

**GASCÓN ABELLÁN, Marina / GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J.,
La argumentación en el Derecho (2.^a ed. corregida), Palestra,
Lima, 2005, 439 pp.**

Desde el último tercio del pasado siglo, algunos filósofos del derecho no han dejado de llamar la atención acerca de la importancia de la argumentación jurídica para la comprensión de qué sea el Derecho. Frente a planteamientos, que privilegian una perspectiva teórica y conciben el derecho esencialmente como una realidad-objeto cognoscible por el hombre –a saber, un conjunto de enunciados que (esto es algo discutido) forman un sistema–, el nuevo paradigma que surge con las teorías de la argumentación y planteamientos afines, como, por ejemplo, los de Dworkin o Nino, concibe al Derecho no sólo como un conjunto de enunciados, sino como una práctica social compleja. Esto explica que el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica haya ido paralelo al de otras disciplinas fronterizas, como la lógica (especialmente la lógica deóntica), la filosofía del lenguaje o la filosofía moral, así como el hecho de que éstas hayan considerado la actividad de los juristas como un ámbito propicio para la aplicación práctica de sus avances teóricos.

Cuando hablamos de argumentación jurídica podemos hacer referencia a dos cosas simultáneamente: por un lado, a un conjunto de teorías no necesariamente homogéneo en todos sus planteamientos que presentan modelos argumentativos para el Derecho, como las de Viehweg o Perelman en un primer momento, o Alexy, MacCormick, Aarnio y Peczenick posteriormente; por otro lado, a una metateoría o teoría general de la argumentación jurídica. El libro de Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa se aproxima más bien a lo segundo, aunque es algo más. *La argumentación en el Derecho* no es una exposición en detalle de las diversas teorías de la argumentación jurídica formuladas hasta nuestros días, ni tampoco una teoría general de la argumentación basada en elementos comunes a todas ellas, aunque hace un uso preciso del instrumental conceptual desarrollado por los teóricos de la argumentación jurídica; consiste, más bien, en un itinerario cuyas etapas –nueve en total– cubren distintas dimensiones del razonamiento jurídico: desde el marco jurídico-político en el que la argumentación jurídica cobra una relevancia inédita en la actividad judicial, hasta la redefinición del problema de la relación entre Derecho y Moral a partir de la concepción de la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico, así como cuestiones propias de la teoría de la interpretación y la argumentación jurídica. Bajo la consigna de la claridad expositiva y desde una perspectiva esencialmente descriptiva, los autores dibujan en cada capítulo un mapa del estado de la cuestión, integrando construcciones paradigmáticas provenientes de diversas fuentes reconocidas (Guastini, Prieto Sanchís, MacCormick o Alexy, entre otros).

Los trabajos que componen esta obra pueden agruparse en tres grandes bloques temáticos: en primer lugar, el marco jurídico-político y teórico en el que adquiere relevancia las prácticas argumentativas en el derecho y surgen los estudios sobre argumentación jurídica; en segundo lugar, la propia actividad argumentativa desarrollada por los juristas, que, partiendo de los problemas para determinar del alcance de las normas jurídicas y/o la ocurrencia de unos hechos, desemboca necesariamente en un discurso o razonamiento justificatorio; y, por último, la llamada *tesis del caso especial* o la relación entre el discurso jurídico y el discurso práctico.

1. El primer bloque, que comprendería los dos primeros capítulos del libro, está orientado a situar en contexto a la teoría de la argumentación jurídica en el marco jurídico-político del Estado constitucional (Cap. I), de un lado, y en el problema de la racionalidad en el ámbito de las ciencias sociales (Cap. II), de otro.

