

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: LOS CASOS FÁCILES, DIFÍCILES... TRÁGICOS*

por Omar Vázquez Sánchez **

Resumen

Las decisiones judiciales son el resultado más importante en un sistema de justicia. El interés por el estudio justificativo de estas decisiones ha aumentado considerablemente. Son en gran medida las Teorías de la Argumentación Jurídica, que se desarrollan a partir de la segunda mitad del siglo XX las que incursionan en el estudio del razonamiento judicial. En estas teorías es fundamental la distinción entre un caso fácil y un caso difícil. En este trabajo repasamos ésta distinción, no obstante, se advierte otro tipo de caso, el caso trágico. El juez lejos de ser lógico y también de ser el aplicador de la llamada "razón práctica", es un ser humano, en efecto, falible, limitable y, sobre todo, consiente de la vulneración en nuestras sociedades de valores no solo jurídicos, sino también morales. El Tribunal Constitucional español es el que en mayor medida tiene que resolver estos casos, en consecuencia, alguna de sus decisiones son paradigmáticas en este estudio

Palabras clave

Argumentación jurídica, motivación, casos fáciles y difíciles, casos Trágicos.

Sumario

I. La argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional español: los casos fáciles, difíciles... trágicos. II. La motivación de las decisiones judiciales. III. Motivación: explicación, justificación, argumentación. IV. Sobre la argumentación jurídica: teoría(s) de la argumentación jurídica. V. Casos fáciles y difíciles. VI. El Tribunal frente a los casos fáciles y difíciles. VII. ...los casos trágicos. VIII. Bibliografía.

I. La argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional español: los casos fáciles, difíciles... trágicos.

A lo largo de nuestras vidas el tomar decisiones se convierte en algo rutinario. La mayor parte de ellas, por ser decisiones propias, no son interpeladas. El problema se presenta cuando éstas decisiones las tomamos con una posición de rango superior al de un ciudadano de a pie. La razón es muy simple: 'a medida que adquirimos rango, responsabilidad o autoridad, es cada vez mayor la increpancia

* Recibido el 1 de julio de 2006. Publicado el 27 de septiembre de 2006.

** Maestrando en la Universidad de Navarra, en el Departamento de Filosofía del Derecho (España). Investigador en el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala (México). Agradecimientos especiales a Juan Pablo Lionetti, por su gentileza, paciencia y, sobre todo, sus consejos para la elaboración de este trabajo

recibida por las decisiones tomadas¹, ya por ser dirigidas a un individuo, ya dirigidas a una colectividad². La idea de tener un abanico de opciones nos hace reflexionar sobre cuál es la mejor de ellas. Ante ésta situación, la opción que sea elegida, deberá, para su aceptación, ser justificada³. Así, los argumentos que se utilicen para justificar una decisión son fundamentales, porque en todo caso 'motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma a tenerlas'⁴.

En los sistemas jurídicos contemporáneos la exigencia de motivar una decisión por parte de los órganos aplicadores del derecho, es una exigencia que nace del propio ordenamiento jurídico⁵. A diferencia de nuestras decisiones donde la justificación de ellas sólo es exigida en algunos casos.

¹ Véase LIONETTI DE ZORZI, Juan Pablo, *La toma de decisión en la Argumentación Jurídica (breves apuntes para una aproximación al tema)*, [en línea], Argentina, 31 de julio de 2004, [citado 18 de abril de 2006], Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 7, formato PDF, disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero7/4-7.pdf>, p. 57.

² Sobre este punto dice el profesor Lionetti de Zorzi que 'curiosamente, mientras más alta es la función, lejos de acallarnos por el poder de quien decide, nos avocamos con mas brío contra sus argumentos', continua diciendo: '...a mayor jerarquía, más personas dependerán de esa decisión. Por lo tanto, mayor será el auditorio que la escuche, la sopesa y la critique, ya que toda persona sentirá el deseo de defender sus intereses...cuando el decisor pertenece a cierta elite, (política, económica, cultural, moral, científica, etc.) todos, explícita o implícitamente, *nos sentimos parte del objeto a decidir*, a pesar de que no lo seamos, por el simple hecho de que esa decisión nos atañe a todos, muchos o algunos, y cuanto más directamente nos implique, más feroz será nuestro "ataque" o "defensa"...'. Así, dice el autor en comentario que un claro ejemplo de ello sería, el aborto, porque en las ocasiones en que se discute el tema, nos involucramos en él, a pesar de no haberlo practicado, pero donde sentimos que, sobre el particular, algo tenemos que emitir, sea a favor o en contra. Ídem.

³ 'La justificación se excluye en aquellas circunstancias en que no existe un abanico de posibilidades entre las cuales podamos elegir; los actos necesarios no se justifican, sino que se "explican". Así no "se justifica", sino que se explica, la caída de una manzana por la ley de la gravedad de Newton'. Véase, RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2003, p.85.

⁴ Véase, PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, reimp. de 1988, p. 41, citado en CARDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 18.

⁵ El caso español, sobre la exigencia de motivación de las decisiones judiciales, se recoge en el numeral 120.3 de la Constitución de 1978, mismo que a la letra dice:

La tarea de los jueces dentro de un marco de Derecho Constitucional, superador de la idea simple de Estado de Derecho⁶, es fundamental. Pues, amén de la función pública⁷ que desarrollan, son ellos en último término, quienes al adoptar una decisión están resolviendo un conflicto que puede en el mejor de los casos afectar a un individuo, pero que como en el caso del Tribunal Constitucional español, pueden afectar, ya no a una colectividad, incluso a otros poderes⁸.

