

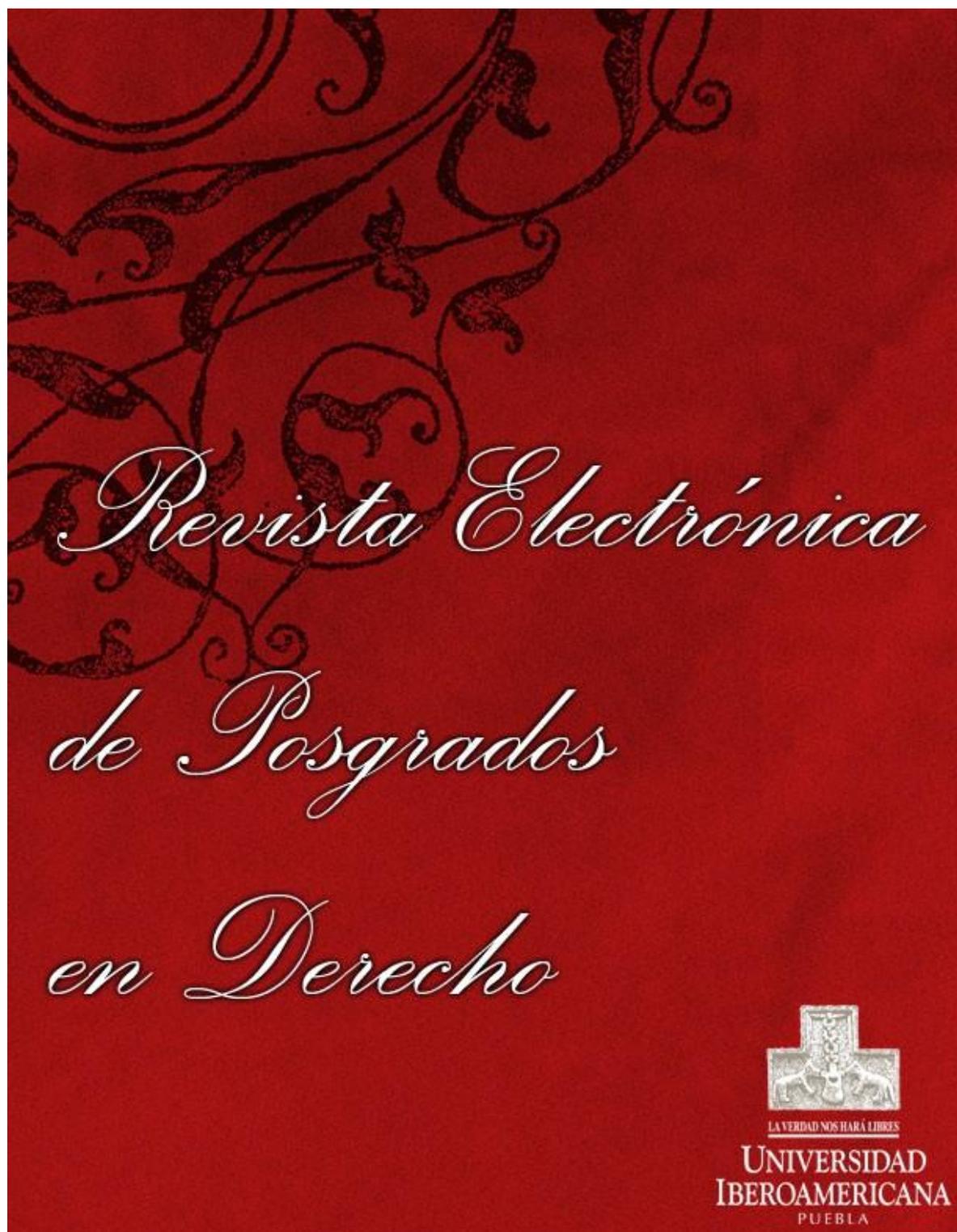
Argumentación y seguridad jurídicas

Barrales Arias, José Adalberto

2010

<http://hdl.handle.net/20.500.11777/1145>

<http://repositorio.iberopuebla.mx/licencia.pdf>



**Revista Electrónica de Posgrados en Derecho
Universidad Iberoamericana Puebla**

Presentación

El Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades, a través de sus programas de posgrado en derecho inaugura este nuevo esfuerzo de divulgación, cuyo propósito es reunir y ofrecer periódicamente para su lectura crítica una serie de trabajos de los profesores, alumnos y egresados que conforman la comunidad académica de la Universidad Iberoamericana Puebla

relacionada con este importante campo.

La diversidad temática de los textos presentados en esta primera entrega le permitirá al lector hacerse una buena idea de la extensión y la densidad del universo problemático del derecho en el mundo contemporáneo; ámbito que se ha convertido en espacio de confluencia de múltiples tensiones que caracterizan nuestro tiempo: el flujo imparable de información, bienes y personas que caracteriza el fenómeno que llamamos globalización, que desafía toda suerte de fronteras, incluidas las de orden jurídico; la pluralidad de universos de sentido y formas de vida que en este escenario se debaten cada día, que obliga al diálogo aunque con demasiada frecuencia se manifiesta como confrontación y exclusión; el redimensionamiento del estado contemporáneo junto a la aparición y fortalecimiento de nuevos y viejos poderes que buscan asegurarse un lugar preponderante en el nuevo orden (desorden, preferirían algunos) de nuestro mundo; el veloz desarrollo de las ciencias y la tecnología que reconfiguran diariamente las condiciones de nuestra acción y nuestras relaciones con los otros; más un largo etcétera de aspiraciones y obstáculos que configuran esta suerte de campo minado en el que nos movemos cada día.