El auge de la actividad argumentativa en la actividad de jueces y tribunales responde al protagonismo que adquiere el poder judicial en la arquitectura institucional del Estado constitucional de derecho. Este giro trae causa de: (i) la doble vinculación del poder judicial a la ley y a la Constitución y, en última instancia, a la supremacía de ésta sobre aquélla: el hecho de que los principios y derechos constitucionales no resultan ya únicamente aplicables en los términos en que son configurados y desarrollados por ley, sino directamente en su formulación constitucional, propicia interpretaciones forzadas de la ley, incluso contrarias a su tenor literal, para procurar su encaje constitucional; y, (ii) la incorporación de principios y valores morales a la constitución como normas positivas. Estas normas no reflejan una concepción uniforme de la justicia y son tendencialmente conflictivas; su eventual y más que probable concurrencia en muchos casos (potencialmente todos, puesto que cualquier problema práctico, también aquellos para los que existe una regla, se puede plantear en términos de principios) priva al juez de una solución clara y unívoca y abre las puertas a la discrecionalidad judicial (pp. 28-29). Inspirado en la cultura liberal del garantismo («derechos frente al poder»), el Estado constitucional troca así el *principio de legalidad*, propio del Estado (legislativo) de derecho, en *principio de constitucionalidad*: los bienes y derechos constitucionales son vinculantes para los poderes públicos, incluido el legislador, y están al margen del regateo político. El Estado y la acción política adquieren, en cuanto medios para la realización y garantía de los derechos, un fundamento exclusivamente instrumental que alcanza también al poder judicial. Con la sustantivización de los criterios de validez a partir de la incorporación de principios y derechos en la constitución, el modelo de juez/jurista que requiere el garantismo se caracteriza por una actitud crítica y activa ante la ley que se expresa en la no identificación automática entre vigencia y validez de la ley (p. 38). La responsabilidad política que el actual modelo constitucionalista adscribe a la actividad judicial conduce inmediatamente a la cuestión de la legitimidad y que ésta pasa por la ausencia de arbitrariedad y la racionalidad de las decisiones. Este es el contexto jurídico-político en el que se enmarca la teoría de la argumentación jurídica.

A la vista de este panorama, pareciera que las teorías de la argumentación jurídica (TAJ) se limita a proporcionar pautas normativas o modelos de racionalidad para el derecho, pero lo cierto es que el estatuto lógico de las teorías de la argumentación no siempre está claro. Cualquier aproximación a la argumentación jurídica encuentra una práctica específica muy consolidada que no puede ignorar. Por esta razón los teóricos de la TAJ adoptan una perspectiva analítico-normativa (que, en tanto analítica, también es descriptiva) cuyo objetivo es la reconstrucción racional de la argumentación jurídica de un modo sistemático y que, a su vez, se presenta como criterio de racionalidad de la misma (p. 54). El problema es de fondo y afecta a la idea misma de racionalidad a la que sirve la argumentación en el derecho. Desde que, con el declive de las doctrinas iusnaturalistas, los sistemas jurídicos dejaron de concebirse como expresiones de la razón, el discurso de la voluntad de la autoridad ha desplazado al discurso de la razón en el ámbito de la creación del

Derecho y, con ello, la cuestión de la racionalidad al terreno de la aplicación (p. 81). El desarrollo de la TAJ partiría, por tanto, de una concepción débil de la razón –razón instrumental– en el momento de la creación del Derecho. Sin embargo, no todas las respuestas que las distintas teorías de la argumentación han ofrecido a esta cuestión responden a una misma concepción de la razón jurídica: mientras que los precursores (Perelman, Viehweg o Recaséns), cuyos planteamientos teóricos adolecen todavía de un alto grado de indefinición, suelen ubicar en el campo de la aceptabilidad o la razonabilidad, esto es, una racionalidad débil, los resultados a que conduce la argumentación en los procesos de interpretación y aplicación del derecho, los autores de la segunda generación (Alexy, MacCormick, Aarnio o Peczenick), respaldados por la potencia de la teoría del discurso, que maximiza la capacidad de razón de la argumentación, y una concepción no positivista de la validez jurídica, que limita el postulado de la voluntad del legislador, sostienen una concepción fuerte de la racionalidad (pp. 78-80).

2. El mayor número de trabajos se concentrarían en un segundo bloque dedicado a la actividad argumentativa en un sentido amplio, que arranca con el presupuesto básico de la argumentación misma, la posibilidad y necesidad de interpretar los textos legales (Cap. III), continúa con la estructura de la motivación de la decisión interpretativa (Cap. IV) y los tipos de argumento que la integran (Cap. V), las peculiaridades estructurales de los principios (Cap. VI) y su repercusión metodológica, especialmente para la interpretación constitucional (Cap. VII), y concluye con la argumentación empírica o probatoria (Cap. IX).

