p.ej. poniendo de relieve que no se dan las condiciones para aplicar la analogía; destruyendo una presunción *iuris tantum*, etc.), o bien para reforzar una razón de primer nivel.

2. Razones valorativas

2.1. He denominado razón valorativa a aquella basada en un juicio subjetivo según el cual la elección de una alternativa con preferencia a otras se considera como la “la mejor”, “la más correcta”, “la más justa”, etc.

Las razones valorativas son razones necesarias, puesto que determinadas decisiones sólo pueden justificarse en base a este tipo de razones. En la decisión judicial esto tiene lugar: (a) por los márgenes que ofrecen las demás razones o porque ninguna de ellas ofrece una solución, o (b) porque se produce un conflicto entre diferentes razones y ninguna de las tres razones es suficiente para determinar cual prevalece.

Las razones valorativas en la mayoría de los casos son razones de segundo nivel, pues suelen tener por objeto una razón lingüística, empírica o institucional. Así por ejemplo, para dar preferencia a un relato sobre los hechos frente al otro, o dar preferencia a la analogía sobre los principios generales, o para tomar una consecuencia jurídica cuando el ordenamiento le deja un amplio margen de elección.

2.2. No todas las razones valorativas tienen el mismo carácter. Para ver esto vamos a distinguir diferentes tipos de juicios de valor.

En el marco de la filosofía de la ciencia, suele distinguirse entre juicios de valor en sentido débil o externos (o caracterizadores) y en sentido fuerte o internos (o apreciativos)⁷. JV externos: Los juicios de valor externos incluyen los siguientes: a) valoraciones técnicas: son las definiciones de estándares cuantitativos y los parámetros de aceptabilidad empírica que expresan convenciones y decisiones metodológicas y que están presentes en los procesos científicos empíricos p.ej cuando se exigen determinadas características técnicas para calificar a un ordenador como bueno; b) enunciados en los que los términos valorativos aparecen en una posición atributiva (“esto es un buen X” -p.ej. un buen ordenador- en el sentido de que es un buen ejemplo de una determinada clase) y c) enunciados

externos al discurso teórico que intervienen en dos momentos: antes de que comience la investigación (y que motiven a alguien a emprender un tipo de estudio) y, después de que ésta haya sido realizada (p.ej. valoraciones acerca de las posibles aplicaciones del mismo).

JV internos: Los juicios de valor internos pueden definirse como “aquellos que tienen la función de hacer una apreciación positiva o negativa de un determinado “objeto (puede ser un objeto natural o cultural, y referirse a cosas, personas, entidades lingüísticas, etc.); apreciaciones que son expresadas a través de predicados del tipo “bueno”, “correcto”, “justo”, etc.

Ahora bien, no todas las valoraciones son del mismo tipo⁸. De acuerdo al contenido, hay que tener en cuenta que no todas las estimaciones son de índole moral. Así, los juicios de valor pueden ser clasificados en:

JV estimativos morales: si la estimación se refiere a propiedades no existenciales, y

JV estimativos no morales: si hace mención a propiedades existenciales.

Hay una clara diferencia entre un juicio moral como “Ordene su vida” y otro como “Ordene su escritorio”: el primero se refiere a una propiedad no existencial (el orden de una vida) y el otro a una propiedad existencial o fáctica (el orden de un escritorio). Sólo una de estas proposiciones estimativas es *moral*. En los juicios estimativos morales –dice Bilbenylo estimativo en el predicado predomina sobre con mucho sobre lo fáctico. Se trata de juicios que representan la “forma fuerte” de la estimación o valoración (como se ve al comparar las proposiciones “El dinero” es importante para la felicidad” y “El dinero es importante para crear un negocio”).

De otro lado, atendiendo a su forma se puede distinguir entre:

JV de tipo enunciativo: son aquellos que describe cualidades, tanto en un sentido moral (“Vivir es bueno”) como amoral (“Leer es muy pesado”)

JV de tipo preferencial: aquellos que incluyen una comparación de cualidades, tanto en un modo moral (“Más vale vivir que estar muerto”) como amoral (“Es mucho más cómodo el tren que el auto-car”)

JV de tipo preceptivo: la estimación puede adoptar la forma de una prescripción de cualidades y conductas moral (“¡Hay que vivir!”) como no moral (“Dejen de fumar”).

