

PASADO Y FUTURO EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz
Universidad de Santiago de Compostela

Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011

RESUMEN.

Para justificar una decisión u otro tipo de conclusión jurídica han de tomarse en consideración *fuentes* previas y preexistentes a la propia argumentación (el pasado) y predicciones sobre las consecuencias que produciría uno u otro resultado (el futuro). Ambos focos de atención son reconciliables cuando la mirada hacia el futuro viene exigida por las fuentes del pasado, pero a menudo se suscitan tensiones que han de resolverse con el razonamiento o la decisión. En la argumentación jurídica predomina la mirada al pasado por buenas razones, pero no se debe desconocer la importancia de la preocupación por el futuro en la teoría normativa y en la práctica. El trabajo identifica seis bloques de elementos justificatorios que operan sucesivamente en una suerte de rueda de argumentos sobre el pasado y sobre el futuro.

PALABRAS CLAVE.

argumentación jurídica, justificación, decisión judicial.

ABSTRACT.

In order to justify a legal decision or any other kind of legal conclusion, one must take into account *sources* which are previous and pre-existent to the argumentation itself (the past) and predictions about the consequences that would be caused by one result or other (the future). Both focus of attention are reconcilable when looking to the future is required by the sources of the past. However, quite often tensions arise which have to be resolved by means of reasoning or decision-making. Looking to the past predominates in legal argumentation for good reasons, but the importance of the concern for the future in normative theory and practice, should not be ignored. The paper identifies six groups of justificatory elements that work successively in a sort of wheel of arguments about both the past and the future

KEY WORDS.

legal argumentation, justification, judicial decision

SUMARIO

Introducción. – 1. La mirada al pasado a través de las fuentes del Derecho. 1.1. El Derecho puesto en reglas. – 1.2. El Derecho explícito no reglado. – 1.3. El Derecho implícito. – 2. La mirada al futuro en la argumentación jurídica. – 2.1. El argumento de la integración jurídica y la disposición hacia los fines del Derecho. – 2.2. El argumento de la repercusión de las reglas en el futuro. – 2.3. El argumento de los efectos próximos. 3. La rueda de argumentos.

INTRODUCCIÓN

Comenzaré advirtiéndole que este trabajo no trata sobre el pasado y futuro *de* la argumentación jurídica o de los estudios sobre ella –sobre su historia y su porvenir–, sino que trata sobre el pasado

y futuro *en* la argumentación jurídica, es decir, sobre cómo la atención al pasado y al futuro forma parte de la argumentación jurídica y se manifiesta dentro de ella.

Creo que una manera fiel y a la vez expresiva de describir la argumentación jurídica es decir que tiene en cuenta tanto el pasado como el futuro, lo cual a menudo genera tensiones. En este trabajo pretendo desarrollar un poco esta idea, que por lo demás ya ha sido indagada en otros estudios, algunos de los cuales serán aquí objeto de atención. La tesis de que la argumentación jurídica atiende tanto al pasado como al futuro –aunque no en la misma proporción–, puede aplicarse sin gran dificultad al razonamiento jurídico en general, es decir, a todas las ocasiones en las que se justifica una conclusión con base en el Derecho. No obstante, por motivos de simplicidad y de proyecto de investigación, aquí me referiré fundamentalmente a la argumentación que tiene lugar en el contexto de la decisión judicial. Por otra parte, mi

propósito es describir, clasificar y evaluar resumidamente argumentos que en el Derecho sirven de justificación según la razón y *además* a menudo en la práctica; no afirmo que siempre se argumenta así de hecho.

¿Qué significa que la argumentación jurídica, y en particular la justificación de las decisiones judiciales, mira al pasado y al futuro? Significa que para justificar una decisión u otro tipo de conclusión jurídica, y en concreto para justificar las premisas que conducen a ella –lo que ha venido en llamarse *justificación externa*¹–, es preciso tomar en consideración datos de dos tipos: de una parte, un conjunto de hechos y de elementos o *fuentes* de carácter jurídico que son previos y preexistentes a la propia argumentación (el pasado); y de otra parte, un conjunto de predicciones sobre los eventos o las consecuencias que resultarían de uno u otro resultado (el futuro). La idea es simple, pero sus

¹ WRÓBLEWSKI, J., *Sentido y hecho en el derecho*, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 1989, p. 40.

implicaciones no lo son tanto. Dicho con otros términos, las cuestiones jurídicas deben pensarse, y con frecuencia se piensan, de dos modos: *ex post*, preguntándose qué sucedió y qué derechos asisten a las partes involucradas o qué les corresponde en justicia; y *ex ante*, preguntándose qué solución es mejor para el futuro.² La perspectiva *ex post* es característica del Derecho y en ella se centra la teoría de la argumentación jurídica, pero no debería agotarla.

1. LA MIRADA AL PASADO A TRAVÉS DE LAS FUENTES DEL DERECHO

El pasado al que mira la argumentación jurídica consiste en el

² Esta distinción, y un estudio muy ilustrativo de la perspectiva *ex ante*, se puede ver en: FARNSWORTH, W., *The Legal Analyst. A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007, pp. 3-12. En muchos aspectos esta doble perspectiva es paralela a la distinción entre justificar mediante principios y justificar por las consecuencias o por los fines: WRÓBLEWSKI, J., “Justification Through Principles and Justification Through Consequences”, en *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984*, Milán, Giuffrè, 1987.