Aunque todos los actores jurídicos –jueces, funcionarios de la administración, abogados, académicos, etc.– llevan a cabo argumentaciones con el fin de justificar sus decisiones, sus pretensiones ante los tribunales o sus hipótesis científicas en los foros académicos, la TAJ ha privilegiado, por su relevancia práctica, la perspectiva judicial¹. También aquí, los profesores Gascón y García Figueroa han adoptado la actividad judicial como referencia para su análisis de la actividad argumentativa, aunque, no obstante, lo dicho en relación con ésta es válido, al menos en parte, para otros contextos. La actividad judicial encierra diversas operaciones más o menos explícitas en el razonamiento justificatorio. Cada uno de estos pasos aparecen o puede aparecer como premisa de dicho razonamiento: juicios de validez normativa de las normas aplicables, una decisión de interpretación de un texto legal fundada en argumentos interpretativos, un juicio de hecho, una calificación jurídica de los hechos (subsunción) y la determinación de las consecuencias jurídicas asociadas a esa calificación de los hechos (pp. 102-103). Cada una de estas premisas requiere, cuando es el caso, un tipo distinto de justificación. Los juicios de validez no suelen plantearse como problemáticos en las argumentaciones judiciales y la calificación jurídica puede reconducirse siempre a un problema de interpretación: que un hecho sea un caso o no (extensión) del supuesto de hecho de una norma depende del grado de minuciosidad con que sean determinadas las propiedades relevantes que definen dicho supuesto de hecho

¹ La obra de Aulis Aarnio, que está orientada a la argumentación de la dogmática, constituye una notable excepción en este sentido (*vid.* sus obras *Denkweisen der Rechtswissenschaft. Einführung in die Theorie rechtswissenschaftlichen Forschung*, Springer, Wien/New York, 1979 o *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (trad. E. Garzón Valdés), CEC, Madrid, 1991).

(intensión). En definitiva, la actividad judicial es una actividad interpretativa y probatoria (p. 104).

En cuanto actividad interpretativa, ¿qué tipo de actividad es la interpretación jurídica? La cuestión se plantea en el libro según el clásico esquema triádico que distingue (i) una concepción objetivista, que presenta la interpretación como una actividad cognoscitiva o teórica, consistente en descubrir o conocer el significado de los textos legales; (ii) una concepción subjetivista, para la que interpretar es simplemente un acto de voluntad, una decisión mediante la que se adjudica significado a los textos legales; y (iii) una concepción intermedia basada en la distinción analítica entre *atribución* (entendida aquí no como mero acto de voluntad, sino como «decisión más o menos discrecional en el ámbito de las posibilidades interpretativas del texto legal») y *descubrimiento* de un significado existente (pp. 109-110). Esta última concepción, que se presenta como la más adecuada para dar cuenta de la actividad interpretativa de jueces y tribunales, corresponde en gran medida a la tesis de la discrecionalidad de Hart y, por tanto, a un positivismo no mecanicista u objetivista. El elemento de la discrecionalidad se pone especialmente de manifiesto cuando la interpretación plantea problemas en el contexto lingüístico (ambigüedades semánticas o sintácticas/vaguedades)², en el sistémico (redundancia/antinomias/lagunas) o en el funcional (que tal y como es planteado en el libro, se refiere tanto a la obtención de resultados indeseables en supuestos excepcionales, como a la modificación radical e imprevista de las circunstancias de aplicación, por ejemplo, por motivos de avances tecnológicos y/o científicos) (pp. 119-129). Ahora bien, a diferencia de Hart o, más recientemente, Marmor, aquí no se define la discrecionalidad exclusivamente en términos semánticos a partir del binomio «comprensión inmediata/interpretación» del texto legal, vinculando la discrecionalidad al segundo supuesto y distinguiendo así los casos fáciles (comprensión inmediata) de los casos difíciles (interpretación). La discrecionalidad en la interpretación puede aparecer en los denominados casos fáciles en forma de problemas de calificación, o cuando una práctica interpretativa homogénea y prolongada en el tiempo se vea afectada por modificaciones de los contextos sistemático o funcional, o con la creación por parte del intérprete de las llamadas lagunas axiológicas (pp. 132-133). Esto es como afirmar que toda aplicación es interpretación y, por ello discrecional. El elemento diferencial entre casos fáciles y casos difíciles es, más bien, la necesidad de hacer explícito y justificar la decisión interpretativa: «cuando la interpretación no es controvertida hablamos de casos fáciles y en el supuesto contrario de casos difíciles; en otras palabras, un caso es difícil cuando aparecen enfrentadas interpretaciones distintas y justificables» (p. 134).