Volviendo a la cuestión de la aplicación del derecho y los juicios de valor, hay que subrayar dos cosas. De un lado, que los juicios a los que me refiero son los JV internos. De otro que, dentro de estos (y el contenido de la distinción no coincide exactamente con la de Frankena, aunque sí su terminología), es importante distinguir entre:

JV morales: aquellos cuya justificación conlleva un elemento de tipo ético, político, religioso, económico., etc.

JV no-morales: aquellos cuya justificación no conllevan un criterio del ese tipo.

Así, no es lo mismo resolver la contradicción existente entre los arts. 623 y 629 de Código Civil referidos al momento de la “perfección” (o “producción de efectos”) de la donación (JV no-morales); que interpretar el art. 14 de la Constitución referido al derecho de igualdad y a no discriminación; al “derecho a la vida” (en el que está implicado el problema de la legalidad de la despenalización del aborto), el 40 cuando dice que “Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa” (JV morales)

2.3. Si se parte de una posición no absolutamente escéptica, una de las preguntas fundamentales se refiere al tipo de justificación del discurso moral⁹.

Una de las cuestiones a que se enfrenta la teoría de la argumentación jurídica es la de la justificación de los juicios de valor en la aplicación del derecho. A este respecto es necesario hacer un pequeño paréntesis para tratar acerca de la naturaleza de los juicios de valor, pues en función la posición que se adopte sobre esta cuestión, la justificación de los juicios de valor se presenta de forma radicalmente diferente.

Para exponer brevemente la cuestión y dar si quiera un mínimo de precisión a los términos claves como “cognoscitivismo” y “no cognoscitivismo”, para lo cual me serviré de las palabras de Nino¹⁰. Acerca de la naturaleza de los juicios morales se puede distinguir entre el cognoscitivismo y el no-cognoscitivismo. El cognoscitivismo se puede dividir a su vez en empirista (o naturalista) y no-empirista. Para el cognoscitivismo no-empirista existe un reino ontológico habitado por valores, hechos morales o propiedades éticas que no son de ningún modo reducibles a hechos o propiedades de otra índole, y no se los conoce por medio de la experiencia sensible (G.F. Moore, D. Ross, N. Hartman, M. Scheler). Para el cognoscitivismo empirista los hechos morales son eventos del tipo de los que dan cuenta las ciencias naturales. Éste admite dos tipos de variantes, una subjetivista y otra objetivista, según los hechos morales estén constituidos o no por actitudes subjetivas de la gente. El objetivismo puede ser monista o pluralista según admita un solo tipo de hecho moral relevante (p.ej. el placer) o una variedad de esa clase de hechos (p.ej. el placer, las necesidades humanas, ciertas exigencias para la preservación de la vida social, etc.). Frente a estas

posiciones está el no-cognoscitivismo, en el que se encuentran teorías como el emotivismo de Ch. Stevenson y el prescriptivismo de R.M. Hare que niegan la existencia de hechos morales, ya que afirma que los juicios éticos no se distinguen por describir ningún tipo de hechos sino por cumplir con otras funciones, como expresara emociones o influir en el comportamiento de la gente.

No es este el lugar para dar cuenta de esta amplia y controvertida cuestión. Sólo me interesa destacar que la diferencia fundamental entre cognoscitivismo y no-cognoscitivismo radica en que se admita o no que los juicios morales se refieren a “hechos” (“hechos” de muy diversa índole según se trate de un cognoscitivismo empirista o no empirista), y que son estos “hechos” los que determinan la verdad o falsedad de aquellos. De otro que, como puso de relieve Hare, asumir una posición no-cognoscitivista no significa caer en el escepticismo ético¹¹.

Volviendo al tema que me ocupa, una de los enfoques a la justificación de los juicios de valor consiste en apelar a cuatro posibles criterios: la moral individual del juez, la moral institucionalizada, la moral social, y la moral crítica. Como intentaré poner de relieve estas alternativas quedan reducidas a una.