Derecho, conocido a través de sus fuentes, y en hechos, los cuales con frecuencia se conocen o tienen en cuenta filtrados por el Derecho. En este trabajo atenderé al pasado jurídico o normativo, aunque con ello no quiero implicar que sea más importante que el pasado fáctico. Tal vez la orientación de las decisiones jurídicas depende más de la fijación de los hechos que de la determinación del Derecho aplicable, pero en cambio esta última es más significativa en la teoría de la argumentación jurídica.

Es pacíficamente admitido que un rasgo fundamental de la argumentación jurídica es la necesidad de tomar como base de la justificación un conjunto de materiales y recursos más o menos delimitado que comúnmente designamos como fuentes del Derecho, tales como la legislación, las costumbres o la jurisprudencia. Estos elementos y, sobre todo, el contenido normativo que se desprende de ellos, es lo que suele entenderse por *Derecho*, si bien el

Derecho es así mismo la actividad argumentativa. Las fuentes jurídicas y su producto pertenecen al pasado de la argumentación (existen antes de emprenderla) y la condicionan. La argumentación jurídica es un modo de razonamiento práctico, en cuanto que emplea la razón para fundamentar premisas y a partir de ellas extraer conclusiones con relevancia (*práctica*) para guiar la conducta. Pero –se ha dicho con razón– es un *caso especial* del razonamiento práctico, entre otras cosas porque en la argumentación jurídica no hay libertad para indagar las premisas, sino que la búsqueda ha de ceñirse al ámbito de las fuentes del Derecho y a prácticas dogmáticas y procesales institucionalizadas.³ Ahora bien, ¿cuáles son las fuentes del Derecho que conforman el contenido normativo y, a su vez, el pasado que sirve de base a la argumentación jurídica? La respuesta a esta pregunta ya no puede presentarse

³ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica* [1978], trad. de M. Atienza e I. Espejo Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 34-36.

como una descripción, porque es muy discutida (de ahí que me haya referido a un conjunto «más o menos delimitado» de materiales y recursos). El antiguo debate sobre si la moral es o no fuente del Derecho representa quizá el principal desacuerdo, pero no es el único.

1.1. El Derecho puesto en reglas

Las principales fuentes del Derecho, el núcleo de lo que normalmente se acepta como materiales donde indagar el contenido del Derecho, son de dos clases: las normas jurídicas, especialmente las promulgadas por una autoridad legislativa o administrativa (las normas consuetudinarias y otras no promulgadas tienen menor acogida e incidencia); y las respuestas a controversias emitidas por órganos con autoridad para resolverlas y para interpretar y aplicar las propias fuentes jurídicas con dicho fin, especialmente las resoluciones judiciales (también son

relevantes las decisiones de órganos administrativos, pero menos⁴). Esta no es la manera convencional de enunciar las fuentes del Derecho, pero creo que se ajusta bastante bien a la práctica efectiva de los agentes jurídicos (esto es, a la *regla de reconocimiento*). En efecto, los materiales básicos que los juristas toman como Derecho preexistente para fundamentar en él una conclusión son las normas jurídicas y las resoluciones que las aplican o sustituyen autorizadamente. Habría mucho que aclarar sobre qué y cuáles son las “norma jurídicas” y sobre quién tiene “autoridad” para aplicarlas o sustituirlas y cuándo; pero tendré que dejar de lado algunos de estos problemas para poder tratar otros. Las normas y resoluciones emitidas por las autoridades jurídicas son de una gran variedad, y su manifestación concreta, peso relativo y jerarquía interna depende de los sistemas jurídicos y suele ser también motivo de

⁴ En España, por ejemplo, tienen una importancia significativa las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de la Dirección General de Tributos, de los Tribunales Económico-Administrativos, de la Comisión Nacional de la Competencia, y otras.

desacuerdos doctrinales y prácticos. Es habitual sostener que en los sistemas de *common law* hay más equilibrio de peso y jerarquía entre las normas y las resoluciones (precedentes) que en los sistemas de Derecho continental o civil. Pero es indudable que también en éstos las resoluciones autorizadas, y en particular las sentencias de los tribunales superiores, tienen una enorme influencia en lo que cualquier jurista toma como Derecho y no son un mero complemento de las normas.⁵

De esta manera, el pasado jurídico al que mira la argumentación jurídica es sobre todo el conjunto de las normas jurídicas promulgadas y las resoluciones judiciales, de acuerdo con la respectiva

⁵ En España el art. 1 del Código Civil presenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo como un complemento de las verdaderas fuentes, que serían la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Pero la práctica habitual de los juristas españoles, la regla de reconocimiento del sistema jurídico español, sigue otros derroteros. Es incuestionable que el Tribunal Supremo y los tribunales superpuestos, como el Tribunal Constitucional o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como otros órganos jurisdiccionales y administrativos de inferior jerarquía, ejercen una influencia efectiva en el contenido de la ley, la costumbre y los principios.

autoridad jerárquica e influencia práctica que se les reconozca: la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los tratados internacionales y la jurisprudencia de los tribunales competentes para interpretarlos, las leyes y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, etc. Además suelen asumirse también como fuentes jurídicas normas no promulgadas (como las costumbres), enunciados no normativos (como las definiciones legales) y signos que expresan normas (como las señales de tráfico); así como opiniones y resoluciones no judiciales (como algunas de órganos administrativos). Todo esto es lo que podríamos llamar el Derecho explícito, conformado por *materiales* jurídicos, en su sentido físico de textos, signos y hechos con relevancia jurídica. El Derecho explícito es objeto de muchos conflictos y debates en cuanto a su identificación, pero apenas suscita dudas en cuanto a su importancia en la argumentación jurídica.