Todo ello y, en especial, la profunda aspiración por una vida más justa y digna que se aloja en el corazón de los seres humanos y que dolorosamente no encuentra suficiente asiento ni asidero en nuestra realidad, interpelan y exigen hoy a la comunidad de estudiosos y profesionales del derecho a buscar más profundamente y más allá.

Más profundamente, en pos de las fuentes mismas que le dan fundamento y sentido al derecho en la vida humana y más allá de la ley y de las propias fronteras de esta disciplina, para entender mejor las realidades concretas en las que se reclama su intervención y para mejor dar respuesta a ellas.

Los cuatro artículos, seis tesinas y una ponencia que aquí se presentan expresan de diversas maneras esa búsqueda que caracteriza la formación de los profesionales del derecho en nuestra Universidad.

Conciencia ética, rigor disciplinar, sensibilidad social y una aspiración por incidir de manera profunda y positiva en el rediseño del espacio público, son rasgos que caracterizan estos documentos que discurren ya sobre la

complejidad de los retos que enfrentan los profesionales del derecho y las exigentes implicaciones que para su formación se derivan de ello; sobre los derechos humanos, su difícil proceso histórico y su urgente vigencia; sobre la dimensión jurídica de la reforma del Estado contemporáneo; y –en extenso– sobre distintos casos del continuo y complejo devenir de la normatividad jurídica, su análisis, crítica y el imperativo de adecuarlas a las cambiantes condiciones de la vida humana.

La UIA Puebla, el Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades y sus posgrados en Derecho confiamos que, con la entrega de estos primeros trabajos, inauguraremos también una nueva vía de comunicación, de diálogo y debate creativo sobre este ámbito crítico de nuestra realidad.

Enhorabuena. Reciban todos quienes colaborad de una manera u otra en esta labor solidaria nuestra bienvenida y gratitud.

Noé Castillo Alarcón

Director

Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades

DIRECTORIO

Dr. Fernando Fernández Font, S. J.
Rector

Mtro. Juan Luis Hernández Avendaño
Director General Académico

Dr. Francisco Valverde Díaz de León
Director de Investigación y Posgrados

Mtro. Noé A. Castillo Alarcón
Director del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades

Mtro. Felipe M. Carrasco Fernández
Coordinador de Licenciatura y Maestrías en Derecho

Mtra. Ana Ma. Ramírez Santibáñez
Profra. De Tiempo de Licenciatura y Maestrías en Derecho

Lic. Oscar León Valle
Profr. De Tiempo de Licenciatura y Maestrías en Derecho

Lic. Ma. del Rocío Ocádiz Luna
Directora de Comunicación Institucional y Promoción

Ing. Ramón Felipe Tecólt González
Administrador de la Página Electrónica

Argumentación y Seguridad jurídicas.

(Primera Parte)

Dr. José Adalberto Barrales Arias

Sumario: 1. Introducción; 2. La Respuesta Formalista; 3. La tesis de la discrecionalidad y el mito de la seguridad jurídica; 4. Una certeza y previsibilidad jurídicas basadas en la moral crítica: de la indeterminación y discrecionalidad de la ley a la unidad de solución correcta de los principios; 5. La previsibilidad de las decisiones judiciales centrada en el contexto de descubrimiento: una previsibilidad real y no sobre el papel.

1. Introducción.

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

El pensamiento iusfilosófico manifiesta una inclinación similar por identificar la seguridad jurídica con la previsibilidad de las decisiones judiciales. Prueba de ello es que uno de los mayores teóricos del derecho del siglo XX, como es Kelsen, define la seguridad jurídica como el hecho de que “las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado y, por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento”².

El valor de esta previsibilidad descansa en la seguridad de orientación de la que precisan los individuos para gozar de autonomía. Si consideramos que los

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

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

hombres aspiran a actuar de acuerdo con un plan de vida diseñado por ellos mismos, el individuo autónomo sería aquél que puede considerarse, hasta cierto punto, "autor de su propia vida", determinando su forma y dirección³. La idea liberal del *rule of law* es que una persona no puede hacer ésto salvo que conozca la clase de ambiente social al que se enfrenta y lo cierto es que, con frecuencia, uno de los principales elementos del mismo es el derecho, hasta el punto de que "en muchos casos las decisiones jurídicas son la única razón propiamente dicha de una planificación de futuro"⁴.

En tal caso, la obtención de un conocimiento cierto de las normas jurídicas conferiría certeza a la acción (López de Oñate), permitiendo realizar un pronóstico o evaluación anticipada de los riesgos y ventajas que conlleva la realización de un determinado acto⁵.

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

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

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

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

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

presencia de normas jurídicas (*homo aeconomicus*) como de la seguridad jurídica, en una línea –en el caso de ésta– de clara inspiración *weberiana*⁷.

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

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

2. La respuesta formalista.

⁷ Como es sabido, el sociólogo alemán destacó los profundos vínculos existentes entre la racionalidad formal del Derecho moderno y los intereses del capitalismo y la burguesía. Weber sostenía que el primero precisaba para su progreso y desarrollo un Derecho previsible que pudiera "calcularse como una máquina" y una administración guiada por reglas formales. WEBER, M., *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, trad. de L. Legaz y Lacambra, Barcelona, Península, 1979, p. 16.

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

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

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

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

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

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

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

Material, porque las leyes determinan no sólo el acto sino el contenido mismo de la decisión. Semántica, porque esa determinación se opera por medio de la fuerza del lenguaje¹³.

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

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

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

¹⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantero, Madrid, Trotta, 1995, pp. 37 y 69.