La moral institucionalizada, esto es, la moral plasmada en el ordenamiento jurídico no resuelve la cuestión, sino que es precisamente el punto de partida. Y ello, porque si bien es cierto que el derecho incorpora determinados principios morales y excluye otros, no dice cómo han de interpretarse en sede teórica los términos valorativos, ni cómo se resuelven las valoraciones que la aplicación del derecho plantea. La cuestión no es la aplicación de un principio moral del ordenamiento, sino la elección de uno entre una pluralidad de valores morales

presentes todos ellos en el ordenamiento¹².

Es obvio que la moral social (“el conjunto de exigencias morales o demandas de justicia que son ampliamente compartidas por una determinada comunidad o un grupo social en un momento histórico concreto”¹³) no es indiferente para la existencia del derecho, pues resulta inconcebible que un sistema jurídico difiera de modo importante de la moral generalmente asumida (aunque esto no impide que existan normas jurídicas que se aparten de la moral social). Ahora bien, el criterio de la moral social plantea, entre otros, dos problemas. De un lado, que incurre en la falacia naturalista, esto es dar el salto de un enunciado fáctico a uno prescriptivo; del lenguaje del *es* al lenguaje del *debe*. De otro (e independientemente de lo anterior), porque en la aplicación del derecho la cuestión no radica en la existencia de exigencias morales ampliamente compartidas, sino la resolución de casos individuales en los que la cuestión de realizar valoraciones de diverso tipo para los cuales la moral social no provee ningún criterio.

Es difícil distinguir tajantemente la moral individual de la moral crítica. Si por moral individual se entiende la propia de juez sin pasar por el tamiz de una mínima reflexión, se puede decir que no es apta para erigirse en criterio de moralidad en la aplicación del derecho, precisamente por la falta de justificación de la misma. Si, por el contrario, la moral individual es producto de la reflexión no es posible distinguirla de la moral crítica.

Por tanto, parece que la moral crítica es la única respuesta a la cuestión arriba planteada. Hart define la moral crítica como los principios morales generales utilizados en la crítica de las instituciones sociales, esto es, las “creencias morales que son verdaderas, correctas o justificadas sean o no aceptadas”¹⁴. Tam-

bién se ha dicho que la moralidad crítica es aquella que asume como propia el observador externo¹⁵. La cuestión radica en determinar en qué consisten esas creencias y si puede hablarse de las mismas en términos de “verdad” o más bien de “justificación”.

2.4. Un segundo enfoque, que considero más adecuado, consiste en establecer criterios de racionalidad de los juicios de valor. En esta línea daré cuenta de las respuestas dadas por parte de tres iusfilósofos que son referentes en el tema de la argumentación jurídica como MacCormick, Alexy y Aarnio.

MacCormick señala que el razonamiento jurídico es “un caso especial, altamente institucionalizado y formalizado del razonamiento moral”¹⁶. Para MacCormick una decisión en un caso difícil está justificada si cumple los requisitos de: universalidad (que se parta de una premisa que sea expresión de una norma general o de un principio; es una exigencia de justicia formal); consistencia (es decir, que se base en premisas normativas que no entren en contradicción con las normas válidamente establecidas); coherencia narrativa (relativa a la justificación de cuestiones de hecho cuando no tenemos conocimiento directo de las mismas) y aceptabilidad de las consecuencias (se refiere a las consecuencias jurídicas en el sentido de implicaciones lógicas; es decir, a qué tipo de conducta autorizaría o prohibiría la norma establecida en la decisión)¹⁷. Cuando se refiere a los argumentos consecuencialistas (consecuencias jurídicas o lógicas) señala que las consecuencias se evalúan con relación a una serie de valores: la justicia, el sentido común, el bien común, la conveniencia pública; y que dichos valores son distintos en cada rama del derecho (p.ej. en el Derecho penal un valor básico es la paz o el orden público, mientras que en derecho