Ahora bien, no todas las fuentes pesan por igual en la argumentación

jurídica, y en particular en la que conduce a la decisión judicial. Simplificando algo, aunque creo que no en exceso, podemos diferenciar tres grupos de fuentes en función de su respectivo peso específico. El primero lo forman las *reglas* precisas y concluyentes que están expresas o manifiestas en las normas y resoluciones jurídicas más autorizadas e influyentes. Aquí hay que incluir los preceptos más claros y directos contenidos en las leyes y en las sentencias de los tribunales superiores. Por ejemplo, una regla importante del Derecho español es que no se puede «ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos» (STC 22/1985, de 15 de febrero). Además han de incluirse en este primer grupo las reglas que quien argumenta o decide ha seguido en anteriores argumentos o decisiones, pues estas reglas precedentes le vinculan en principio por exigencias de la racionalidad; y en España también por

exigencias del propio Derecho, explícito en reglas del Tribunal Constitucional.⁶

1.2. El Derecho explícito no reglado

Un segundo grupo de fuentes jurídicas lo forman el resto de las normas, resoluciones y demás materiales del Derecho explícito, que incluyen disposiciones vagas, formulaciones de principios y directrices, y en general todas las prescripciones con autoridad jurídica cuyo sentido no es evidente, ni siquiera para un jurista, sino que precisan ser interpretadas. Forman el grueso del Derecho y son la principal causa de la especialización profesional de los juristas. Porque uno de los principales retos del conocimiento jurídico experto es cómo extraer reglas concluyentes (que decidan controversias) de materiales jurídicos de contenido difuso y a veces contradictorio. Además, las

⁶ Véase, por ejemplo, la STC 74/2002, de 8 de abril. En la doctrina: GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.

inconsistencias pueden producirse entre las reglas aparentes y las fuentes no regladas. Así, cuando los «enunciados legales meridianos» son contrarios a principios constitucionales, como la eficacia en la Administración Pública (art. 103.1 CE).

Hay sin duda mandatos jurídicos claros, de los cuales parece sencillo extraer reglas. Pero todo jurista asume que no sólo cuenta la letra de las disposiciones, sino que importa captar también el *espíritu* de la norma, su justificación subyacente, así como su integración en el ordenamiento, y a ello encaminan los criterios habituales de interpretación. Ahora bien, es típico del Derecho que porte su fuerza en reglas concretas y no en la justificación abstracta que éstas puedan tener, aunque haya excepciones.⁷ Frente a esta tesis hay quien sostiene que en el

⁷ SCHAUER, F., *Playing by the Rules*, Oxford, Oxford University Press, 1991 (hay trad. esp. de C. Orunesco y J.L. Rodríguez: *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004); y SCHAUER, F., *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2009, p. 15.

Derecho tienen más peso los principios que dan sentido a las reglas que ellas mismas, las cuales a menudo son desplazadas por aquéllos.⁸ Por otra parte, si se admiten excepciones a las reglas, éstas ya no pueden operar como razones perentorias y es inevitable examinar en cada caso su justificación.⁹ No obstante, este examen puede ser muy somero cuando la regla es meridiana y no se vislumbra su inconstitucionalidad. La legislación sobre tráfico de vehículos es siempre un buen depósito de ejemplos. Allí encontramos de un lado reglas precisas, como las que regulan los límites de velocidad o de alcohol, que tienden a ser aplicadas directamente y con

⁸ DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986 (hay trad. esp. de C. Ferrari: *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988). El ejemplo más famoso de Dworkin donde un principio desplazó a una regla es el caso de Elmer Palmer, a quien en 1899 un tribunal de Nueva York negó la herencia que según la ley le correspondía por testamento de su abuelo, asesinado por Palmer, porque la mayoría estimó prevalente el principio de que nadie puede beneficiarse del daño que causa. Schauer observa que frente a este ejemplo hay muchos otros en donde los tribunales fueron formalistas y permitieron que personas responsables de la muerte de los causantes heredasen de ellas: SCHAUER, F., *Thinking Like a Lawyer* cit., pp. 34 y 228.

⁹ BAYÓN, J.C., "Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas", *Doxa* 19 (1996), pp. 143-162.

independencia de su justificación y que excluyen no sólo la deliberación moral, sino también la deliberación jurídica. Por ejemplo, en España el Real Decreto 303/2011, de 4 de marzo, redujo de 120 a 110 km/hora la velocidad máxima diciendo expresamente que la razón era ahorrar combustible y no la seguridad vial; de modo que la prohibición de circular a 120 km/hora no se justifica cuando el vehículo circula cuesta abajo sin consumir combustible; y sin embargo la prohibición es igualmente aplicable en este caso, porque en realidad la fuerza de esta regla está en su enunciado y no en su justificación.¹⁰ En el otro extremo encontramos directrices muy abiertas, como la prohibición de «conducir de modo negligente o temerario»,¹¹ cuya

aplicación exige un juicio de las intenciones del legislador y una evaluación de consecuencias. En medio se sitúan multitud de disposiciones que parecen reglas susceptibles de ser aplicadas literalmente, pero que sería absurdo aplicar sin atender a su finalidad, y por tanto discrecionalmente. Por ejemplo, la que prohíbe conducir cuando se han ingerido «psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas»,¹² que entendida como regla llevaría a multar con 500 euros a quien condujese después de tomar café. Identificar las reglas en los materiales jurídicos del pasado es un asunto de interpretación y discrecional, pero no por ello arbitrario: depende en buena medida de consideraciones sobre el futuro, sobre qué reglas deberían ser seguidas.