Así, la labor de justificar las decisiones judiciales juega un papel trascendental, no solo en la concepción del derecho⁹, sino en la

Artículo 120.3 Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.

A su vez, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 16 precisa: Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento [...].

Así mismo, la Constitución italiana establece en su artículo 111.1, gemelo de los anteriores, lo siguiente: Artículo 111.1 Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati, etcétera.

⁶ Sobre esto, sólo por mencionar un autor, toda vez que dentro de la doctrina constitucional contemporánea se ha advertido este concepto de Estado Constitucional, puedo citar las palabras de Rodolfo Luis Vigo que dice: 'El neoconstitucionalismo o el Estado constitucional o el constitucionalismo "fuerte" implica un nuevo desafío de la cultura jurídica, que ya no puede recurrir –o sólo con significativos cambios- a muchos de los conceptos y teorías que resultaban esgrimibles con el constitucionalismo decimonónico o el estado legal de derecho', Véase VIGO, Rodolfo Luis, prólogo al libro *Interpretación Constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), México, Porrúa, 2005, p. XXI. Así mismo, uno más de los autores que replantean la nueva dimensión del Estado de Derecho partiendo, en algunos casos, de los conceptos de democracia y globalización, para establecer la crisis del estado de derecho y, a su vez, del estado nacional, es el autor italiano Luigi Ferrajoli. Cfr. ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 109-106.

⁷ '...el juez es un funcionario público, combinación de empleado o servidor del estado con órgano representante y que desempeña una de las funciones del Estado, la función jurisdiccional', ver GONZALEZ SOLANO, Gustavo, *¿Por qué la Práctica del derecho por parte del Juez es Absolutamente Irrealizable?*, [en línea] 16 de julio de 2003, [citado 18 de abril de 2006], Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 6, formato PDF, disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rbfd/numero6/racional.htm>.

⁸ '...se pretende dar una idea general sobre la posición del juez en el sistema constitucional..., aclarando, sobre todo, su función como órgano de control de los poderes legislativo y ejecutivo...', véase BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Cívitas, 1985, p. 19.

⁹ De nueva cuenta sólo por citar dos autores, Manuel Atienza y Jaime Cárdenas Gracia, Cfr. ATIENZA, Manuel y Ferrajoli, Luigi, op. cit., pp. 1-81 y CARDENAS GRACIA, Jaime, op. cit., pp.7 y ss.

concepción misma de la labor de los jueces por parte de la sociedad¹⁰.

La Teoría del Derecho contemporánea, ha pretendido, a través de la(s) Teoría(s) de la Argumentación Jurídica, dar cuenta de los procesos de justificación que emplea un órgano jurisdiccional en la toma de una decisión¹¹. Así, se trata de diferenciar, que 'una cosa es el procedimiento mediante el que se llega a establecer una determinada premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento consistente en justificar dicha premisa o conclusión'¹². Es decir, se trata de diferenciar los procesos psicológicos, sociales, económicos, políticos, etc., que llevan a un juez a tomar una decisión, de aquellos, que implican la justificación de esas decisiones.

Concretamente, ciencias como la sociología o la psicología son las que se han ocupado del contexto de descubrimiento^{13 14}, mientras

¹⁰ 'Al indagar sobre el papel que debe desempeñar el juez en la sociedad actual y por contraste con lo que ocurriría en épocas anteriores, debe tenerse en cuenta no sólo el marco normativo sino la sociedad en que se desenvuelven sus funciones jurisdiccionales. Tal es el sentido de todo análisis que, además de considerar la innegable dimensión jurídica de la actividad de juez, reconozca el contexto social en el que se desarrolla y que, sin duda, terminara afectando al propio juez...en suma, los jueces desempeñan una función esencial dentro de la sociedad democrática; el juez es apreciado como piedra angular de la democracia y, desde luego, la clave de bóveda de todo el sistema jurídico contemporáneo', véase ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *Jueces, Derecho y Política. Los Poderes del Juez en una Sociedad Democrática*, Navarra, 2004, pp. 55-56.

¹¹ 'Como es sabido, las teorías de la argumentación jurídica se desarrollan [...] con un denominador común: ...el estudio de la justificación del proceso de toma de decisiones', véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, *Teorías de la argumentación jurídica: una visión retrospectiva de tres autores*, [en línea] 7 de noviembre de 2004, [citado 18 de abril de 2006], Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 8, formato PDF, disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero8/11-8.pdf>, p. 273.

¹² Véase, ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 22.

¹³ Dice Atienza, a propósito del contexto de descubrimiento: 'En todo caso, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación nos permite a su vez distinguir dos perspectivas de análisis de las argumentaciones. Por un lado está la perspectiva de determinadas ciencias sociales, como la psicología social, que han diseñado diversos modelos para explicar el proceso de toma de decisiones al que se llega, en parte, mediante el uso de argumentos'. El autor en comento, nos pone de ejemplo la *información integrada*, elaborada por Martín F. Kaplan, en donde los valores de información y de impresión inicial –sobre todo estos– determinan el sentido de la decisión de un juez. Véase, ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho.*, op. cit., pp. 23-24. Así mismo, Lionetti de Zorzi, citando a Alfonso García Figueroa, nos dice que: '...en el contexto de descubrimiento

que es la Teoría de la Argumentación Jurídica la que se ha avocado al estudio de las justificaciones de las decisiones judiciales.