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

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

los ciudadanos carecerían de bases para anticipar el contenido de las resoluciones judiciales. De ahí que, para poder hablar de predicción jurídica, sea precisa una presunción de racionalidad, una presunción de que el juez utilizará como marco de referencia de sus decisiones las normas jurídicas correctas¹⁷. Y, como lo que confiere racionalidad a tales resoluciones es el hecho de que su contenido resulta de un silogismo cuya premisa mayor es una directiva perteneciente al sistema jurídico, se trataría, además, de una previsibilidad jurídica en el doble sentido de que tiene por objeto al derecho (los fallos de la sentencias) como base ese mismo derecho (las leyes).

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

3. La tesis de la discrecionalidad y el mito de la seguridad jurídica.

Hoy conocemos, sin embargo, el idealismo y utopismo de este modelo de jurisdicción y cómo en la actividad judicial hay espacios de discrecionalidad que impiden seguir aferrándose al «noble sueño» de un derecho legal perfecto y una aplicación judicial puramente deductiva del mismo. A partir de las últimas décadas del siglo XIX, el pensamiento jurídico europeo y americano cuestionará seriamente el modelo descrito hasta concluir que se apoya en una serie de presupuestos que sólo cabe calificar de auténticas ficciones: la plenitud de la ley, el carácter técnico e impersonal de la función judicial, la identificación del razonamiento jurídico con la

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

lógica demostrativa, etc. Desde entonces, la teoría del derecho ha ido poniendo de manifiesto los distintos factores que imposibilitan seguir caracterizando las resoluciones judiciales como únicamente la aplicación de la ley y que impiden, por tanto, su previsibilidad.

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

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

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

estos postulados “en parte no se realizan, en parte no merecen hacerlo. Por tanto, ni todas las resoluciones judiciales han de resolverse con el auxilio exclusivo de la ley, ni toda sentencia ha de ser previsible”²⁰.

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

Este diagnóstico varía, empero, entre la difícilmente defendible indeterminación generalizada²¹ y de naturaleza fundamentalmente jurídica²² que parece defender Kelsen, y la más limitada y moderada por la que apuesta Hart. Para este último, toda norma posee una zona de penumbra, esto es, un conjunto de casos respecto a los que las palabras no son “ni obviamente aplicables ni obviamente inaplicables”, no pudiendo por tanto los jueces valerse de un argumento deductivo para poner en conexión las normas generales con los hechos concretos. Por otra parte –añade Kelsen– la existencia de distintas hipótesis sobre el significado

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

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

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

atribuible a la ley no puede resolverse planteándolo como un problema teórico, esto es, como si de entre todas ellas hubiese una que es la verdaderamente correcta que el juez ha de descubrir. Sin embargo, la ciencia jurídica formalista ha venido defendiendo la teoría de la única solución correcta, valiéndose de esta ficción para mantener precisamente el ideal de la seguridad jurídica²³.

En conclusión, Kelsen y Hart coinciden en rechazar que las normas generales puedan determinar completamente su aplicación a los casos o, mejor dicho, que los criterios utilizados en dicha tarea de concreción y determinación se hallen en el propio derecho. Las elecciones llevadas a cabo por los jueces en los espacios de indeterminación deben considerarse una labor creativa enmarcada por un conjunto de normas, principios, razonamientos, argumentos, etcétera, que no pueden ser considerados parte del sistema jurídico.

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

Al ofrecer una visión mucho más real del modo en que actúan los jueces, la tesis positivista y antiformalista de la discrecionalidad proporciona un buen punto de partida para afrontar las bases de la certeza y seguridad del Derecho judicial.

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

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

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

4. Una certeza y previsibilidad jurídicas basadas en la moral crítica: de la indeterminación y discrecionalidad de la ley a la unidad de solución correcta de los principios.

La teoría del derecho y la adjudicación que viene defendiendo el autor de *Los derechos en serio* ha sido considerada una de las propuestas más interesantes

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

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

desde la que afrontar el problema de la certeza del derecho, en la línea de lo que Pattaro ha llamado una «certeza no positivista »²⁶. El núcleo de la misma se centra en el rechazo de la existencia de espacios de textura abierta o indeterminación en el derecho (y por tanto de discrecionalidad judicial) al considerarlos lesivos para las expectativas jurídicas de los ciudadanos. Así, frente a las conclusiones alcanzadas por Kelsen y Hart, Dworkin considera que la tesis de la discrecionalidad es el resultado de la imagen errónea del derecho suscrita por éstos: la que lo concibe como un sistema normativo compuesto exclusivamente por reglas. El positivismo asume este modelo o concepto debido a que adopta una perspectiva externa al derecho. Por el contrario, Dworkin propugna una aproximación que asume el punto de vista interno del participante preocupado por el modo en que los juristas “razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas”²⁷, o “cómo deciden los jueces los casos concretos”²⁸. La adopción de este punto de vista permite advertir la existencia de otros estándares normativos distintos de las reglas que, junto a ellas, forman «la teoría más correcta del Derecho» y que eliminarían casi completamente la indeterminación: los que Dworkin designa genéricamente como principios que, como es sabido, pueden ser descubiertos por los jueces si excavan por debajo del *derecho establecido* a la hora de decidir los llamados *casos difíciles*.

Por tanto, una comprensión adecuada del derecho sería la que lo contempla como un conjunto de reglas formalmente establecidas, validas por su pedigrí, y el conjunto de principios que integrarían la mejor teoría del derecho establecido, válidos *propio vigore*. La defensa de esta concepción no positivista del derecho restringe intensamente la discreción judicial²⁹. Según Dworkin, los jueces nunca

²⁶ PATTARO, E., *Filosofía del Derecho, Derecho, Ciencia jurídica*, trad. de J.Iturmendi, Barcelona, Reus, 1978, p. 379.

²⁷ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 72.

²⁸ DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., p. 2.