¹⁰ Este peculiar comportamiento del Derecho se explica por razones de seguridad y de eficiencia. Cuenta Schauer que el estado de Montana decidió en 1996 suprimir los límites de velocidad y exigir sólo que la conducción fuese “razonable y prudente”, pero resultó tal incertidumbre que el Tribunal Supremo del estado invalidó la norma en 1998: SCHAUER, F., *Thinking Like a Lawyer* cit., pp. 16 y 191.

¹¹ Art. 2. del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre.

¹² «No podrán circular por las vías objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial los conductores de vehículos o bicicletas que hayan ingerido o incorporado a su organismo psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas...» (art. 27 del Reglamento General de Circulación cit.).

1.3. El Derecho implícito

Finalmente, un tercer bloque de fuentes jurídicas lo ocupa el Derecho implícito. La teoría del Derecho implícito es una respuesta a la necesidad sentida de encontrar en el pasado jurídico un fundamento para resolver controversias que no encuentran solución en el Derecho explícito. Hay buenas razones para sentir esa necesidad.¹³ Es un juicio

¹³ Una elocuente defensa de que el juez fundamente su decisión en el Derecho preexistente y no en soluciones creativas, incluso en casos difíciles, con el trasfondo normativo del valor de la autonomía personal y su exigencia de certeza, así como la propia expresión “derecho implícito”, se encuentra en: LAPORTA, F., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, esp. p. 212. Son razones para que el juez aplique el Derecho en lugar de crearlo, sobre todo, la necesidad de someter el poder del juez al control de la ley, puesto que el juez no está legitimado ni preparado para legislar; y la necesidad de proteger la seguridad jurídica evitando que se resuelvan casos con criterios retroactivos que no podían conocer los afectados. Son buenas razones, aunque también son atendibles los reparos de quienes creen que el Derecho implícito es sólo un ropaje ilusorio para la misma discrecionalidad y retroactividad que supuestamente evita. Es un hecho que algunos jueces y tribunales influyen en el contenido del Derecho, pero es discutible si y cuándo esto significa que crean Derecho o que por el contrario sólo dan concreción al que ha sido creado antes. Dicho de otro modo, no es evidente si el juez se parece al músico que compone la partitura, al que la restaura, al que le hace arreglos o al que la interpreta, porque dependiendo de cómo sea la música y el instrumentista preferimos una cosa u otra.

extendido que las controversias jurídicas han de resolverse *con arreglo a Derecho*, esto es, con arreglo a lo que era Derecho antes de buscar la solución o, mejor todavía, ya antes de que surgiese la controversia misma. Pero este juicio tiene como obstáculo la posibilidad de que ante un caso dado no haya Derecho explícito previo aplicable o que éste sea contradictorio o tan incierto que en la práctica no determine ninguna solución. Por ejemplo, puede que la solución apuntada por el Derecho explícito sea incompatible con valores que éste afirma o presupone, como la justicia, el orden o el bienestar económico y social. La estrategia inicial para afrontar estos obstáculos será interpretar el Derecho explícito, mediante los muchos recursos que éste tolera, con el fin de cubrir las lagunas y despejar las inconsistencias y las vaguedades. Pero cuando esto falla, la solución para resolver conforme al Derecho previo es acudir a un Derecho implícito, que suple las carencias del Derecho explícito sin dejar de ser Derecho, y que por tanto preserva el

componente jurídico de la justificación *jurídica* basada en el pasado.

La tesis del Derecho implícito tiene diversos desarrollos y diversas dificultades. Su desarrollo más visible en la práctica jurídica actual, sin desmerecer la doctrina histórica del Derecho natural, es el reconocimiento como fuentes del Derecho de principios que no han sido promulgados ni formulados por ninguna autoridad jurídica, pero que son coherentes con lo que sí ha sido promulgado y formulado autorizadamente. Hay por supuesto principios en el Derecho explícito, pero lo que sostiene la tesis que ahora consideramos es que el Derecho persigue una coherencia interna fundamental que exige, y frecuentemente hace posible, inducir nuevas normas de los materiales normativos existentes de modo que puede darse una respuesta *con base en* ellos a problemas que no tenían respuesta directa *en* ellos. Cuestión distinta es si estos principios implícitos han de limitarse a suplir las carencias del

Derecho explícito o si pueden llegar a corregirlo o sustituirlo, en lo cual pueden intervenir de nuevo consideraciones sobre el futuro. En todo caso, la tesis del Derecho implícito no es pacífica. Según una objeción escéptica, aunque el Derecho quiera ser coherente, unidireccional y completo, en realidad no lo es, ni siquiera en su sustrato, y quien pretende otra cosa se engaña a sí mismo o engaña a otros: disfraz de Derecho existente lo que en realidad es decisión y creación de Derecho. Este escepticismo puede ser más o menos radical, y en sus versiones más moderadas, como la de Hart, es muy poderoso. Nos viene a decir que el Derecho implícito puede cubrir algunas carencias del Derecho explícito, pero no todas; y que entonces la respuesta jurídica no puede fundamentarse siempre en el pasado.