Sostener que la discrecionalidad es un supuesto patológico o subsidiario de una comprensión inmediata, como hace el positivismo hartiano, o afirmar, como se hace aquí, desde un concepto amplio de interpretación (p. 105), que toda comprensión de un texto legal, problemática o no, es interpretación, es, en el fondo, un problema de definición que depende, entre otras cosas, de qué entendamos por regla semántica. Pero, la cuestión no es tanto cómo denominemos las operaciones que realizamos en el proceso interpretativo que resuel-

² En ocasiones, se hace referencia a la «apertura valorativa» como un tercer tipo de problema interpretativo propio del contexto lingüístico cuando la redacción de los textos legales incorpora conceptos cuyo significado requiere para su determinación un juicio de valor. Aquí es considerado como un caso de vaguedad (pp. 123-124).

ve las controversias lingüísticas, sino establecer los criterios que permitan controlar racionalmente las decisiones que ponen fin a esas controversias. En este sentido, me parece especialmente importante el cuarto capítulo del libro, dedicado a los conceptos fundamentales de la motivación. Aquí se plantean los avances más significativos de la TAJ contemporánea en relación con los precursores: la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, la complejidad del concepto de justificación y, por último, la doble dimensión –interna/externa– de todo esquema justificatorio.

La distinción entre el contexto de descubrimiento y el de justificación define el marco en que se mueve la argumentación jurídica: las razones de la motivación de una decisión. A la TAJ no le interesan los procesos psicológicos por los que un juez ha llegado a una determinada conclusión (que serían el objeto de estudio de una psicología de la decisión judicial), sino los términos en que ésta es justificada (p. 148). No obstante, ambos contextos conceptuales no son *de facto* compartimentos estancos (como muestra la existencia de los mecanismos procesales de recusación o abstención); el hecho de que toda justificación incorpora un margen más o menos amplio de discrecionalidad conecta en alguna medida ambos procesos, de manera que la decisión influye en la justificación (p. 149)³.

Uno de los grandes frentes abiertos por la TAJ es el del concepto de justificación jurídica. García Figueroa distingue aquí tres acepciones del término justificación: (i) dar razones (*sensu larguissimo*); (ii) dar razones conforme a un sistema normativo vigente (*sensu largo*); y (iii) dar razones conforme a un sistema justificatorio correcto (*sensu stricto*) (p. 153). Muchas de las críticas que se dirigen contra la TAJ desde el positivismo tienen como objetivo la ambigüedad o, si se quiere, la complejidad, de su concepto de justificación, que debe conjugar una perspectiva cercana a la segunda acepción, en cuanto se trata de justificar una decisión en el marco de un sistema jurídico vigente, con la perspectiva *sensu stricto* (tercera acepción) a que conduce el principio de unidad del razonamiento práctico, asumido, más o menos explícitamente, por todas ellas y que conecta el razonamiento práctico con el razonamiento jurídico.

Otro de los aspectos comunes a casi todas las teorías de la argumentación es la distinción entre la justificación interna y la externa. No obstante, siguiendo a Cristina Redondo, se hace notar aquí cierta ambigüedad que rodea al uso de esta distinción: a veces no está claro cuál es el criterio que sirve como base a la distinción, si se trata del carácter lógico-deductivo de la justificación interna, frente al carácter no deductivo de la justificación externa, o si es la naturaleza sistémica o la externalidad de las premisas normativas del razonamiento (pp. 158 y ss.). Este es quizá el pasaje menos claro del libro, en parte, porque se trata, entiendo, de una discusión algo artificial. Es cierto que algunos autores se han manifestado en ocasiones de manera que se presta a este

³ Sobre las cautelas con que debemos proceder en la equiparación del par descubrimiento/justificación con decisión/justificación nos advierte IGARTUA, Juan, en *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional* (Civitas/IVAP, 1998, pp. 76 y ss.) y *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional* (CEPC, 2003, pp. 66 y ss.), siguiendo un camino abierto por las críticas de MAZZARESE, Tecla (vid. «Scoperta vs giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali», *Analisi e diritto*, 1995, pp. 145-196; y *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Giapichelli, 1996, pp. 105 y ss.).

tipo de confusiones⁴, pero no veo este tipo de problemas en el planteamiento, por ejemplo, de Alexy y, en general, de otros teóricos de la TAJ. Considero que es opinión compartida que, cuando hablamos de justificación interna de un razonamiento, no estamos haciendo referencia a un tipo determinado de premisas, ni a un tipo determinado de razonamiento (algo que, por otra parte, no se entiende muy bien qué podría querer decir)⁵, sino a una perspectiva en relación con ese razonamiento como razonamiento clausurado: la justificación interna se refiere a que la conclusión esté justificada a partir de unas premisas dadas, al menos una de las cuales debe ser una norma jurídica, y la perspectiva de la justificación externa nos sitúa fuera de ese razonamiento, cuestionando o confirmando la validez de las premisas que forman parte del mismo: descriptivas o normativas, sistémicas (aunque, como bien advierten aquí los autores, esto presupone el límite del sistema) o extrasistémicas, y, dentro de éstas, expresas o entimemáticas⁶.