de contratos es la libertad personal para perseguir determinados fines). Señala asimismo que los argumentos consecuencialistas son los decisivos para justificar una decisión en un caso difícil, pero no son concluyentes puesto que para un caso jurídico no existe una respuesta correcta y, en el razonamiento jurídico se llega a un punto en el que nos enfrentamos a elecciones últimas en favor de las cuales se pueden dar razones que se sitúan en un nivel prerracional o extrarracional. A la cuestión de cual es el criterio de corrección allí donde el elemento subjetivo tiene un papel decisivo, responde de manera diferente. En ocasiones indica que el criterio de corrección es el de la autoridad: “lo que la autoridad o lo que la mayoría decide es eo ipso la respuesta correcta con la única condición de que caiga dentro del ámbito de las respuestas posibles a favor de las cuales pueden darse buenas razones independientemente de las preferencias de la autoridad o de la mayoría”¹⁸. En otras apela al criterio del “espectador imparcial” (un ser ideal, plenamente informado e imparcial; esto plantearía problemas similares a los de la “comunicación ideal de diálogo” de Habermas o a la “audiencia universal” de Perelman).

La postura de Alexy resumidamente es la siguiente. Parte de que las reglas del discurso jurídico que él plantea no garantizan que en cada caso se pueda llegar a una respuesta correcta: frente al mismo caso las reglas del discurso permiten que varios participantes en el mismo lleguen a soluciones incompatibles entre sí pero racionales. En segundo término señala que la pretensión de corrección es *limitada* en el sentido de sometida a la ley, la dogmática y los precedentes, y *relativa* a los participantes en el discurso (pues depende de sus convicciones) y a un determinado momento temporal) (pueden modificarse a lo largo del tiempo).

En tercer lugar, dice que en la mayoría de casos el procedimiento no puede ser realizado en la práctica.

Refiriéndose a supuestos en el que al decisor le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones señala que “En la base a tal acción de preferir está, sin embargo, un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor en algún sentido y, por tanto, una valoración”¹⁹. Las propuestas para la objetivización de las valoraciones las agrupa en tres clases diferentes: a) basarse en convicciones fácticamente existentes, así como en normas no jurídicas tácitamente vigentes o seguidas; b) referirse a valoraciones que, de alguna manera, pueden ser extraídas del material jurídico existente (incluidas las decisiones anteriores), y c) recurrir a principios supra-positivos y, d) apelar a conocimientos empíricos [excepto los expuestos en (a)], si bien de únicamente de estas no se pueden deducir premisas normativas.

Señala que ninguno de los procedimientos, ni tampoco la simple suma de estos, puede resolver el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas. ¿Se debe extraer de aquí la conclusión de que lo decisivo son las valoraciones, no comprobables intersubjetivamente, de quien decide, valoraciones que quizá puedan ser explicadas, pero no justificadas, sociológica o psicológicamente? Alexy, aunque no lo afirma de manera explícita, parece inclinarse por esta respuesta al decir que “Esta conclusión sería por lo menos no deseable en cuanto a la legitimación de la creación judicial del Derecho, y en cuanto al carácter científico de la ciencia jurídica (en la medida en que esta se refiere a cuestiones normativas). Es verdad que esto no es una razón para no extraer esta conclusión, pero es una razón para buscar otros caminos”²⁰.

Aarnio parte de que la existencia de valores inherentes a la interpretación no

significa que el intérprete base siempre su decisión en sus propias valoraciones, sino que puede reflejar los valores sociales prevalentes. Se aleja claramente de posiciones cognoscitivistas: sostiene que los juicios de valor no son interpretados objetivamente, “no pueden ser verdaderos o falsos en el sentido fuerte de la palabra”²¹. La razón de esto es que los valores no son una realidad ontológica que pueda existir independientemente del sujeto. “En este respecto -dice- existe una diferencia entre la realidad física y la “realidad ontológica”... Pero esto no indica que los valores carezcan de objetividad en un sentido intersubjetivo.

Dice que no hay forma racional de resolver las cuestiones éticas porque están siempre implicados métodos no racionales, pero que ello no significa que las valoraciones sean arbitrarias; y critica el relativismo ingenuo según el cual el mero hecho del desacuerdo moral muestra que ningún acuerdo moral puede ser absolutamente correcto.