²⁹ Como destaca García Figueroa, la cuestión de la discreción judicial y del concepto del derecho se entrelazan. Mientras el concepto positivista de derecho conduce a la discreción judicial, el concepto no positivista tiende a restringirla intensamente. GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 56.

determinan lo que el derecho debe ser, sino que están limitados a descubrir y declarar lo que creen que ya lo es con anterioridad a su decisión. Ciertamente, Dworkin no niega que los operadores jurídicos disfrutan en los casos difíciles de un cierto poder de denotación para determinar el contenido de la premisa mayor del silogismo judicial.

Pero se trataría, a su juicio, de una potestad o discreción débil en lugar de fuerte ya que, aunque el juez tenga discernimiento para interpretar los principios, ello no significa que no está vinculado por dichos estándares³⁰.

Precisamente uno de los argumentos que justifican la inexistencia de discrecionalidad judicial fuerte es el que Guastini denomina «argumento liberal»³¹. De acuerdo con este argumento, el modelo de las reglas y la discrecionalidad allí donde éstas faltan o son vagas generaría inseguridad jurídica para los ciudadanos: “si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado *post facto*”³². No obstante, Dworkin reconoce que la decisión basada en los principios que ofrece como alternativa de la discreción judicial también puede ser criticable por los defensores de la certeza jurídica, al ser los principios un tipo de normas que no anuncian de un modo explícito los derechos de las partes. Frente a esta objeción, Dworkin reconoce que un argumento de principio hace que consideremos bajo una nueva luz el concepto de sorpresa o frustración de expectativas características de las normas retroactivas, señalando que ningún acusado estaría en situación de alegar que fue injustamente sorprendido "simplemente porque el derecho se generó de una forma diferente a la publicación de una ley"³³. Es decir, Dworkin separa, al menos en los casos difíciles, la publicidad del derecho de su publicación formal en coherencia con la defensa que realiza de la existencia de dos formas de validez

³⁰ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., pp. 84-85.

³¹ GUASTINI, R: "Soluzione dubbie. Lacuna e interpretazione secondo Dworkin", *Materiali per una storia Della cultura giuridica*, XII, nº 2, 1983, p. 451.

³² DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 150.

³³ *Ibidem*, cit., p. 152.

jurídica: la validez basada en la *pertenencia* a un sistema jurídico, de acuerdo con la cual una norma tiene carácter jurídico si forma parte de un sistema identificable como jurídico por criterios como la regla de reconocimiento hartiana, y la validez como *obligatoriedad*, de acuerdo con la cual una norma es jurídica si es moralmente obligatoria.

Los principios serían válidos, tendría existencia jurídica, de esta segunda manera³⁴. Dworkin percibe por tanto en los principios no sólo una forma de conexión interpretativa entre el Derecho y la moral sino, como directivas jurídicas que son, una fuente de certeza que habría sido ignorada por el positivismo. La defensa de esta función de certeza se convierte, además, en uno de los elementos que diferencian al principialismo de Dworkin de otros principialismos posteriores como, por ejemplo, los auspiciados por Alexy o Zagrebelsky³⁵, diferencia ésta que parece razonable atribuir a que, tal y como se ha señalado, sólo el norteamericano asume la tesis de la unidad de solución justa. Esto significa que los principios no sólo limitan política o moralmente la discrecionalidad judicial sino que lo hacen también y sobre todo cognoscitivamente, como portadores de un significado unívoco descubrible por el juez.

La tesis de Dworkin no ha podido, sin embargo, dejar de suscitar críticas entre positivistas (Hart, Raz, Prieto Sanchís, etc.) y no positivistas (Alexy, Nino, etc.), muchas de ellas extensibles o semejantes a las que reciben otros defensores de un derecho de principios. La principal es que Dworkin no lograr explicar por qué estas normas carecen de los defectos y límites del derecho legal y pueden, por tanto, acabar por completo con la discrecionalidad judicial. Frente a la impresión

³⁴ Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, cit., p. 100; Para García Figueroa esta distinción supone inferir la pertenencia de la aplicabilidad ignorando la diferencia que hay entre ambas. GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, cit., p. 313.

³⁵ ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, trad. de M.Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 144-146.

de que los principios son a menudo imprecisos o conflictivos entre sí³⁶ y de que en ellos se encuentran los mismos conflictos existentes entre las reglas sólo que reproducidos a un nivel más abstracto³⁷, de la obra de Dworkin parecería desprenderse que "una vez que traspasamos el umbral de la moral, ningún caso parece ser difícil o, al menos, no tanto como para exigir el desarrollo de discrecionalidad: un sistema normativo vago y lagunoso (el derecho) parece convertirse en otro, claro, completo y objetivo (la moral)"³⁸. De ahí que MacCormick comente con cierta ironía cómo la indeterminación del derecho legal es magnificada por ciertas consideraciones que conducen a la exigencia de un derecho determinado³⁹.

Frente a la indeterminación de la naturaleza del derecho legislativo se encuentra la determinación objetiva de los principios, una tesis cuyo problema –tal y como apunta García Amado– es el siguiente: “si los distintos métodos interpretativos no sirven para hacer prevalecer un determinado sentido como el significado objetivo de la ley, ¿acaso habrá algún método capaz de dotar a los principios y valores constitucionales de un significado que no sea perfectamente arbitrario y subjetivo?”⁴⁰

³⁶ "La decisión judicial, especialmente en materias de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado; porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta". HART, H.L., *El Concepto de Derecho*, cit., pp. 252- 253; íd, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 6-7. A juicio de Guastini, todos los sistemas jurídicos contemporáneos son el fruto de una producción normativa muy diluida en el tiempo, no de una, sino de muchas políticas del Derecho antagónicas, incorporando por ello una gran cantidad de principios y reglas incompatibles. GUASTINI, R., "Soluzione dubbie. Lacuna e interpretazione secondo Dworkin", cit., p. 455.