De esta guisa, así como los ciudadanos nos enfrentamos a casos que, por su mayor o menor grado de complejidad, pueden ser catalogados como fáciles o difíciles, los juzgadores se enfrentan de igual forma ante este tipo de situaciones. El presente trabajo pretende someramente brindar un acercamiento a los procesos de justificación que establece el juzgador en la resolución de los casos fáciles y difíciles. El caso trágico, concepto que por el sólo nombre ya presenta interés lo abordare, escuetamente, siguiendo las líneas de uno de los filósofos más destacados de la cultura jurídica española de éste tiempo, me refiero a Manuel Atienza.

Así mismo, tomando en cuenta las funciones que el constituyente español de 1978, le otorgó al Tribunal Constitucional, esto es, las funciones de conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, así como del recurso de amparo y de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de las de éstas entre sí¹⁵,

aparecen las motivaciones de orden psicológico o sociológico que han condicionado un conocimiento científico o, en nuestro caso, una determinada resolución judicial o argumentación jurídica...permite restringir el campo de estudio de la teoría de la argumentación en torno al contexto de justificación, dejando la investigación de los procesos psicológicos que condicionan la argumentación jurídica en manos de la psicología y la sociología>', ver GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime, *La Motivación. Conceptos Fundamentales*, [ref. 10/02/2004], pág. 7, <http://www.uv.es/~mariaj/razon/tema4.pdf>, citado en LIONETTI DE ZORZI, Juan Pablo, *La toma de decisión en la Argumentación Jurídica...*, op. cit., p. 63.

¹⁴ Cabe precisar que el profesor Juan Pablo Lionetti considera que el contexto de descubrimiento merece cierta reivindicación cuando dice: 'Sin embargo, a nuestro modo de ver, el contexto de descubrimiento de la resolución judicial, interpretada como "...la actividad y procedimiento mental que conduce al juez a tomar la decisión", merece cierta reivindicación'. Idem; así, en otra trabajo que trata sobre la racionalidad e irracionalidad de las decisiones, menciona: '...distintas corrientes nos mueven a considerar al juez como un ser psicológico', véase LIONETTI DE ZORZI, Juan Pablo, *Razonamiento jurídico y toma de decisión. Breves notas acerca de la influencia de la racionalidad y la irracionalidad en la decisión judicial*, [en línea], [citado 18 de abril de 2006], Revista Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, Universidad Carlos III de Madrid, No. 3, invierno de 2005/2006, formato PDF, disponible en: http://www.revistauniversitas.org/n03/03-02_lionetti.pdf, p. 22.

¹⁵ Véase ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000, 5ª reimp., p. 5.

tomaré como paradigmática en este trabajo, y con el fin didáctico de entender el presente nudo(s), algunas resoluciones que con motivo del análisis de algunos casos, sobre todo, difíciles ha tenido que resolver dicho tribunal.

El presente estudio refleja una breve mirada que, *a trote de caballo*, he realizado; sin dejar de mencionar la basta obra que sobre los temas que me ocupan en este trabajo se han escrito, y que sobre todo remito a los mismos para un análisis más profundo.

II. La motivación de las decisiones judiciales.

Se ha anticipado en líneas precedentes, que la exigencia de motivación de las decisiones por parte de los órganos aplicadores del derecho, deviene del ordenamiento jurídico. Concretamente, es el artículo 120.3 de la Constitución española el que establece el imperativo que me ocupa en estas líneas. Pero históricamente esto no fue así, por el contrario, como veremos el trazo de éste artículo tuvo que pasar por innumerables pasajes históricos que como antesala son dignos de precisar.

Así, en España, era una práctica habitual que los jueces no fundaran sus sentencias hasta bien entrando el siglo XIX¹⁶, mientras que en la actualidad se ha engarzado, por parte del propio Tribunal Constitucional, que la motivación de la sentencia sea considerado como un derecho fundamental¹⁷.

¹⁶ Véase MALEM SEÑA, Jorge F., *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?*, en Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Num. 24, Alicante, Universidad de Alicante, 2001, p. 379.

¹⁷ Así se extrae, por ejemplo, de la sentencia 20/2003 del Tribunal Constitucional español cuando dice: 'Este Tribunal, con carácter general, ha reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de necesidad de motivación de las resoluciones, implica que las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y que su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional, arbitraria o manifiestamente errónea de la legalidad...'; fundamento jurídico 5.3, sentencia de 10 de febrero.

Las razones sobre las cuales estriba la idea de no fundar una sentencia, como ya se ha precisado, entrado el siglo XIX, eran varias. El profesor Jorge F. Malem, a propósito del tema, señala lo siguiente:

‘Una –de las razones- hacia referencia a la economía procesal: la motivación de la sentencia, que en realidad se consideraba un relato de lo sucedido en el juicio, insumía demasiado tiempo, con el consiguiente retraso judicial en la consideración de otros asuntos y el aumento de las costas. Otra de las razones mencionadas era que tal motivación posibilitaba la crítica por parte de los litigantes de las razones del fallo, y en virtud de ello el aumento de los posibles recursos y la sospecha sobre la justicia de las decisiones judiciales.