Ante la cuestión de si es posible justificar las valoraciones de forma tal que se pueda hablar de un control de las mismas, recoge la distinción entre la *razón teleológica* (referida a la valoración medio-fin) valoración que puede ser verdadera o falsa según los hechos, y *razón deontológica* referida a una norma que apoya la valoración. Pero en última instancia la pregunta última se refiere a los fines. “Al final de la cadena de respuestas, ya no es posible presentar una nueva justificación de X. X es considerado simplemente bueno porque provoca tales o cuales fines buenos o, dicho brevemente X es bueno porque es bueno”. “Esto significa que las valoraciones pueden ser justificadas hasta un cierto límite pero no es posible presentar una nueva justificación. Si en esta situación alguien presenta opiniones diferentes con respecto al valor de X, nada puede hacerse para eliminar el

desacuerdo. Sin embargo, no carece de sentido poner de manifiesto la cadena de justificación”²².

Para Aarnio, la discusión acerca de la racionalidad de las valoraciones en un sentido es posible y en otro no: dentro de un sistema de valores sí, pero “el sistema de valores en sí mismo no puede ser justificado sobre una base objetiva”. Esto no significa que los sistemas de valores sean arbitrarios sino que, siguiendo a Wittgenstein, están ligados a una “forma de vida” ... “la relatividad de las valoraciones es exactamente tan grande como la pluralidad de juegos del lenguaje y formas de vida. Pero esto no conduce al caos y a la arbitrariedad ... existe una relación de parecidos de familia entre formas de vida. Así, podemos indicar un número de criterios para los juicios de valor de forma tal que estos criterios “se superpongan” los unos a los otros. Y es justamente este rasgo lo que hace que el relativismo axiológico que he sostenido sea “moderadamente relativista”. Si hay un parecido de familia suficiente entre formas de vida (juegos del lenguaje), es posible entonces lograr un consenso acerca de los criterios de valoración entre quienes pertenecen a diferentes formas de vida. Por ello, es posible el entendimiento entre quienes se encuentran en diferentes formas de vida. Pero, aún así, las formas de vida pueden diferir entre sí tan básicamente que se vuelva imposible la aceptación de posiciones valorativas. “Un acuerdo entre dos interpretaciones puede ser logrado con un parecido de familia suficiente acerca de cómo debería se entendida la forma común de vida. Bajo esta precondition A y B que representan diferentes interpretaciones del significado común- pueden aceptar un compromiso. Esto es lo más a lo que los seres humanos pueden llegar en el ámbito de la discusión moral”. Citando a T. Stroup y asumiendo lo que dice éste

Aarnio concluye que “la argumentación racional con respecto a las valoraciones no resultará inútil, a pesar de que las diferencias últimas de opinión están basadas en criterios no racionales”²³.

3. Creo que las respuestas anteriores, si bien ponen de manifiesto aspectos importantes de l razonamiento moral (como los límites de la argumentación moral, o la relación de esta con las “formas de vida” puesto de relieve por Aarnio), son insuficientes, por lo que la filosofía del derecho debe volver la vista sobre la filosofía moral donde se encuentran aproximaciones racionales como las de Baier, Nowell-Smith, Toulmin, Richards, Frankena, Rawls o Brandt.

Frankena²⁴ se refiere al “punto de vista moral” y señala que un juicio, principio o código moral básico es justificado o verdadero cuando sería aceptado por quienquiera que adoptase el punto de vista moral, fuera racional y conociera todos los hechos relevantes. Se adopta el punto de vista moral cuando una persona formula juicios normativos acerca de acciones, intenciones, personas, etc.; está dispuesto a universalizar esos juicios; las razones que da a favor de esos juicios consisten en hechos acerca de cómo las cosas juzgadas afectan a los intereses de seres sensibles; cuando los juicios se refieren a nuestras acciones, las razones que damos a favor de ellos incluyen hechos acerca de cómo ellas afectan a los intereses de los demás.