³⁷ ALTMANN, A., *Critical Legal Studies. A liberal critique*, New Jersey, Princeton University Press, 1990, p. 118; UNGER, R., "The Critical Legal Studies Movement", *Harvard Law Review*, 96, 1983, p. 578. Sobre las razones del conflicto entre principios Vid. KENNEDY, D., "Form and Substance in Angloamerican Law", cit., pp. 1774-1776; KUTZ, K., "Just disagreement: Indeterminacy and rationality in the Rule of Law", *The Yale Law Journal*, vol.103, 1999, cit., pp. 1023-1024; SINGER, J., "The players and the cards", cit., p. 16.

³⁸ PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, cit., p. 124.

³⁹ MACCORMICK, N., "Retórica y Estado de derecho", *Isegoría*, 1998, p. 18.

⁴⁰ GARCÍA AMADO, J.A., "¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a otros valores o principios", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 1996, p. 75.

La respuesta positiva que Dworkin da a este interrogante (la existencia de una única solución correcta) parece, igualmente, difícil de sostener. Para que dicha solución fuera posible sería precisa la concurrencia de las dos siguientes condiciones señaladas por García Figueroa: en primer lugar, sostener una concepción objetivista de la moral contenida en los principios; en segundo lugar, defender la posibilidad de conocer tal moral objetiva. Dworkin parece reconocer plenamente la primera de estas condiciones, pero no la segunda ya que no cualquier juez sino un semidiós como Hércules, elevándose por encima de las limitaciones de la razón humana, se halla en disposición de conocer dicha respuesta. Esto es, Dworkin determina la existencia objetiva de la única respuesta correcta pero no define los instrumentos para elaborarla ni controlarla⁴¹. Ello termina provocando que la tesis de la unidad de solución justa conduzca a hacer menos visibles y externamente controlables los momentos de discrecionalidad existentes en cualquier ejercicio de racionalidad práctica, contribuyendo así, paradójicamente, a reforzar y estimular el activismo judicial⁴².

En definitiva, ni el recurso a los principios, ni el empleo de formas de razonamiento jurídico no axiomático pueden impedir la presencia de dos o más respuestas correctas en cada caso. La teoría de Dworkin ha sido por ello acertadamente calificada como una huida hacia delante, como un intento de retrasar la inevitable realidad de que no siempre existe una norma previa.

Empero, por mucho que Dworkin insista en evitar su llegada, también en el mundo de los principios y el razonamiento moral terminan por aparecer zonas de penumbra, vaguedad y contradicción que exigen, finalmente, que el juez decida, elija o innove. Las debilidades e inconsistencias de la tesis de la unidad de solución justa oscurecen igualmente la posibilidad de que las decisiones judiciales puedan ser realmente previsibles. Si sólo un juez como Hércules puede acceder al conocimiento de los principios, no parece posible que las decisiones que intentan

⁴¹ GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y Positivismo Jurídico*, cit., p. 308.

⁴² PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, cit., p. 123.

resolver los casos difíciles puedan ser anticipables por los ciudadanos. Pero esto no significa que los principios, entendidos más como una forma de razonamiento que como directivas con una estructura diferente, no tengan nada que decir con vistas a proteger la seguridad jurídica entendida de un modo más amplio.

5. La previsibilidad de las decisiones judiciales centrada en el contexto de descubrimiento: una previsibilidad real y no sobre el papel.

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

Todo lo contrario ocurre con el movimiento *Critical Legal Studies* (en lo sucesivo CLS), corriente del pensamiento jurídico estadounidense capaz de defender la tesis de la discrecionalidad y sostener, al mismo tiempo, que las decisiones judiciales son bastante previsibles.

Una previsibilidad que, en lugar de tomar como referencia las normas jurídicas, atendería al contexto en el que las decisiones son adoptadas. Examinemos brevemente esta curiosa combinación. Para CLS, el derecho (entendiendo por éste tanto las leyes como la doctrina y la argumentación jurídica) es indeterminado en todo su ámbito de aplicación. Este radical escepticismo jurídico se conoce como la teoría de la *indeterminación* del derecho⁴³. A ello debe añadirse que, para

⁴³ Sobre el significado del concepto de indeterminación en los *critical* Vid. SINGER, J., "The players and the cards..", cit., pp. 11-19; KUTZ, K., "Just disagreement: Indeterminacy and rationality in the Rule of Law", *The Yale Law Journal*, 103, 1994, pp. 1001-1002.

los *critical*, el conflicto entre las normas jurídicas no resulta excepcional o periférico sino que se halla profundamente arraigado en el derecho, hasta el punto de que, para algunos, éste es radicalmente incoherente y contradictorio tanto en sus reglas como en sus principios⁴⁴.

CLS enriquece las tesis de los realistas, y sostiene la existencia de principios y contraprincipios jurídicos que no pueden ser reconciliados, equilibrados o armonizados. Es lo que se conoce como la "*Patchwork Thesis*"⁴⁵.

La tesis de la previsibilidad extrajurídica o basada en el contexto de las decisiones judiciales se encuentra ya implícita en la famosa definición del Derecho de Holmes como "las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto"⁴⁶. Serán especialmente los realistas de entreguerras quienes traten de describir esos factores distintos a las normas jurídicas (las que K. Llewellyn llamará *reglas reales*) que permitirían dar cuenta del origen y modo de adopción de las resoluciones judiciales, así como explicar la relativa homogeneidad y uniformidad existente en la práctica jurisdiccional⁴⁷. Un importante sector del movimiento antiformalista inclinado a servirse del auxilio de las ciencias sociales (Llewellyn, Cohen, etc.) descubrirá la incidencia sobre las decisiones judiciales de factores como la clase social de los jueces, la educación recibida, su socialización en una

⁴⁴ Vid. KELMANN, M., *A Guide to Critical legal Studies*, Harvard University Press, 1987, pp. 3-4; KENNEDY, D., "Form and substance...", cit., p. 1723.