2. LA MIRADA AL FUTURO EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La justificación de la calificación y solución jurídica de un caso dado se apoya en gran parte en lo que asume como Derecho previo quien argumenta; pero además de esta mirada al pasado, la justificación jurídica implica también una mirada al futuro, no ya en los eventuales supuestos de ausencia de Derecho previo, sino siempre. Ambos enfoques son a menudo compatibles, pero en ocasiones surgen conflictos que la teoría de la argumentación jurídica debería ayudar a resolver.

2.1. El argumento de la integración jurídica y la disposición hacia los fines del Derecho.

En un repaso sumario de razones por las que la argumentación jurídica ha de mirar al futuro se nos aparecen, en

primer lugar, las exigencias del pasado. El Derecho persigue unos fines determinados, y por tanto para justificar conforme a Derecho se requiere, en parte, que la solución favorezca esos fines o al menos no los entorpezca. Este argumento es obviamente complementario del que mira al pasado en el propósito del legislador. Los fines jurídicos que han de tenerse en cuenta en la argumentación pueden ser muy genéricos y difusos, tales como la paz, la justicia o la certeza en las relaciones sociales; o ser más concretos y precisos. Los llamados valores jurídicos condensan un importante tipo de fines genéricos, los cuales pueden estar expresos (caso del art. 1.1. de la Constitución española) o simplemente ser rasgos implícitos de todo Derecho o de un particular ordenamiento jurídico. Es difícil concebir que pueda ser fiel al Derecho una argumentación que se despreocupa de si las consecuencias que resultan satisfacen o no el sentido del Derecho y su pretensión de corrección. No obstante, esto no implica que sea imposible de

justificar con el Derecho toda conclusión contraria a uno de sus valores, por ejemplo toda solución injusta. Los fines genéricos del Derecho exigen atender al futuro, pero puede ser más importante para la justificación respetar una norma y la voluntad previa que manifiesta, aunque con ello se sacrifique algún valor jurídico (en parte porque respetar la norma asegura otros valores importantes).¹⁴

Otros fines jurídicos son más concretos y precisos e introducen la atención al futuro en la argumentación jurídica por medio de la interpretación y del contexto de aplicación, al intervenir las circunstancias en las que la argumentación opera. Cuando se argumenta con base en el Derecho existente es necesario tener presente la finalidad particular de la norma que se alega, y valorar si la solución propuesta es previsiblemente adecuada a ese

¹⁴ Así, la discriminación por razón de sexo en la sucesión de la Corona de España (art. 57.1 CE) es injusta, y sin embargo en un argumento jurídico tiene más peso lo que ordena la Constitución que los valores que proclama.

objetivo. Es cierto que a veces, por razones de eficiencia, seguridad y otras, el Derecho regula conductas de manera directa, con una orden, y prefiere que se siga ésta estrictamente y no la justificación que pueda tener, de modo que la argumentación jurídica puede desatender finalidades y consecuencias y concentrarse en la literalidad de la norma. Pero esto sólo ocurre cuando la norma es un mandato suficientemente claro y concluyente, y ni siquiera entonces de modo absoluto. Con frecuencia la argumentación jurídica ha de atender a los fines declarados o presupuestos por la norma y a la probabilidad de que se cumplan.¹⁵

¹⁵ Juega aquí la distinción entre reglas y principios, pero también entre normas (reglas y principios) *de acción* (que atribuyen consecuencias a conductas determinadas) y *de fin* (que atribuyen consecuencias a la obtención de estados de cosas): ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 2004 (2ª ed.), p. 7. Según señala Atienza, «las reglas de acción están orientadas (desde el punto de vista del aplicador) hacia el pasado, en el sentido de que establecen que, dadas ciertas circunstancias, alguien debe, puede o tiene prohibido realizar tal acción. Las reglas de fin, por el contrario, se dirigen hacia el futuro: señalan un objetivo (futuro) a alcanzar; es, por tanto, una forma más abierta de regular la conducta y su aplicación es, por ello, menos predecible: hay una mayor apertura hacia la discrecionalidad.» [ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 167].

2.2. El argumento de la repercusión de las reglas en el futuro.

Un segundo grupo de razones para que la argumentación jurídica mire al futuro tiene que ver con el seguimiento de reglas y la predictibilidad, como prolongación de las razones para mirar al pasado. La razón de este tipo más inmediata es la vinculación que crea el propio precedente. Quien argumenta con el Derecho, digamos un juez que ha de decidir un caso, ha de ser consciente de que las razones con las que justifica su conclusión deberán servirle de criterio también en casos posteriores análogos, y que sólo podrá evitar esta consecuencia justificando a su vez que ese razonamiento no es estrictamente aplicable al nuevo caso o debe ser rectificado. Esta exigencia de racionalidad, también una exigencia jurídica para los jueces españoles, impone a quien argumenta prever qué

consecuencias futuras tendrá la regla en la que base su conclusión, porque deberá seguirla más allá del caso presente.

Además, es también una exigencia de racionalidad jurídica que la solución tenga sentido en la sociedad sin dejar de ser coherente con el Derecho existente. Éste es un terreno resbaladizo, pero algunas intuiciones ayudan a avanzar, y entre ellas están las siguientes.