Rawls²⁵, señala que “Una concepción de lo justo es un conjunto de principios, de forma general y universales en su aplicación, que han de ser públicamente reconocidos como tribunal final de apelación para jerarquizar las demandas conflictivas de las personas morales”²⁶. Pues bien, las cinco condiciones formales de los principios de justicia resumidas en esta cita son las siguientes: generalidad,

universalidad, carácter público, jerarquía y definitividad. En primer lugar los principios deben ser generales, esto es, debe ser posible formularlos sin el uso de palabras que intuitivamente podrían ser reconocidas como nombres propios o descripciones definidas. Así, los predicados utilizados en su formulación deberán expresar propiedades y relaciones generales. En segundo lugar, los principios deben ser universales en su aplicación. Tienen que valer para todos por ser personas morales. La generalidad y la universalidad son condiciones distintas. Así, dice Rawls, “el egoísmo en la forma de la dictadura universal (todos han de servir a mis intereses –o a los de Pericles) es un principio que satisface la universalidad pero no la generalidad. Aunque todos pudieran actuar de acuerdo con este principio, y ser los resultados en algunos casos no del todo malos, dependiendo de los intereses del dictador, el pronombre personal (o el nombre) violarían la primera condición. Por otra parte, también los principios generales pueden ser no universales. Pueden estar diseñados para ser útiles a una clase restringida de individuos, por ejemplo, aquellos especificados por determinadas características biológicas o sociales, tales como el color del pelo, la clase social, etc.”²⁷ La tercera condición es la del carácter público; esto significa que todos saben acerca de los principios de justicia. El objeto de esta condición es que las partes valoren las concepciones de la justicia como constituciones de la vida social públicamente reconocidas y totalmente efectivas. La cuarta condición es que se debe imponer una ordenación (o jerarquización) de las demandas conflictivas; “esta necesidad –dice- Rawls- surge directamente del papel que desempeñarían sus principios para concertar demandas competitivas”²⁸. La quinta y última condición es la definitividad, es decir, las

partes han de considerara al sistema de principios como tribunal supremo de apelación en materia de razonamiento práctico; lo que significa que un razonamiento a partir de esos principios es concluyente

Brandt, por su parte, plantea la cuestión en los siguientes términos: paralelamente a la teoría del conocimiento que indaga las condiciones de verdad de los enunciados empíricos, las diferentes teorías metaéticas se han preocupado de indagar acerca de la posibilidad y forma de justificación de los enunciados de la ética normativa.

Brand realiza un planteamiento de este tipo a través de lo que denomina “método de la actitud cualificada“. Presenta este método como un método empírico, si bien le otorga un claro alcance metaético. “El método de la actitud cualificada representa –dice- lo que realizan muchas o la mayor parte de las personas sensatas al poner a prueba los juicios éticos” ... “Nuestro alegato es sin embargo, no sólo que el Método representa lo que hacemos en nuestra reflexión moral (...), sino también que existen buenas razones para seguir este método y para aceptar y seguir la regla”²⁹. Para Brandt los requisitos de los juicios éticos que constituyen indicadores de un método racional en ética son los siguientes: a) consistencia, esta se refiere tanto a la autoconsistencia de los juicios morales, como a la consistencia de dichos juicios con el resto de juicios que sostenga esa persona; b) generalidad, esto es, que un juicio ético particular es válido sólo si puede ser apoyado por un principio general, principio que tiene que ser válido (un enunciado ético general es un enunciados acerca de todos los casos de un cierto tipo, que, que no haga referencia a individuos, sino que sólo se ocupe de propiedades); c) imparcialidad; esto supone adoptar una actitud que no varia-

ría si las posiciones de los individuos afectados fueran al revés, d) suficiente información: una actitud es desinformada si, en el caso de que una persona fuera imparcial, no se hubiera producido como se produjo si hubiera adquirido creencias verdaderas, o se le desengañase respecto a creencias falsas, y e) estado de ánimo normal: se refiere a un estado de ánimo sano: alerta a los hechos, sensible a los hechos, libre de cargas represivas³⁰.