⁴⁵ De acuerdo con la misma, podría sostenerse la existencia de un porcentaje significativo de casos en los que hay diferentes principios relevantes subyacentes a las normas jurídicas; donde dichos principios conducen a soluciones contrarias; y en los que una decisión apoyada en uno de los principios se ajusta tan perfectamente al Derecho como la contraria basada en un principio diferente. ALTMANN, A., *Critical Legal Studies*, cit., p. 119.

⁴⁶ HOLMES, O.W., *La senda del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1953, p. 21

⁴⁷ En esta línea, J. Dewey distinguirá entre una certeza jurídica teórica y una certeza jurídica práctica, entre la previsibilidad de las consecuencias jurídicas basada en la aplicación lógica de normas jurídicas y la predicción de las consecuencias jurídicas probables. DEWEY, J., "Logical method and Law", *Cornell Law Quarterly*, vol.10, 1924; en FISHER III, W., HORWITZ, M., and REED, T. (eds), *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, pp. 192-193. Se llegará a crear, incluso, la llamada «jurimetría», auténtica matemática de la predicción judicial. Vid. LOEVINGER, J., "Jurimetrics, The Next Step Forward", *Minnesota Law Review*, XXXIII, 1949, pp. 455 ss.

«cultura jurídica» común a la profesión, etc. Como señala Hierro, con esta previsión de las resoluciones judiciales sobre bases no jurídicas, el realismo pretenderá buscar seguridad jurídica en una certeza científica y, para conseguirlo, abandonará el culto a la norma y lo sustituirá por el estudio empírico y cuantificable de los componentes de la decisión judicial⁴⁸.

CLS seguirá esta línea y defenderá que la indeterminación no genera necesariamente imprevisibilidad. Frente a la basada en las normas jurídicas, autores como Singer o Kayris defienden una certeza y previsibilidad jurídicas fundada en los elementos culturales y convencionales que forman el magma en el que flota el derecho, pero que, por lo que se desprende de sus afirmaciones, no pertenecen a éste. A juicio de estos autores, el orden jurídico sería mucho más indeterminado de lo que los teóricos han venido tradicionalmente defendiendo, por lo que, si éstos tuviesen razón respecto a la señalada trascendencia de la determinación para la viabilidad del *rule of law*, este último nunca habría existido en ninguna parte. Pero la indeterminación no conduce necesariamente ni a la arbitrariedad, ni a una falta de certeza y previsibilidad jurídicas⁴⁹. La fuente de la previsibilidad no serían las normas jurídicas sino el *contexto* en el que se adoptan tales decisiones, del que brotarían convenciones entre los jueces y juristas en general que acuerdan dar a las reglas y principios jurídicos determinadas interpretaciones ampliamente compartidas⁵⁰. Como apunta Kayris, algunas reglas y resultados parecen más "razonables" y relativamente previsibles en *contextos sociales particulares* gracias a una mezcla de factores personales, políticos, institucionales y experienciales. Sin embargo, aquéllos son expresados, justificados y percibidos por los jueces mismos en términos de "hechos" objetivamente determinados y de "derecho" objetiva y racionalmente "encontrado y

⁴⁸ HIERRO, L., *El Realismo Jurídico Escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Valencia, Fernando Torres, Valencia, 1981, p. 98.

⁴⁹ SINGER, J., "The players and the cards...", cit., p. 19.

⁵⁰ PÉREZ LLEDÓ, J.A., *El Movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 266.

aplicado"⁵¹. El contexto incluiría la sede institucional (por ejemplo, un tribunal o parlamento), las costumbres de la comunidad (como las prácticas estándar en los negocios) o el papel de los decisores (juez, legislador, burócrata) y la doctrina jurídica⁵². Ello no significa, empero, que las decisiones jurídicas sean completamente previsibles ya que, en muchas ocasiones, no existen convenciones disponibles que faciliten la previsión sobre lo que pensará cada juez. Es precisamente a causa de tales incertidumbres, de las lagunas normativas y de la indeterminación y manipulabilidad del razonamiento jurídico, por lo que los jueces suelen sorprendernos con argumentos inesperados para justificar sus decisiones⁵³.

La tesis de la previsibilidad extrajurídica puede ser atacada desde dos frentes diferentes. El primero es que si Singer y Kayris abogan por una previsibilidad no basada en el derecho ello obedece a que reducen y empobrecen artificialmente sus fuentes y el razonamiento jurídico. Así, algunas de sus explicaciones presuponen que sólo las reglas son derecho, y no estándares tales como los principios, las directrices, la cultura jurídica y el contexto social. Respecto al modelo de razonamiento jurídico, los *critical* asumen que, si pretende evitarse la indeterminación, la solución jurídica correcta debe obtenerse de premisas jurídicas vinculantes por medio de una inferencia puramente deductiva o técnicas similares. Cuando ésto no ocurre, el derecho se torna incoherente, arbitrario o indeterminado. Para una concepción tan formalista del razonamiento jurídico, cualquier laguna, inconsistencia u oscuridad es vista como una expresión de la inadecuación del derecho y del razonamiento jurídico, cualquier contradicción en las premisas infecta e invalida toda la argumentación que de ellas parta⁵⁴.