La justificación externa exige, en términos generales, tres tipos de argumentos: argumentos interpretativos, argumentos empíricos y argumentos prácticos o morales. En relación con estos últimos se hace al final del capítulo cuarto una breve referencia a los principios de consistencia, coherencia, universalizabilidad y consecuencialista. El segundo tipo de argumentos nos remite al terreno de las ciencias naturales y de la presunción racional (probabilidad). Los argumentos interpretativos son objeto de estudio en el capítulo quinto.

En primer lugar se mencionan las definiciones legislativas y a las leyes interpretativas como manifestaciones de la llamada interpretación auténtica (pp. 192-193); éstas, en tanto que textos legislativos susceptibles a su vez de vaguedad y ambigüedad, no garantizan la claridad y la unidad interpretativa en todos los casos. En segundo lugar se hace referencia los cánones de la interpretación, poniendo de relieve su doble vertiente heurística y justificatoria, lo que quiere decir que no sólo operan como criterio orientador para una asignación de significado a un texto legal o una explicación de la misma, sino como argumento que la justifica (p. 194). Según el contexto en el que se desarrolle –lingüístico, funcional o sistémico– cabe distinguir tres métodos de interpretación: (i) gramatical o literal; (ii) funcional, dentro del cual distinguimos tres argumentos: el teleológico-objetivo, el genético y el de la «naturaleza de la cosa»; y (iii) sistemático, donde se encuadran los argumentos de la constancia terminológica, el de la *sedes materiae*, el argumento económico y el argumento a *coherentia* (pp. 198-200). Junto a estos argumentos, la práctica jurídica suele recurrir, y así se refleja en la TAJ, a una serie de esquemas argumentativos especiales –argumento a contrario, analógico,

⁴ Pueden verse algunos ejemplos en libro de REDONDO, Cristina, p. 218.

⁵ Un razonamiento o es lógico-deductivo o no es razonamiento. Cuestión distinta es que alcancemos un punto en nuestros razonamientos en que no podamos fundamentar una premisa última y tengamos que asumirla dogmáticamente en el sentido de Hans Albert como presupuesto de todas nuestras conclusiones anteriores, pero esto no es una forma distinta de razonar, sino dejar de hacerlo.

⁶ En la justificación interna encontramos premisas extrasistémicas como, por ejemplo, reglas de uso de las palabras, que habrá que justificar –justificación externa– mediante alguno de los argumentos interpretativos disponibles (semánticos, genéticos, sistemáticos o, incluso, argumentos prácticos generales), o juicios de valor acerca de una similitud relevante para la aplicación analógica de un determinado precepto legal.

a fortiori y apagógico o de reducción al absurdo— que pueden ser reconstruidos como inferencias lógicas válidas (p. 200). En relación con estas formas o esquemas argumentativos especiales propios del razonamiento jurídico (y del razonamiento práctico en general), se especifica que los tres primeros son mecanismos de resolución de lagunas, o dicho de otro modo, resuelven problemas de relevancia, determinando cuál es la norma relevante para resolver el caso, mientras que el último es un argumento interpretativo negativo general que funciona como inhibidor de cualquiera de los demás argumentos interpretativos, afirmando las consecuencias indeseables a que conduciría un hipotética interpretación conforme al argumento interpretativo que se pretende desechar (por ejemplo, las consecuencias negativas a que conduciría una interpretación literal, lo que aconsejaría una interpretación, pongamos por caso, teleológico-objetiva) (p. 201). Este tipo de precisiones, escasas hasta hace bien poco, son necesarias para el avance de la TAJ que es, sobre todo, una teoría analítica⁷.