1) Por ganarse en certeza y eficiencia, entre otras razones, normalmente es preferible a largo plazo ser fiel a la letra de las reglas jurídicas claras, supuesta su legitimidad de origen, que tratar de seguir su justificación subyacente; y casi siempre mejor que reemplazar las reglas con soluciones novedosas. Es decir, hay una razón de futuro para respetar la regla del pasado. Así, volviendo al ejemplo anterior, un juez podría estar tentado a interpretar que con arreglo al Real Decreto 303/2011, de 4 de marzo, la velocidad máxima de circulación es 120 km/h cuando no se

consume combustible, y 110 km/h cuando hay consumo, porque así se respeta mejor la intención del legislador y el espíritu de la norma a tenor de su exposición de motivos; pero los muchos problemas que causaría esta interpretación (incertidumbre, litigiosidad, desconfianza, etc.) la desaconsejan desde el punto de vista de la utilidad.

2) Si un juez ha de decidir sobre una controversia cuya solución no puede fundamentar en el Derecho por causa de laguna, vaguedad o contradicción, entonces ha de resolver como supuestamente lo haría un legislador: atendiendo a los intereses en juego y a las preferencias sociales mayoritarias sobre las consecuencias de una u otra solución.¹⁶ Es decir, a falta de regla del

¹⁶ Es bien conocida la tesis de Hart de que a pesar de la retórica sobre la separación de poderes, en la práctica real los jueces tienen una función legislativa, aunque "intersticial": HART, H.L.A., "Postscript" a su *The Concept of Law*, 2ª ed., ed. por P. Bullock y J. Raz, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 238-276 (p. 274).

pasado, hay que crear una regla pensando en el futuro.

3) Al Derecho le importa la coherencia, y por tanto al argumentar una respuesta jurídica en un contexto de incertidumbre (un caso difícil), es preciso asegurarse de que la solución encaje en el Derecho existente y, en cierto modo, predecir que seguirla en el futuro reforzará esa integridad fundamental. Es decir, al justificar una solución pensando en la repercusión futura hay que ser consecuentes con los principios heredados del pasado. Esta idea da la vuelta a la defensa habitual de la coherencia jurídica, que tiene más que ver con la aplicación del Derecho preexistente que con la creación de nuevas reglas para el futuro. Hay diferencia en cómo ambas perspectivas afrontan un caso difícil sin respuesta clara en el Derecho explícito, pero es más teórica que práctica. Según un enfoque el

Hay trad. esp. de R. Tamayo y Salmorán: *Post scriptum al Concepto de Derecho*, México, UNAM, 2000 (p. 58).

juez ha de partir de los materiales jurídicos explícitos y extraer unos principios implícitos de los cuales inferirá una regla relevante al caso, de modo que al aplicar ésta aplica el Derecho preexistente al caso sin retroactividad alguna. Este punto de vista puede ser respetuoso con la primera intuición y su fidelidad a las reglas (así, al aplicarlas en analogías) o bien tolerar que las reglas sean desplazadas por los principios o razones que las justifican, de modo más polémico. Según el otro enfoque, a falta de solución jurídica explícita el juez ha de buscar la mejor regla aplicable al caso que sea compatible (no contradictoria) con los materiales existentes, con lo cual crea nuevo Derecho sin violentar el anterior. Aunque seguramente el primer modo de proceder tiene más sentido jurídico, y de hecho es el que suele *mostrarse* en las motivaciones judiciales, el segundo también es defendible, por lo que sigue.

4) Cuando hay más de una solución jurídica posible ha de preferirse la que tenga mejores consecuencias (la cual por otra parte se presume que es la solución que el legislador ya ha querido o la que escogería).¹⁷

Estas intuiciones comparten el presupuesto de que el Derecho no es ciego a los efectos que causa, y por tanto tampoco puede serlo quien argumenta o decide apoyándose en él. El problema es que este principio podría llegar a justificar que se reemplace la solución que se desprende de las fuentes del Derecho por otra mejor para el futuro, la cual –si proviene de una persona u órgano suficientemente autorizados– podrá pasar a formar parte de un Derecho corregido. Esta manera de entender la argumentación jurídica, más interesada en los fines últimos del Derecho que en el apego a sus fuentes,

¹⁷ El empleo de argumentos consecuencialistas para escoger entre resoluciones jurídicas alternativas se justifica, por ejemplo, en: MACCORMICK, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994 (ed. revisada; orig. 1978), pp. 128-151.

congenia mejor con el *common law*, pero no es ajena a nosotros. Sobre todo en los tribunales superiores, con más autoridad para crear nuevas pautas y para servir de guía de sucesivas argumentaciones, se aprecia una “ética de la responsabilidad” que lleva a veces a introducir reglas que se piensan útiles aunque ello suponga desplazar o forzar el Derecho previo. Ciertamente es más habitual buscar apoyo para la regla preferida en los mecanismos de la interpretación ortodoxa o en el Derecho implícito, por ejemplo invocando la “realidad social” presente o los principios generales del Derecho para modelar el Derecho explícito, en cuyo caso puede mantenerse la doctrina (o la ficción) de la irretroactividad. Pero esta estrategia para fundamentar la mejor solución consecuencialista no siempre es verosímil, y cuando no lo sea habrá que optar entre *seguir* o *corregir* el Derecho.¹⁸

¹⁸ O también cabe eludir la regla jurídica subóptima ocultando los hechos a los que debería aplicarse. Es