Frente a este modelo de previsibilidad, K. Kress juzga mucho más acertado contemplar la actividad de los órganos jurisdiccionales desde una perspectiva que

⁵¹ KAYRIS, D., *The Politics of Law: a progressive critique*, N.York, Pantheon Books, 2ª edición, 1990, pp. 3-4.

⁵² *Ibidem*; SINGER, J., "The players and the cards", cit., p. 21.

⁵³ *Ibidem*, p. 24.

⁵⁴ *Ibidem*. 15-16.

no reduzca artificialmente el tipo de normas que aquéllos pueden emplear como premisas de sus decisiones y los razonamientos de los que pueden valerse. En primer lugar, en vez de considerar los estándares derivados del contexto social, la cultura jurídica y la moralidad extralegal (verdaderos factores explicativos de las regularidades existentes en la actividad de los tribunales) parámetros extrajurídicos, parece mucho más correcto incluirlos dentro de las premisas jurídicas que sirven éstos a la hora de acometer su actividad⁵⁵. En segundo lugar, no parece plausible sostener que o el razonamiento jurídico se ajusta a las exigencias del razonamiento matemático o geométrico (premisas perfectamente delimitadas, inferencias lógico-deductivas regladas, ausencia de cualquier posible contradicción), o, de lo contrario, nos adentramos en el mundo de la más absoluta indeterminación, arbitrariedad e irracionalidad. Antes de arrojar al intérprete a una cruda subjetividad, deben buscarse otros modelos de razonamiento no axiomático con los que, si no determinar, al menos orientar la labor interpretativa. La crítica de Kress se enmarca en el positivismo débil e «inclusivo» defendido por Coleman, Lyons y Soper⁵⁶, del que podríamos encontrar una tímida insinuación ya en Kelsen⁵⁷.

⁵⁵ KRESS, K., "Legal indeterminacy", cit., p. 327.

⁵⁶ COLEMAN, J., "Negative and Positive Positivism", *Journal of Legal Studies*, 11, 1982, pp. 37 y ss; LYONS, D., "Principles, Positivism and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, 87, 1977, pp. 424 y ss; SOPER, P., "Legal Theory and the obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute", *Michigan Law Review*, 75, 1977, pp. 511 ss.

⁵⁷ Como es sabido, Kelsen describe la labor interpretativa de los jueces como un acto político de creación de derecho circunscrito por lo establecido en la norma general. Llegado el momento de indeterminación dentro del marco de la ley, Kelsen señala el recurso del intérprete a normas que no forman parte del derecho positivo (normas morales, de justicia, juicios de valor social, etc.) que suelen aparecer bajo el rótulo de expresiones como "bien común", "interés del Estado" etc. Desde el punto de vista jurídico-positivo, tales determinaciones sólo pueden ser caracterizadas negativamente: son determinaciones que no provienen del derecho positivo mismo. Sin embargo Kelsen afirma a continuación: "en relación con ellas, la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de este modo estas normas se transformarían en normas jurídicas positivas". KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., cit., p. 354 (cursiva añadida). Esto es, Kelsen parece estar dando entender que, desde el intérprete tiene reconocido un poder de creación jurídica en el marco de la ley general, cualquier norma social, moral, etc. que utilice se convierte, aun cuando sólo sea por ese momento, en derecho positivo.

Frente a su versión más clásica, estos autores defienden lo que Raz denomina la "la tesis social débil" (*the weak social thesis*) de acuerdo con la cual el positivismo jurídico sería compatible con el hecho de que, en algunas ocasiones, la identificación del derecho aplicable se base en argumentos morales y, por tanto, con que un juez pueda resolver un caso en virtud de normas que no son estrictamente jurídicas según los criterios de validez del propio sistema⁵⁸. Para estos nuevos positivistas, la existencia de una fuente social apropiada para el apoderamiento de los decisores sería suficiente para justificar la calificación de una decisión como "derecho", aun cuando dicha decisión no esté sustancialmente constreñida por normas jurídicas⁵⁹.

Algunas de esas teorías autorizan a los jueces a emplear la moralidad social, otras contemplan a la profesión jurídica o a la judicatura como una cultura interpretativa cuyas prácticas y disposiciones determinan la verdad jurídica. En mayor o menor intensidad, todas ellas parecen animadas por el intento de difuminar los límites entre las normas jurídicas, morales y sociales, así como entre el razonamiento jurídico y el razonamiento práctico general a la hora de ofrecer una visión tanto descriptiva como normativa de la actividad jurisdiccional. Esta línea de crítica no nos parece aceptable por las razones que expone Raz. En su opinión, las teorías de Coleman y Lyons serían incompatibles con el positivismo jurídico ya que éste exige que el sistema jurídico tenga unos límites muy precisos. De ahí que no pueda contener todos los estándares justificables (morales o no), ni todas las reglas y convenciones sociales sino, exclusivamente, un subconjunto de éstas: aquellos estándares que poseen la *conexión institucional apropiada*. Eso significa "mientras que la norma que remite a la moralidad es efectivamente jurídica (está determinada por sus fuentes), la moralidad a la cual se refiere no se incorpora por ello al Derecho"⁶⁰. Una de las principales razones por las que el positivismo

⁵⁸ RAZ, J., «Legal Positivism and the Sources of Law» en *The authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 46.

⁵⁹ SCHAUER, F., "Rules and the Rule of Law", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol.14, 1991, p. 656.