Además de estas razones, históricamente se había esgrimido otra con una fuerte connotación político-ideológica. Quien detentaba la potestad jurisdiccional era el soberano absoluto en virtud de imposición divina, que a su vez delegaba en sus jueces y magistrados el ejercicio de tal potestad, aunque conservando su titularidad y el control sobre las decisiones de sus delegados. Si la legitimidad de la actividad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado le era concedido a los jueces por Dios, a través de la delegación del soberano, sus decisiones debían considerarse justas y, por lo tanto, no requerían ser fundadas. Un ataque a las sentencias constituía, en ese sentido, un ataque a la autoridad de los jueces y del monarca, en definitiva, un ataque a Dios¹⁸.

Precisa el profesor Jorge F. Malem que el deber de motivar una sentencia estuvo ligado al deber moral de la conducta del propio juez¹⁹, esto es, ‘si la justificación de las sentencias no proveían de su

¹⁸ Véase MALEM SEÑA, Jorge F., op. cit., p. 381.

¹⁹ Se dice por ejemplo, que ‘a los jueces se les exigía, que vivieran en un entorno especial de aislamiento social casi total. Además, les estaba vedado prácticamente toda vida social, no podían tener relaciones amistosas, ni asistir a celebraciones tales como casamientos, bautismos, banquetes, etcétera. Tampoco podían asistir a espectáculos como las corridas de toros o el teatro de comedias, no participar en cacerías o en juegos de azar. Cuando más alejados de las prácticas locales donde ejercía su magisterio tanto mejor... Pero no solo se trataba de que el juez diera una

motivación, ni de su adecuación al principio de legalidad, entonces debía recaer en el carácter moral de la autoridad que las dictaba²⁰.

Ya seguido el hilo de la historia, y según nos relata Sonia Rodríguez Boente²¹ siguiendo a su vez a Pietro Sanchís, que 'con el siglo XVIII llegan "las luces" y la razón, además de "los sentimientos y la filantropía", se aboga por... la humanización del Derecho y por la sujeción de otros "poderes", como el poder de los jueces, pues ya se había comprobado que su actividad estaba impregnada de arbitrariedad'²².

En éste momento, se recuerda la multicitada frase de Montesquieu, sobre la concepción mecánica del juez, diciendo: "no son más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes".

La Revolución Francesa trajo consigo que la motivación de las sentencias se realizara con la satisfacción de la propia ley. Toda vez, que 'la ley era considerada como la única fuente del derecho, y además se consideraba una ley lo suficientemente clara, precisa y racional como para no necesitar ser interpretada'²³, por tal motivo, era suficiente una sentencia motivada donde se citaba, y se transcribían, el o los preceptos aplicables.

Esta última precisión, es notable, toda vez que la concepción positivista legalista de la aplicación del derecho, sigue al día de hoy, considerándose fundamental, es decir, se continúan apelando a la autoridad de la ley, aunque meridiana claridad, es bien sabido que el sistema jurídico dista mucho de ser claro, preciso y racional.

imagen personal de imparcialidad, sino también de hombre justo y moralmente irreprochable.' Véase MALEM SEÑA, Jorge F., op. cit., p. 383.

²⁰ Ibid., p. 382.

²¹ Véase RODRIGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, op.cit., pp. 199-223.

²² Véase PRIETO SANCHÍS, Luís, "La filosofía penal de la Ilustración. Aportación a su estudio", *Anuario de Derechos Humanos*, No. 3, Universidad Complutense, 1985, p. 288, citado en RODRIGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, op. cit., p. 204.

²³ Ibid., pp. 204-205.

En ese sentido, el actual Estado Constitucional, replantea el papel de los poderes del estado²⁴, concretamente, 'se trata de que el juez realice una síntesis entre equidad y ley para lo cual se le permite flexibilización de la ley, se ponen a su disposición normas de perfiles difusos como los principios generales del Derecho'²⁵. Pero ésta nueva concepción del papel del juez, sin duda viene ligada a un deber de justificación de sus actos, pues es el propio andamiaje democrático el que vela por el cabal cumplimiento de las facultades conferidas a éste poder.

Ultimando, el deber de motivar las sentencias, como derecho fundamental, es un *constructo* del Tribunal Constitucional español. Precisamente, el Tribunal ha vinculado desde sus primeras sentencias, los preceptos constitucionales de motivación (120.3) y de tutela judicial efectiva (24.1), con la intención de que dicho deber – motivación- sea considerado como parte del derecho fundamental de tutela judicial efectiva y por consiguiente sujeto de amparo.

El Tribunal ha señalado que 'el derecho a la tutela judicial efectiva "comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, lo cual quiere decir que la resolución que se adopte ha de estar motivada, según establece además el art. 120.3 de la Constitución, quedando el razonamiento adecuado confiado al órgano jurisdiccional competente" (STC 61/1983, de 11 de julio, fundamento jurídico 3º); igualmente ha afirmado que "los términos en que se encuentra concebido el art. 24 de la Constitución han de entenderse integrados (...) con lo que dispone el art. 120 de la propia

²⁴ 'En el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, tomando como pilar básico los Derechos y Libertades de los ciudadanos, el sistema de separación de poderes servirá como acicate básico para velar por esos derechos. En el sistema democrático el Poder Legislativo pondrá las bases para la efectiva realización y respeto de los derechos y libertades, a los que se encuentra sometido y el Poder Ejecutivo hará efectivos esos derechos a los que también está sometido y el Poder Judicial velará por ellos de forma independiente con respecto a cualquier otro poder y sometido únicamente a la legislación'. Ibid., pp. 221-222.