Un reciente caso difundido en la prensa ilustra este punto. Ante el impago de una deuda con garantía hipotecaria la finca hipotecada salió a subasta, que quedó desierta, y de acuerdo con el art. 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil le fue adjudicada por algo más del 50% del valor de tasación al banco acreedor, el cual a continuación solicitó la ejecución del resto de la deuda, cuyo importe superaba ese valor de adjudicación. Sin embargo, según el Auto de 17 de diciembre de 2010 de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, el banco recibió la finca por el valor de la tasación que había aceptado al conceder el crédito, pues no le constaba otra, con lo cual el principal de la deuda ya estaba saldado. La *ratio decidendi* de este Auto –menos publicitada que sus *obiter dicta* sobre la responsabilidad de los bancos en la crisis económica– es que se presume

una realidad que el empleo por el Derecho de reglas terminantes en lugar de directrices tiene ventajas, pero también algunos inconvenientes, como provocar la discreción oculta y la alteración de los hechos: FARNSWORTH, W., *The Legal Analyst* cit., p. 166. Si la única respuesta jurídica a un supuesto de hecho parece inapropiada, el decisor tendrá la tentación de no considerar probado ese hecho.

como valor de una finca hipotecada el de su tasación original a no ser que resulte probado otro, sin que baste a estos efectos el resultado de la subasta (y a pesar de lo dispuesto en el art. 671 LEC). Ésta no es desde luego la regla jurídica establecida en España y es muy dudoso que sea la regla óptima para el futuro, lo cual agrava los problemas de apartarse de la regla jurídica establecida. En cambio, el Auto de 28 de enero de 2011 de la Sección 3ª de la misma Audiencia Provincial de Navarra se guió en un caso idéntico por unas reglas menos extravagantes: el valor de mercado de un inmueble es el dinero que alguien esté dispuesto a pagar por él; y «el juez ha de estar sometido en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a las leyes aprobadas por los órganos legislativos».

2.3. El argumento de los efectos próximos.

Finalmente, hay que hacer referencia a un tercer grupo de razones sobre el futuro que intervienen en la argumentación jurídica: las que tienen que ver con los efectos inmediatos que la conclusión de un caso produce en las partes directamente involucradas y en terceros. Cuando se argumenta sobre controversias que afectan a intereses personales, como sucede siempre en las decisiones jurídicas, es inevitable pensar en las consecuencias que el resultado tendrá sobre las personas que son parte. Algunos observadores sostienen que normalmente se decide primero cuáles deben ser las consecuencias y sólo después se buscan y exponen los argumentos jurídicos para sostenerlas.¹⁹ Esto es quizás exagerado y en todo caso

¹⁹ «La voluntad de lograr una resolución de antemano fijada, dirige en realidad la elección de los textos legales en los cuales aquella resolución estriba» [KANTOROWICZ, H., *La lucha por la ciencia del Derecho* [1907], trad. de W. Goldschmidt en SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN y KANTOROWICZ, *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 343].

el valor de la argumentación jurídica no depende de los motivos de hecho (descubrimiento), sino de las razones de Derecho (justificación). Pero entre las razones de Derecho hay que incluir una sensibilidad hacia las circunstancias personales y las situaciones especiales. La equidad que defendía Aristóteles sigue siendo un valor jurídico.²⁰ Por ejemplo, en España la extracción de órganos de donantes vivos requiere «que el donante sea mayor de edad»;²¹ y sin embargo sería muy cruel prohibir a una madre de 17 años la donación de parte de su hígado a su hija si ésta lo precisa para sobrevivir, y de hecho así lo autorizó en un famoso caso el Auto 785/2007, de

²⁰ «[C]uando la ley presenta un caso universal y sobreviven circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido.» ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, 1137b, trad. de J. Pallí, Madrid, Gredos, 2000, p. 157.

²¹ Art. 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. El requisito se reitera en el art. 9.1 a) del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, cuya letra d) añade: «Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.»

18 de octubre, del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Sevilla.

Además, en la argumentación jurídica pesan los efectos generales que causará el resultado. Esto es visible cuando la solución mejor fundada en Derecho es muy gravosa socialmente, por ejemplo por su alto coste económico. En ocasiones hay una válvula de escape interpretativa o de otro tipo,²² pero otras veces el decisor debe escoger entre aplicar el Derecho dictado por las fuentes o evitar las consecuencias indeseables. Un ejemplo lo ofrece la STC 45/1989, de 20 de febrero, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de algunos preceptos que regulaban la tributación conjunta en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 1978, pero con una nulidad prospectiva desconocida hasta entonces en el Derecho español (pero ya parte de él en virtud de esa misma Sentencia), que

²² Por ejemplo, la posibilidad de expropiar los derechos frente a la Administración reconocidos judicialmente: art. 18 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y art. 105.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

conservó las liquidaciones ya realizadas y evitó un enorme perjuicio económico al Estado. El Tribunal argumentó con la relación entre nulidad y retroactividad y no con razones consecuencialistas, pero es difícil creer que éstas no pesaron en su fallo.