⁶⁰ RAZ, J., «Legal Positivism and the Sources of Law», cit., pp. 44-45.

jurídico rechaza la *tesis social débil* es precisamente la seguridad jurídica, que reclamaría una delimitación precisa del derecho para garantizar que los ciudadanos puedan identificarlo sin esfuerzo, esto es, sin necesidad de embarcarse en una argumentación respaldada, en último término, por normas morales o sociales. Con ello se pondría igualmente de manifiesto la dificultad de desvincular la seguridad jurídica de un concepto positivista del derecho, al ser este el único que garantiza una certeza objetiva acerca de lo que rige o no como derecho. De ahí que consideremos más acertado valernos de otro argumento para desmontar la tesis de la previsibilidad de las decisiones judiciales atendiendo al contexto de descubrimiento. En concreto, el que rechaza que sea éste el tipo de previsibilidad que demandan la seguridad jurídica y del Estado de Derecho. Estos no exigirían cualquier tipo de previsibilidad, sino sólo exclusivamente uno basado en normas o enunciados pertenecientes al sistema jurídico y no en posibles *inputs* no jurídicos. Esto significa, tal y como afirma Gianformaggio, que sólo puede hablarse de previsibilidad en relación con aquellas directivas jurídicas que tienen como premisa otras normas jurídicas⁶¹. De ahí que, aunque tales decisiones puedan resultar anticipables en virtud de regularidades como las que señalan los escépticos, no resulte apropiado calificarlas de certeza y previsibilidad jurídicas. Con ello no se pretende que las normas generales y abstractas hallan de determinar el proceso intelectual y volitivo de la actividad judicial, esto es, no se aspira a que sean determinantes causalmente en el contexto de descubrimiento sino a que lo sean racionalmente en el contexto de justificación, de manera que los fundamentos jurídicos de la decisión se aproximen todo lo posible a las expectativas de los ciudadanos⁶².

⁶¹ GIANFORMAGGIO, L., «Certeza del Diritto», cit., p. 160.

⁶² Esto es algo de lo que fueron conscientes los propios realistas al reconocer que la obligación de utilizar las normas jurídicas en las fundamentaciones de sus fallos limitaba en cierto grado el abanico de opciones posibles para un juez en un caso dado. Vid. FISHER, W., «The development of Modern American Legal Theory and the Judicial Interpretation of the Bill of Rights» en LACEY, M.J, y HAAKONSEN, K. (eds), *A culture of rights. The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law, 1791-1991*, Cambridge University Press, 1992, p. 291.

Bibliografía.

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

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

ALTMANN, A., *Critical Legal Studies. A liberal critique*, New Jersey, Princeton University Press, 1990.

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

BERLIN, I., «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, trad. de J. Bayón, Madrid, Alianza Editorial, 1998.

CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1990.

CALVO GARCÍA, M., *Los fundamentos del método jurídico*, Madrid, Tecnos, 1994.

COLEMANN, J., "Negative and Positive Positivism", *Journal of Legal Studies*, 11, 1982.

DEWEY, J., "Logical method and Law", *Cornell Law Quarterly*, vol.10, 1924.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Planeta-Agostini, 1993.

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

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantero, Madrid, Trotta, 1995.

FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980.

FISHER III, W., HORWITZ, M., and REED, T. (eds), *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993.

FISHER, W., «The development of Modern American Legal Theory and the Judicial Interpretation of the Bill of Rights» en LACEY, M.J, y HAAKONSEN, K. (eds), *A culture of rights. The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law, 1791- 1991*, Cambridge University Press, 1992.

GARCÍA AMADO, J. A., "¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a otros valores o principios", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII, 1996.

GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

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

GUASTINI, R: "Soluzione dubbie. Lacuna e interpretazione secondo Dworkin", *Materiali per una storia Della cultura giuridica*, XII, nº 2, 1983.

HART, H. L. A, *El Concepto de Derecho*, Oxford Press, 1996.

HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.

HIERRO, L., *El Realismo Jurídico Escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, Valencia, Fernando Torres, Valencia, 1981.

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

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

KIRSHMANN, R.V., ZITELMANN, E y KANTOROWICZ, H., *La Ciencia del Derecho*, trad. de W. Goldschmidt, Buenos Aires, Losada 1949.

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

KELMANN, M., *A Guide to Critical legal Studies*, Harvard University Press, 1987.

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

KENNEDY, D., "Form and Substance in Angloamerican Law", *Harvard Law Review*, 88, 1976.

KENNEDY, D., "Form and substance in Private Law adjudication", *Harvard Law Review*, 89, 1976.

KRESS, K., "Legal indeterminacy", *Harvard Law Review*, 89, 1976.

KUTZ, K., "Just disagreement: Indeterminacy and rationality in the Rule of Law", *The Yale Law Journal*, vol.103, 1999.

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

LIFANTE, I., *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

LOEVINGER, J., "Jurimetrics, The Next Step Forward", *Minnesota Law Review*, XXXIII, 1949.

LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffré, 1975.

LUZZATTI, C., *La vaghezza delle norme*, Milano, Giuffré, 1990.

LYONS, D., "Principles, Positivism and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, 87, 1977.

MACCORMICK, N., "Retórica y Estado de derecho", *Isegoría*, 1998.

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

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

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

PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, Madrid, Tecnos, 1990.

RADIN, M., "Reconsidering the Rule of Law", *Boston University Law Review*, vol. 69, 1989.

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

RAZ, J., «The Rule of Law and its virtue», en *The Authority of Law*, Oxford, 1979, p. 221; LUCAS, J., *The Principles of Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1985.

RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.

RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

SCHAUER, F., "Rules and the Rule of Law", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol.14, 1991.

SEGURA ORTEGA, M., "El Movimiento del Derecho libre", *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993.

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

SOPER, P., "Legal Theory and the obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute", *Michigan Law Review*, 75, 1977.

UNGER, R., "The Critical Legal Studies Movement", *Harvard Law Review*, 96, 1983.

WEBER, M., *La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo*, trad. de L. Legaz y Lacambra, Barcelona, Península, 1979.

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

ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, trad. de M.Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