²⁵ Ibid., p. 209.

Constitución que exige la motivación de las sentencias" (STC 55/1987, de 13 de mayo, fundamento jurídico 1º)²⁶.

III. Motivación: explicación, justificación, argumentación²⁷.

De la simple lectura que hasta este momento se le de al presente trabajo, se puede observar la ambigüedad con la que he tratado los conceptos que rotulan el presente apartado. Dice Alejandro Nieto, que en el derecho español '...tanto en los textos legales como en los jurisprudenciales y doctrinales, suelen emplearse estos cuatro términos (y algunos otros más) como sinónimos'²⁸. Lo anterior, no obsta para que nos ocupemos, sea de paso, de los conceptos que encabezan éste y los siguientes párrafos.

Como se ha señalado, el deber de motivar una decisión judicial deviene del propio ordenamiento jurídico. Pero, realmente qué significa motivación. Ángel J. Gómez Montoro, ha establecido a partir de una análisis jurisprudencial, que una resolución está motivada 'cuando permite conocer las razones que han conducido al juzgador a la decisión adoptada y se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional y no el fruto de la arbitrariedad'²⁹, aun así, y si bien es cierto es una advertencia que el propio profesor en comentario nos hace, dicho concepto de motivación, es más bien una salida al paso sobre los problemas que el Tribunal Constitucional se ha enfrentado -a propósito del 120.3-, y no una construcción doctrinal del concepto motivación.

Desde ésta perspectiva nos dice el profesor Gómez Montoro: 'Aunque la indagación de las razones de la exigencia de motivación

²⁶ Véase GOMEZ MONTORO, Ángel José, *El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *La Constitución y la practica del derecho*, ARAGÓN REYES, Manuel y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, coords., Pamplona, 1998, p. 493.

²⁷ Véase NIETO, Alejandro, *El arbitrio Judicial*, Barcelona, Ariel Derecho, 2000, p.153.

²⁸ *Ibid.*, p. 154.

²⁹ Véase GOMEZ MONTORO, Ángel José, *op. cit.*, p. 496.

de las sentencias y autos tiene –como ocurre, en general, con todas las preguntas sobre el fundamento de las cosas- más importancia teórica que práctica, el Tribunal Constitucional no ha dejado de esforzarse por profundizar en ellas. Las referencias a las mismas que se contienen en sus resoluciones no ofrecen un tratamiento sistemático, entre otras cosas porque se explican más por las necesidades del caso concreto que por el deseo de construir una teoría de la motivación, algo que queda al margen de las funciones de un Tribunal, incluido el Tribunal Constitucional³⁰.

Partiendo de lo anterior, y ya en un plano teórico o doctrinal, se ha dicho, entre otras cosas³¹, que la ‘mención que hace el artículo 120.3 de la Constitución a la motivación es desafortunada’³². Pues, en ella se confunden los procesos de descubrimiento y justificación. Aunque, ciertamente, estos procesos en más de las veces son entrelazados³³.

³⁰ Ibid., p. 492. Igualmente, esta posición del Tribunal Constitucional es denunciada, aunque ciertamente en un tono propositivo, pero retador, por Juan Igartua cuando dice: ‘...la fatiga o el desinterés *para desentrañar el sentido de la obligatoriedad constitucional de motivar las sentencias* han podido –a lo que parece- con el propio TC y, al día de hoy, éste ya vive de las rentas[...] ...en lo tocante a la obligación constitucional de motivar las sentencias, es menester evitar el solapado equívoco de creer que el TC desentraña a fondo el citado precepto (art. 120.3), cuando en realidad sus análisis están sometidos a la servidumbre del recurso en turno (al menos eso quiero creer, porque si no...)’. véase IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, pp. 10-11.

³¹ ‘En sede doctrinal se dijo, por boca de gente sapiente, que el “art.120 se limita a la constitucionalización de reglas legales”, que el susodicho artículo “ha elevado de rango la legalidad vigente”, que la obligación de motivar las sentencias “constituye una garantía procesal que ha adquirido rango constitucional”, etcétera. Pacíficamente se venía concediendo, pues, que aquí no había pasado otra cosa que la asunción de una norma a lo cielos constitucionales pero con el mismo cuerpo que tenía en la tierra de la legislación procesal ordinaria.’, Ibid., p. 19.

³² Véase RODRIGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, op. cit. p. 33.

³³ ‘Explicación psicológica –contexto de descubrimiento- y justificación –contexto de justificación- jurídica nunca coincidirán del todo, pero pueden moverse en campos muy próximos (como es lo más frecuente: el juez estima la pretensión del actor porque considera que es jurídicamente la más correcta) o en campos muy distintos: el juez desestima la pretensión del actor porque es su enemigo político y luego tiene que cubrir esa decisión personal con unas razones jurídicas apenas convincentes e incluso inequívocamente pretéxtales’. Véase NIETO, Alejandro, op. cit., p.156.