En todo caso, la confección de un catálogo más o menos sistematizado de los argumentos y formas de argumento que suelen adoptar los razonamientos jurídicos no liquida el problema de la interpretación/justificación jurídica, al menos desde el punto de vista de la justificación externa: mientras que desde el punto de vista de la justificación interna basta con que la conclusión se siga de la interpretación obtenida mediante el recurso a uno de los argumentos mencionados y que la estructura lógica de los razonamientos se ajusten a la forma de argumento típicas del método jurídico, desde la perspectiva de la justificación externa, en cambio, puede cuestionarse la circunscripción de la decisión interpretativa a uno de los contextos antes mencionados; en otras palabras, cabe preguntarse por qué se opta por un argumento interpretativo determinado y no por los argumentos alternativos. Este es el problema de las reglas de prioridad entre los distintos argumentos interpretativos y, en gran parte, el núcleo central de la argumentación jurídica. Salvo algunas escasas referencias legales (en el libro se citan como ejemplo las reglas sobre la interpretación de los contratos civiles de los arts. 1.281, 1.284 y 1.286 del Código civil) o constitucionales, como la prohibición de analogía para el Derecho penal, que privilegia la interpretación literal, la cuestión está abierta y vinculada a las distintas concepciones de la interpretación y, en última instancia, del derecho (p. 209). La necesidad de recurrir a criterios externos o fronterizos con el razonamiento moral para justificar un orden de prioridad en el uso de los argumentos interpretativos (principio de seguridad jurídica, democracia, racionalidad, etc.) o incluso la posibilidad de invertir ese orden cuando concurren razones que lo justifiquen es uno de los argumentos utilizados por los teóricos de la argumentación para sostener que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico⁸.

Como últimos materiales interpretativos se mencionan los argumentos de la dogmática y los precedentes. Desde el punto de vista lingüístico, ni uno ni otro va más allá de lo que se ha dicho en relación con los argumentos inter-

⁷ No obstante, este tipo de precisiones es objeto de controversia; *vid.* en contra de la calificación del argumento *a contrario* como argumento interpretativo el trabajo de GARCÍA AMADO «Sobre el argumento *a contrario* en la aplicación del Derecho» *Doxa* 24 (2001), pp. 85-114, especialmente p. 111 y s.

⁸ ALEXY, R. «Juristische Interpretation», en *Id. Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1995, pp. 71-92, aquí, p. 88.

pretativos; los argumentos de la dogmática y los precedentes son argumentos interpretativos cuya importancia reside no tanto en lo que dicen, sino en las funciones que cumplen en la argumentación (pp. 211 y ss.).

Una cuestión que merece una atención especial en el libro por su complejidad y relevancia es la de los principios en el derecho, a la que dedica el capítulo VI. La relevancia de los principios como una tipología normativa especial distinta a las reglas alcanza no sólo a la TAJ, sino también a la propia teoría del derecho. El argumento de los principios es la base de una teoría del derecho no positivista, el *principlismo*, que se expresa sintéticamente en las siguientes tesis: «(i) en todo derecho existen [además de reglas] principios; (ii) estos principios vinculan estructural y sustancialmente el Derecho a la Moral; y (iii) luego el Derecho y la Moral se hallan necesariamente vinculados» (pp. 235 y ss.). Desde el punto de vista de la teoría de la argumentación (entendida aquí como la evolución de la metodología jurídica tradicional) resulta especialmente relevante el primer asunto: las propiedades estructurales y funcionales de los principios respecto del resto de normas. Al respecto suelen distinguirse tres posiciones: la tesis *fuerte de la separación* (estructural), la tesis *débil de la separación* (grado) y la tesis de la *conformidad* (p. 237). En el libro se exponen y discuten las tesis de Ronald Dworkin, Robert Alexy y Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, tres de los más importantes planteamientos favorables a la diferenciación estructural y funcional de los principios y las reglas. La conclusión a que se llega me parece del todo plausible: «reglas y principios no se distinguen claramente sino hasta después de ser interpretados y aplicados» (p. 272). Esto sería como afirmar que, más que ante dos tipos de normas *a priori*, estamos ante dos niveles de argumentación o usos de los materiales argumentativos.