Lo anterior no significa que un discurso que cumpla los requisitos antes indicados (o con un grupo de estos) conduzca a un resultado único, ni que la definición y aplicación de los mismos este exenta de problemas (como se pone de relieve en el controvertido requisito de la generalidad de los juicios morales), pero sí que constituyen límites a la argumentación moral.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AARNIO, Aulis (1991): *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, Robert (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid
- BILBENY, Norbert (1992): *Aproximación a la ética*, Ariel, Barcelona.
- BRANDT, Richard B. (1982): *Teoría ética*, Alianza, Madrid.
- FRANKENA, William K. (1967): *Ethics*, Englewoods Cliffs, USA.
- HAGE, Jaap – Peczenik, Alexander (2000): “Law, Moral and Defeasibility”, *Ratio Juris*, vol.13, nº3, pp.305-325.
- HARE, Richard M (1988): “Cómo resolver los problemas morales racionalmente”, L. Olivé (comp.) *Racionalidad*, Siglo XXI-Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, pp.58-75.

- HART, H.L.A. (1963): *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Oxford.
- (1994): *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford (2nd ed. with Postscript).
- ITURRALDE (2003): *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MACCORMICK, Neil (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- (1981): “The Limits of Reason: A Reply to Dr. Knud Haakonsee”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, n^o4, pp.504-509.
- ÁNGEL, Ernest (1981): *La estructura de la ciencia*, Tecnos, Madrid.
- NIINILUOTO, Ilka (1994): “¿Que hay de incorrecto en el relativismo?” en E. de Bustos y otros (eds.) *Perspectivas actuales de la lógica y filosofía de la ciencia*, Siglo XXI, Madrid, pp. 261-275.
- NINO, Carlos S. (1989): *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1993): “Sobre la separación entre derecho y moral y otras cuestiones relativas a los principios. Réplica a José Antonio Ramos Pascua”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. X, pp. 545-553.
- RAWLS, John (1978): *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México.
- SASTRE ARIZA, Santiago (1999): *Ciencia Jurídica Positiva y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid.
- SUMMERS, Robert S. (1991): “Statutory interpretation in the United States”, N. MacCormick-R.S. Summers (eds.) *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot (England), pp.407-459.
- TARELLO, Giovanni (1980): *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.

NOTAS

¹ L. Prieto Sanchís (1993): “Sobre la separación entre derecho y moral y otras cuestiones relativas a los principios. Réplica a José Antonio Ramos Pascua”, p. 549.

² R. Alexy (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, pp. 28-29.

³ Cfr. V. Iturralde (2003): *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, pp. 25-26.

⁴ R. Alexy (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*; G. Tarello (1980): *L'interpretazione della legge*; R.S. Summers (1991): “Statutory interpretation in the United States”.

⁵ Muchas veces se considera que los problemas lingüísticos afectan a los denominados conceptos jurídicos indeterminados, a los principios, etc. Sin embargo dichos problemas afectan buena parte de términos legales. Sin pretender que sea una tipología exhaustiva mencionaré los siguientes:

a) términos cuya estructura superficial indica que son descriptivos, por ejemplo, “todos”, “domicilio”, “matrimonio”, “mayoría absoluta” (arts. 15, 18, 32, 81 CE)

b) términos jurídicos indeterminados, como por ejemplo “causa justificada de utilidad pública (art. 349 CC), “extraordinaria y urgente necesidad” (art. 86 CE), “anomalía o alteración psíquica”, “miedo insuperable”, “abuso de confianza”, “sustancias nocivas para la salud” (arts. 20, 10, 22 y 359 C.P.)

c) términos que tiene un fuerte carácter ético o político; que suelen coincidir con posnormas que expresan principios. Me refiero a términos como “igualdad”, “libertad”, “justicia” (art 1 CE), “dignidad de la persona” (art.10), “libertad ideológica y religiosa” (art. 16) “derecho a la libertad y a la seguridad” (art. 17).

d) cualquier término que sea ambiguo y, sobre todo vago, sea la vaguedad actual o potencial (textura abierta).

⁶ Cfr. J. Hage-A.Peczenik (2000): "Law, Morals and Defeasibility", pp. 306-313 quienes hablan de "decisive reasons" y "contributive reasons".

⁷ Cfr. E. Nagel (1981): *La estructura de la ciencia*, pp. 442-452.

⁸ N. Bilbeny (1992): *Aproximación a la ética*, pp.134-137. W.K. Frankena (1965): *Ética*, pp.14-15.