También dice Manuel Atienza lo siguiente: ‘Pero explicar y justificar son operaciones que pueden entrecruzarse: lo que muchas veces explica la conducta de un juez que

De tal suerte, y siguiendo a Alejandro Nieto, cabe realizar las siguientes precisiones conceptuales que nos permitirán en todo caso dilucidar el término motivación que establece la Constitución española, en su artículo 120. 3, así tenemos que:

'a) Motivación (en sentido amplio) es el concepto genérico, tal como aparece en la Constitución, y que equivale también a fundamentación. Esta motivación genérica se desenvuelve en dos campos específicos: la explicación y la justificación.

b) La explicación (motivación psicológica, *o contexto de descubrimiento*) consiste en la descripción de las causas que han provocado la aparición del fallo o parte dispositiva, que es su efecto. En cuanto que la sentencia es un fenómeno anímico, se refiere necesariamente a un proceso psicológico, a un "iter" mental y, en definitiva, responde a la pregunta del "porqué se ha tomado la decisión".

c) La justificación (motivación jurídica, *o contexto de justificación*) no se refiere a las causas que han provocado la sentencia sino a las bases jurídicas en que se apoya (los llamados "fundamentos jurídicos" en la práctica procesal). Responde a la pregunta del "porqué se ha debido tomar" la decisión o, si se quiere y es lo mismo, del porqué una decisión es correcta.

d) La argumentación, en fin, es la forma de expresar o manifestar –y, por supuesto, defender– el discurso justificativo. Las motivaciones psicológicas pueden ser descritas, más no argumentadas³⁴.

toma una determinada decisión es que ésta es la que él considera justificada de acuerdo con el Derecho', véase ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, 2003, 2ª edición, p. 255.

Ciertamente, los dos autores coinciden en que dicha bifurcación conceptual, en el Estado Constitucional, resulta en ocasiones difícil de asentar. Pues al juez, sólo le es exigido la justificación de sus decisiones, no de los procesos psicológicos que le han llevado a ella, muchos de los cuales, incluso el propio juez desconoce.

³⁴ Véase NIETO, Alejandro, op. cit., pp.154 y 155. Así mismo, Juan Igartua, menciona que el concepto motivación *o de sentencia motivada* se pueden asignar tres significados diferentes a la palabra motivada: en un primer sentido, débil y descriptivo, una sentencia está motivada si se aducen razones en su favor; en un

La anterior aclaración, permite evidenciar una diferencia fundamental que ha suscitado el debate entre contexto de descubrimiento y justificación –o como lo emplea Nieto, motivación psicológica y motivación jurídica-, me refiero a ‘que la primera es previa a la decisión, mientras que la segunda es un razonamiento a posteriori’³⁵.

En algunos autores, principalmente –aunque no necesariamente³⁶- del realismo jurídico³⁷, la distinción de estos conceptos suele ser innecesaria, pues consideran que la decisión judicial, es producto de ‘impulsos del juez que están determinados

segundo sentido, fuerte y descriptivo, una sentencia está motivada si en su favor se aducen razones que de hecho han convencido a un auditorio determinado; en un tercer sentido, fuerte y valorativo, una sentencia está motivada si en su razón se aducen buenas razones’, véase IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, op. cit., p. 15.

³⁵ Ibid., p. 155.

³⁶ El profesor Nieto realiza una cita que, sin duda, debe ser matizada y tomada con reservas, al mencionar lo dicho por Piero Calamandrei, en un libro que a propósito del tema resulta muy interesante. ‘Para decirlo con las duras palabras de Calamandrei, la motivación es, en el peor de los casos, “un expediente de hipocresía formal establecido para otorgar un disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser incluso la arbitrariedad y la injusticia’, véase CALAMANDREI, Piero, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 1989, citado en NIETO, Alejandro, op. cit., p. 157.

³⁷ ‘El realismo jurídico es una dirección de pensamiento que se desarrolla en los Estados Unidos y en Canadá en los años veinte y treinta. Su precursor fue el juez estadounidense Oliver H. Holmes, uno de los juristas más influyentes en la cultura jurídica de este siglo. Los realistas insistieron, sobre todo, en la necesidad de pasar del “Derecho de los libros” al “Derecho en acción” y de ahí que se les haya considerado como “escépticos frente a las normas”: el Derecho –nos dicen esos autores- no consiste propiamente en normas, sino en el comportamiento de los jueces (que en parte –pero sólo en parte- está condicionado por normas)’, véase ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia*. op. cit., p. 124. Efectivamente, como lo manifiesta el profesor Atienza, este es uno de los realismos jurídicos, el norteamericano, pero, creo, debe ser aumentado con el Realismo Jurídico Clásico, que según Claudia Helena Forero Forero, es denominado así, ‘por tener sus raíces en el realismo filosófico, el cual corresponde a la convicción de que los objetos tienen una existencia diferente al pensamiento del sujeto que conoce, que tales objetos son cognoscibles (susceptibles de ser conocidos), y que son lo que ellos son en sí mismos y no lo que el sujeto conoce de ellos. Y es Clásico por estar sustentado en filósofos clásicos como Aristóteles y Tomás de Aquino, y en el pensamiento jurídico también clásico de los romanos...’, véase FORERO FORERO, Claudia Helena, *Derecho natural: verdadero derecho para el realismo jurídico clásico*, [en línea], 28 de septiembre de 2004, [citado 22 de abril de 2006], Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 7, formato PDF, disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero7/7-7.pdf>, p. 118. Así mismo, se debe citar la última manifestación de estas corrientes, que se denomina *Critical Legal Studies*. Véase PÉREZ LLEDO, Juan A., *El movimiento “Critical Legal Studies”*, Madrid, Tecnos, 1996.

por factores políticos, económicos, sociales, y, sobre todo, por su propia idiosincrasia³⁸. De tal suerte, que el contexto de justificación queda sujeto al contexto de descubrimiento, considerando al primero como una simple 'ficción...toda vez que el juez no manifiesta los motivos reales de la formación de la resolución sino escribe "como si" ésta se hubiera derivado de la norma'³⁹.