Para el no positivismo principlista, además de la diferencia estructural y funcional entre los principios y el resto de normas, es especialmente relevante una segunda dimensión: el contenido de los principios y su estatus, o dicho de otro modo, la relación de los principios con el sistema jurídico. Junto a los principios *explícitos* o positivos, recogidos en disposiciones legales (se habla aquí de validez directa), y los principios *implícitos*, derivados de éstas (validez indirecta), la controversia gira en torno a los llamados principios *extra-sistémicos* (pp. 238 y ss.). El positivismo no niega que, en ocasiones, los jueces tengan que recurrir a principios morales no recogidos por el Derecho —es lo que llaman la tesis de la discrecionalidad—, lo que discuten es el carácter jurídico de dichos principios, carácter que sí les reconoce el no positivismo principlista, ensanchando así los dominios del Derecho más allá de las normas recogidas explícitamente en el ordenamiento jurídico o las derivadas de éstas. Resumiendo, en la discusión acerca del reconocimiento de la naturaleza jurídica de los llamados (por el positivismo jurídico) principios extra-sistémicos se enfrentan dos concepciones de la validez: la validez como pertenencia (criterio formal/descriptivo) y la validez como obligatoriedad (normativo) (p. 246).

Se parta o no de una diferencia estructural entre principios y reglas, la argumentación con principios presenta determinadas peculiaridades que afectan especialmente a la interpretación constitucional. En el capítulo VII se aborda el llamado juicio de ponderación, sin duda, uno de los temas contro-

vertidos de la teoría de argumentación jurídica actual⁹. La importancia creciente del juicio de ponderación trae causa de la materialización de la constitución y de la forma en que ésta se produce: mediante la incorporación de contenidos de justicia en la forma de derechos subjetivos o como fines y principios que deben orientar la acción política. Este conjunto de normas no plantea problemas de consistencia lógica en abstracto, pero es potencialmente conflictivo y, por tanto, potencialmente inconsistente, en situaciones concretas (pp. 303 y ss.). Los conflictos entre normas constitucionales no pueden resolverse, sin embargo, como una cuestión de validez o especialidad recurriendo a los criterios clásicos de resolución de antinomias, sino que se configuran como conflictos entre diversos *mandatos de optimización* (normas que ordenan la realización de un estado de cosas en la mayor medida posible en función de las condiciones fácticas y jurídicas), según la denominación de Robert Alexy. La resolución de un conflicto entre principios o mandatos de optimización en un caso concreto requiere el establecimiento de un orden de precedencia, para lo que se puede recurrir al establecimiento de condiciones de prioridad en abstracto, prioridades *prima facie* (reglas sobre la carga de la argumentación)¹⁰ y, sobre todo, a estructuras de ponderación, que incluyen los conocidos tests de *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto* (pp. 306-313). Casi tan importantes como el método de la ponderación me parecen las cautelas que se señalan como colofón a la exposición: (i) la potencial «principalización» de cualquier caso que deba ser resuelto en la jurisdicción ordinaria y, por tanto, su no exclusividad para la jurisdicción constitucional; (ii) la complementariedad de la ponderación y la subsunción como métodos en el razonamiento jurídico; y (iii) las tensiones con la jurisdicción ordinaria que plantea la ponderación (puesto que puede convertirse en un auténtico juicio de revisión de la calificación de los hechos, excediendo así las competencias atribuidas al Tribunal Constitucional) (pp. 314 y ss.).

El colofón a esta exposición de los diversos aspectos de la TAJ es la fundamentación de las premisas empíricas del razonamiento, entre las que cobra especial relevancia la prueba de los hechos. A diferencia de los razonamientos empíricos científicos (que, en ocasiones también forman parte de los razonamientos jurídicos), la fundamentación de este tipo de premisas está determinada por la doble dimensión, cognitiva e institucional, de la actividad probatoria en los procesos judiciales. Desde un punto de vista cognitivo, aunque cabe posibilidad de pruebas observacionales o basadas en inferencias deductivas, como la coartada, la determinación de los hechos es el resultado las más de las veces de una inferencia inductiva, que tiene únicamente un carácter hipotético y cuyo fundamento es un juicio de probabilidad (p. 373).

⁹ Recientemente han visto la luz dos rigurosos estudios sobre esta cuestión, me refiero a los de BERNAL PULIDO, Carlos (*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, CEPC, 2003) y LOPERA MESA, Gloria Patricia (*El principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, CEPC, 2006).

¹⁰ No veo claro cuál sea la diferencia entre las «condiciones de prioridad en abstracto» y las «prioridades *prima facie*». Creo que, en ambos casos, la idea es la misma: establecer un orden de prioridades con más o menos condiciones de aplicación, pero en todo caso derrotable (*prima facie*), de manera que operarían ambos mecanismos como reglas de la carga de la argumentación.