⁹ Si se considera "la ética como un ejercicio consecuente de la pura razón, la forma propia de un juicio moral se descubre a través pues, de la justificación racionalista del hecho moral" N. Bilbeny (1992): *Aproximación a la ética*, p.138

¹⁰ C.S. Nino (1989): *El constructivismo ético*, pp.61-62

¹¹ Fue Hare quien puso de relieve el error en que incurren posturas tan contradictorias como el cognoscitivismo y el no-cognoscitivismo: el error consiste en pensar que el único ejercicio posible de la razón es determinar hechos o descubrir verdades. "Si uno cree -dice Hare- que la única función de la razón es descubrir hechos, entonces uno creerá obviamente que para poder hacer del pensar moral una actividad racional, se debe mostrar que los juicios morales son un género de juicios fácticos o descriptivos. Pero los dos tipos de teoría posibles que pretenden mostrar esto son callejones sin salida; cada uno de ellos nos lleva a su manera a una clase de relativismo que, los que se adhieren a estas posturas "objetivistas", no estarían dispuestos a aceptar. ... Por otra parte, si se comete el error pero al mismo tiempo se da uno cuenta de que los juicios morales *no* son (o por lo menos no de manera pura o primaria) afirmaciones de hecho, entonces se caerá en una postura completamente irracionalista sobre el pensamiento moral: nos llevará a creer que, puesto que el único ejercicio posible de la razón es descubrir hechos, y puesto que no hay hechos morales que descubrir, no puede usarse la razón para afirmarlos; deben entonces pertenecer al campo de las emociones irracionales o, como las llamaba Hume, de las pasiones", R.M. Hare (1988): "Cómo resolver los problemas morales racionalmente", pp. 45-46.

¹² H.L.A. Hart (1994): *The Concept of Law* (2ª ed.), p.200.

¹³ S. Sastre Ariza (1999): *Ciencia Jurídica Positiva y neocostitucionalismo*, p. 239.

¹⁴ H.L.A. Hart (1963): *Law, Liberty and Morality*, p. 20.

¹⁵ S. Sastre Ariza (1999): *Ciencia Jurídica Positiva y neoconstitucionalismo*, p. 241.

¹⁶ N. MacCormick (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, p. 272.

¹⁷ N. MacCormick habla de consecuencias en dos sentidos. De un lado, hay consecuencias conectadas causalmente con el resultado (p.ej. la consecuencia de que X haya sido condenado a pagar una cantidad de dinero a Y puede ser la desesperación de X ante la necesidad de reunir dicha cantidad) y otras consecuencias remotas (p.ej. la consecuencia de su estado de desesperación puede ser que X se vuelva alcohólico y se muera atropellado por un autobús cuando cruza embriagado un semáforo en rojo). Establecer cuales son las consecuencias de una decisión (en estos dos sentidos indicados) es muy difícil y no suele jugar un papel muy importante en la aplicación del derecho. Por ello, lo que importan son las consecuencias lógicas o jurídicas: qué tipo de conducta autorizaría a prohibiría la norma en cuestión.

¹⁸ N. MacCormick (1981) : "The Limits of Reason: A Reply to Dr. Knud Haakonsee", p. 507.

¹⁹ R. Alexy (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 27

²⁰ R. Alexy (1989): *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 34

²¹ A. Aarnio (1991): *Lo racional como razonable*, p. 262

²² A. Aarnio (1991): *Lo racional como razonable*, p. 267.

²³ A. Aarnio (1991): *Lo racional como razonable*, pp. 270-271.

²⁴ W.K. Frankena (1963): *Ethics*, pp.122 ss.

²⁵ J. Rawls(1978): *Teoría de la Justicia*, pp. 156-163.

²⁶ J. Rawls (1978): *Teoría de la Justicia*, p.162

²⁷ J. Rawls (1997): *Teoría de la Justicia*, pp. 158-159.

²⁸ J. Rawls (1997): *Teoría de la Justicia*, p.160.

²⁹ R.B. Brandt (1982): *Teoría ética*, pp.296-297. Por otra parte Brandt señala que utiliza la expresión "método racional en ética" para designar "algo más o menos semejante en ética a la lógica inductiva en la ciencia empírica" (p. 32).