Puede ser cierto que como lo explican los realistas, la decisión de un juez sea producto de motivos psicológicos, políticos, económicos, etc., 'pero ello no anula la necesidad de justificar la decisión, ni convierte tampoco esta tarea en algo imposible'⁴⁰. Es más, la justificación de la decisión judicial –si se entiende como justificación el término motivación que establece la Constitución española de 1978, en su artículo 120.3- constituye, dentro del Estado Constitucional, la manifestación democrática a través de la cual se controla el poder del juez.

IV. Sobre la argumentación jurídica: teoría(s) de la argumentación jurídica.

Si decimos, en forma general, que argumentar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada situación, podremos establecer que la práctica del derecho es una práctica de la argumentación jurídica, pues en todo caso, los jueces argumentan cuando dictan sus sentencias, como también lo hacen los abogados al formular sus pretensiones, así mismo, los legisladores cuando producen una ley, etc. Pero, concretamente se pueden identificar los siguientes ámbitos⁴¹ en los que de forma cotidiana se manifiestan argumentaciones jurídicas, a saber:

³⁸ Idem.

³⁹ Véase NIETO, Alejandro, op. cit., p.157.

⁴⁰ Véase ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia.*, op. cit., p. 126.

⁴¹ Véase ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho.*, op. cit., pp. 19-22.

a) 'El de la producción o establecimiento de normas jurídicas'⁴². Así mismo, ésta etapa puede desarrollarse en dos fases. La primera funciona como *motor* de la segunda, es la llamada fase prelegislativa y otra propiamente legislativa. En aquella, los argumentos son emitidos a raíz del surgimiento de un problema social y pueden ser argumentos de tipo moral o políticos. Ya en la segunda fase, ocurren argumentos de tipo técnico-legislativo o técnico-jurídico.

b) 'El de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos'⁴³. En este ámbito, pueden participar argumentando en sentido restringido, quienes por mandato de las normas están legitimados para aplicarlas, los jueces; como por quienes, en un sentido amplio, son receptoras de las mismas, órganos de la administración o simples ciudadanos.

c) 'El de la dogmática jurídica. Se distingue tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del Derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del Derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico'⁴⁴.

Hemos dicho, ya en un plano más concreto, que la argumentación es la forma de expresar o manifestar –y, por supuesto, defender– el discurso justificativo⁴⁵ que realizan los jueces en su decisión, pues bien, y tomando en consideración los ámbitos jurídicos en los que se presentan argumentos de ese tipo, jurídicos; podemos afirmar que las Teorías de la Argumentación Jurídica, centran su estudio en el ámbito de aplicación de las normas en la resolución de casos jurídicos, aunque como dice Atienza, 'las teorías usuales de la argumentación jurídica se ocupan también de las

⁴² Ibid., p. 19.

⁴³ Ibid., p. 20.

⁴⁴ Ibid., pp. 20-21.

⁴⁵ Véase NIETO, Alejandro, op. cit., p. 155.

argumentaciones que desarrolla la dogmática en cumplimiento⁴⁶ a suministrar criterios para la aplicación del Derecho.

Dentro de éste contexto –el de la argumentación justificativa, en la aplicación de normas a los casos jurídicos concretos-, nos dice el profesor Atienza que podríamos distinguir tres concepciones de argumentación a las que podría denominarse: formal, material y dialéctica⁴⁷.

‘La concepción formal de la argumentación es característica de la lógica⁴⁸. En ésta, se entiende a la argumentación jurídica como una inferencia, como un encadenamiento de proposiciones, así un ‘argumento es un encadenamiento de proposiciones, puestas de tal manera que de unas de ellas (las premisas) se sigue(n) otra(s) (la conclusión). El ejemplo tradicional y bien conocido es el silogismo que tiene a Sócrates como protagonista: todos los hombres son mortales; Sócrates es un hombre; luego, Sócrates es mortal⁴⁹. En resumen, ‘lo que caracteriza a esta posición es el elemento formal, esto es, la corrección de las conclusiones no depende del contenido de verdad de las premisas sino del cumplimiento de ciertas reglas formales como en el silogismo tradicional⁵⁰.

Puntualiza Manuel Atienza, a propósito de la insuficiencia de la anterior concepción: ‘La conciencia –a veces exagerada- de ésta insuficiencia de la lógica es lo que dio origen, a partir de los años 50 (*del siglo pasado*), a lo que hoy solemos entender como “teorías de la argumentación jurídica”...⁵¹, pero ciertamente ésta perspectiva argumentativa, sobre todo, como detallaré más adelante, en los casos fáciles es necesaria.