En este sentido, la TAJ provee de modelos argumentativos como los esquemas del grado de confirmación¹¹ o las teorías de la prueba indiciaria (pp. 389 y ss.). Desde el punto de vista institucional, la actividad probatoria encaminada al esclarecimiento de unos hechos se enfrenta a limitaciones basadas, por un lado, en la naturaleza práctica del proceso (plazos, justicia negociada, presunciones) y, por otro lado, en sus condicionantes ideológicos (prohibición de prueba ilícitamente obtenida, presunción de inocencia, etc.). Estas dificultades han llevado a la jurisprudencia y en muchos casos a la doctrina procesalista a dar por buenas construcciones como la inmediación o la doctrina de la apreciación conjunta (pp. 409 y ss.), que no son sino subterfugios para rehuir la exigencia de una motivación racional de la prueba. Esta motivación debería consistir en: (i) fundamentar racionalmente la/s premisa/s fáctica/s; (ii) hacer explícitos todos los pasos del razonamiento probatorio, esto es, la inferencia de la ocurrencia de unos hechos a partir de otros; (iii) la justificación de todas las pruebas; (iv) su valoración individualizada; y (v) la toma en consideración de todas la pruebas practicadas (pp. 421-423).

3. La tercera gran cuestión que se aborda en el libro es la relación Derecho-Moral. Las teorías de la argumentación no son sólo un refinamiento analítico de la metodología tradicional, sino que, como ya tuvimos ocasión de ver en relación con la cuestión de los principios, abren un frente antipositivista en la Teoría del derecho con la llamada *tesis del caso especial* –TCE– cuyas similitudes con lo que antes se denominó como principalismo son obvias.

La TCE no sólo es ambigua desde el punto de vista de su estatuto lógico en su formulación original («la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general»)¹², sino que han sido formuladas tesis similares, no idénticas en sus términos, que se refieren al *razonamiento moral* en lugar de al *discurso práctico general*, prescindiendo así de las connotaciones que conectan la tesis del caso especial con la teoría del discurso de Apel y Habermas¹³; así también los autores (pp. 333 y ss.).

Según esta tesis, la argumentación jurídica se desenvuelve en un contexto moral o, invocando el postulado de unidad de la razón práctica (pp. 58-59), es propiamente un razonamiento moral, sólo que sujeto a determinadas especificidades del ámbito jurídico –la ley, los argumentos de la dogmática, los precedentes judiciales y las reglas de procedimiento– que, en última instancia, se sustentan en una fundamentación moral y pertenecen al propio razonamiento o discurso moral. Por esta razón, los autores de la TCE sostienen una conexión conceptual y, por ello, necesaria, entre el razonamiento jurídico y el moral (p. 335), conexión que conduce al solapamiento entre «hacer justicia» y «aplicar el derecho», algo que contradice la tesis positivista de la separación conceptual (p. 349). Y ello porque todo el que formula un enunciado normativo eleva una pretensión de corrección que para la TCE no

¹¹ «Una hipótesis puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (o sea, la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos» (p. 378).

¹² ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. M. Atienza e I. Espejo), CEC, Madrid, 1997, p. 34.

¹³ NINO, C. S., *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona, 1994, pp.79 y ss.; PECZENICK, A.: «Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning», *Ratio Iuris* 2 (1988), pp. 123-136.

admite contextualizaciones, es decir, no existe una pretensión de «corrección jurídica», sino una única pretensión de corrección (p. 343 y ss.). Como se pone de manifiesto en el libro, el elemento determinante de la TCE es la adopción de la perspectiva del participante, que funde la Teoría del derecho con la Teoría de la argumentación: «el Derecho se identifica con el conjunto de razones, formalmente válidas o no, que fundamentan una decisión y también explica la confusión de razonamiento jurídico y razonamiento moral, porque, desde la perspectiva del participante, las razones para la acción deben unificarse bajo una razón última de carácter moral» (p. 360). Es decir, en la perspectiva del participante convergen la pretensión de corrección y el postulado de unidad de la razón práctica. Utilizando los conceptos de justificación formulados en el capítulo cuarto, para la TCE, el razonamiento jurídico se rige sólo aparentemente en términos de justificación *sensu largo*, esto es, en el marco del ordenamiento jurídico, pero en el fondo es un razonamiento justificatorio *sensu stricto* con pretensión de fundamentabilidad universal y última en el sentido en que lo es la moral.

José Manuel CABRA APALATEGUI
Universidad de Málaga