3. LA RUEDA DE ARGUMENTOS

La argumentación jurídica atiende al pasado jurídico y al futuro previsible, y lo hace de un modo complejo y sutil que es difícil precisar. Por otra parte, es obvio que no sigue idénticas pautas en todos los agentes ni en todas las ocasiones. No obstante, pienso que la argumentación jurídica típica, y en particular la propia de la decisión judicial, puede explicarse como la aplicación progresiva de los criterios sobre el pasado y el futuro expuestos, agrupados en los seis bloques identificados; los cuales son tomados en consideración de forma continua y rápida hasta llegar a superponerse. Esta tesis

quiere ser descriptiva de cómo opera el razonamiento estándar para justificar con el Derecho tanto en la teoría como en la práctica. Sostiene que en la argumentación jurídica, al fundamentar la conclusión normativa, han de tenerse en cuenta, y normalmente se tienen en cuenta, unos criterios referidos al Derecho preexistente o pasado y otros criterios referidos a las consecuencias previsibles o futuras de la conclusión, que intervienen sucesivamente de forma cíclica. Puede representarse esta estructura como una *rueda de argumentos* con seis apartados:



Quien emprende una argumentación jurídica –el *decisor*, para abreviar– tiene ante sí una rueda de argumentos que hace girar continuamente hasta que, básicamente por razones de tiempo, ha de detener para llegar a una conclusión. La velocidad de giro, por así decirlo, varía según la urgencia y la pericia con que se manejen los argumentos, y puede dar la impresión de que éstos se funden y aportan una visión de conjunto. También puede variar el sentido de giro y el orden de los argumentos. Según creo, una argumentación jurídica ortodoxa, que estimo preferible, procedería tomando como punto de partida las reglas jurídicas establecidas explícitamente, y luego tomando en consideración sucesivamente los materiales no reglados del Derecho explícito, el Derecho implícito, la orientación hacia los fines del Derecho de las alternativas disponibles, la repercusión futura de las reglas implicadas en ellas y los efectos próximos de las soluciones posibles; y otra vez estos

mismos elementos si fuese necesario hasta perfilar una conclusión satisfactoria. Lo cual no es tarea sencilla.

Acabaré con un ejemplo de utilización de la rueda de argumentos. Pensemos que un tribunal que examina una denuncia de construcción ilegal referida a un gran edificio de viviendas llega a la conclusión de que carecía de licencia válida y ha de decidir la consecuencia jurídica.²³ El primer argumento a considerar será la regla que se desprenda de las normas jurídicas o de la jurisprudencia. Puede ser, por ejemplo, que una ley disponga que «si las obras fueran incompatibles con la ordenación vigente, se decretará su demolición a

²³ Se trata por supuesto de un caso habitual, pero tengo en mente el resuelto por la Sentencia de 28 de marzo de 2006 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), que confirmó la Sentencia 1850/2001, de 20 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), la cual anuló la licencia otorgada por el Ayuntamiento de A Coruña para rehabilitar un edificio destinado a viviendas y locales comerciales y falló que debía procederse a su demolición. El edificio, de 89 viviendas, está totalmente integrado en la ciudad y sigue en pie. Por Auto de 29 de noviembre de 2010 el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha requerido al Ayuntamiento que ejecute la sentencia, pero cualquiera que vea el edificio tendrá dudas tanto sobre la probabilidad como sobre la conveniencia de la demolición.

costa del interesado en todo caso».²⁴ En segundo lugar, indagará si otras fuentes del Derecho apuntan a otra solución. Considerará, por ejemplo, si la demolición es una sanción administrativa y por tanto juega el principio legal de proporcionalidad.²⁵ En tercer lugar, revisará su juicio sobre la aplicabilidad de la regla a la luz de los principios implícitos en el ordenamiento. Por ejemplo, podrá pensar que el principio de proporcionalidad tiene peso en el Derecho más allá de las sanciones, como aquí; pero así mismo que el Derecho otorga una autoridad especial a las disposiciones legales inequívocas. En cuarto lugar, comprobará que las

²⁴ Esa era la regla legal de aplicación por los Ayuntamientos a las obras sin licencia según el art. 248.1.a) del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio y, con redacción similar, según el art. 175.3.a) de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia. La legislación actualmente vigente en Galicia mantiene esta regla. La demolición es la «consecuencia natural de la nulidad de la licencia otorgada», cuando no es posible la legalización, según la Sentencia de 3 de junio de 2003 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª).

²⁵ Art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

consecuencias previsibles de la conclusión que va perfilando son compatibles con los fines del Derecho en general y de la legislación urbanística en particular. Por ejemplo, apreciará si la solución es favorable a la utilidad pública. En quinto lugar, valorará qué regla es socialmente preferible por sí misma (es decir, con independencia de la preferencia jurídica), y si tiene encaje en el Derecho y sus fines. Por ejemplo, se preguntará si es preferible demoler siempre los edificios ilegales, para desincentivar la ilegalidad, o más bien buscar fórmulas de subsanación y compensación que eviten la demolición cuando el coste social o económico de ésta es muy alto (pasando por alto la ilegalidad, si es necesario). En sexto lugar, atenderá al efecto inmediato que tendrá la respuesta escogida. Por ejemplo, el perjuicio que se le causa al denunciante, a los propietarios e inquilinos del edificio, a la ciudad y a sus ciudadanos, etc. A continuación, con este bagaje de argumentos, podrá reconsiderar la aplicabilidad e idoneidad

de la regla jurídica de partida, tomando en cuenta otras reglas –como la que prohíbe ignorar los enunciados legales meridianos–, otros datos y otras reflexiones, y así continuar la rueda de argumentos hasta alcanzar por fin una conclusión.