La concepción material de la argumentación, ‘se preocupa no de la técnica para inferir unas proposiciones de otras con criterios de

⁴⁶ Véase ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho.*, op. cit., p. 21.

⁴⁷ Véase ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, op. cit., p. 258.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Véase ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia.*, op. cit., p. 121.

⁵⁰ Véase CARDENAS GRACIA, Jaime, op. cit., p. 21.

⁵¹ Véase ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho.*, op. cit., p. 235.

corrección formal, sino de descubrir y examinar las premisas. Se trata de justificar las premisas no ya mediante el silogismo... la justificación de las conclusiones o de las decisiones tiene que hacerse a través de buenas razones que permitan la corrección del razonamiento⁵². Se trata, en síntesis, de brindar –buenas- razones que aduzcan la posibilidad de entender como válida una premisa.

La concepción dialéctica considera a la argumentación como una interacción lingüística. Esta se desarrolla entre dos o más sujetos, y tiene por objeto el convencimiento del uno sobre el otro⁵³.

Manuel Atienza, señala que las tres concepciones juegan un papel importante en la argumentación jurídica⁵⁴.

Así, por ejemplo, 'en el caso donde se plantea si se les debe o no alimentar por la fuerza a los presos en huelga de hambre para obtener determinados cambios en su situación penitenciaria'⁵⁵, el Tribunal Constitucional presenta su decisión como la conclusión lógica de una serie de premisas previas –*argumentación lógica*- cuando determina que la administración tiene la obligación de alimentar a dichos sujetos cuando su salud se viera amenazada como consecuencia, incluso, de una huelga, esto es, la decisión del Tribunal sobre éste caso es un silogismo jurídico donde la premisa normativa es: 'la obligación de la Administración de velar por la vida de los presos implica que cuando la salud de éstos corra graves riesgos

⁵² Véase CARDENAS GRACIA, Jaime, op. cit., p. 21.

⁵³ Ibid., p. 22. Dice Cárdenas, que la argumentación dialéctica o pragmática de la cual habla Atienza, 'es un proceso dialógico cuyo desarrollo está regido por reglas de comportamiento lingüístico' y continua diciendo, 'Algunas de las teorías, como la de Alexy, destacan principalmente la parte procedimental del proceso, y otras se interesan también por el resultado, los elementos que integran el razonamiento, la manera de distinguir entre argumentos fuertes y débiles, o las falacias que deben ser conocidas y eliminadas de la argumentación. En síntesis, en la concepción pragmática o dialéctica tiene lugar destacado el aspecto pragmático del lenguaje, por lo que es inconcebible hacer abstracción de los sujetos'. Idem.

⁵⁴ Véase ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, op. cit., p. 263.

⁵⁵ Para Manuel Atienza, el presente ejemplo es paradigmático para entender el papel de la argumentación jurídica en las decisiones judiciales. Véase ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho.*, op. cit., p. 21, así como en ATIENZA, Manuel, *La argumentación jurídica en un caso difícil. La huelga de hambre de los "Grapo"*, en Revista 'Jueces para la Democracia. Información y debate', núm. 9, Madrid, 1990, pp. 31-37; también en ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia.*, op. cit., pp. 88-143.

como consecuencia de una huelga de hambre, debe alimentarles por la fuerza' (art. 2.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria); y, por otro lado, la premisa fáctica se presenta de la siguiente forma: 'la huelga de hambre de los presos del GRAPO les sitúa, en efecto, en una situación de riesgo grave para su salud'; donde la conclusión es: 'a los presos del GRAPO se les debe alimentar por la fuerza'⁵⁶.

Pero, para que el Tribunal Constitucional presentara dicha justificación lógica tuvo, necesariamente, que demostrar mediante buenas razones –*argumentación material*–, anejas a ésta argumentación lógica, que tanto la premisa normativa, como la premisa fáctica, eran validas, y por lo tanto la decisión aprobada; como por ejemplo, razones que se expresan así: 'la consideración del derecho a la vida como un derecho no disponible, la caracterización de la situación del preso como sujeción especial con respecto a la administración penitenciaria y la calificación de la huelga de hambre como actividad que persigue fines ilícitos'⁵⁷, etc.

Y, naturalmente, el Tribunal Constitucional pretendió que lo que sostiene en esa sentencia resulte aceptable para los demás, para la comunidad jurídica –*argumentación dialéctica*–⁵⁸.

Sobre esto último, y retomando las concepciones de la argumentación, podemos decir que existen dos tipos de justificaciones, por un lado una justificación interna y, por el otro, una justificación externa. En la primera, la argumentación lógica se encuentra, fundamentalmente, implícita, pues la labor justificativa de una decisión se basa en un silogismo jurídico. En la segunda, se parte de que tanto la premisa normativa como la fáctica presentan dudas, por lo tanto, es preciso presentar argumentaciones adicionales a favor de las premisas, o sea, argumentaciones materiales y dialécticas.

⁵⁶ Véase ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia.*, op. cit., p. 126-127.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 128.

⁵⁸ Véase ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, op. cit., p. 263.

V. Casos fáciles y difíciles.

¿Cuándo es fácil un caso y cuándo difícil? Según Rodríguez Boente, la distinción entre casos difíciles y fáciles depende de la Teoría desde la cual se observa el caso. Pues señala, que para 'el positivismo jurídico, los casos fáciles serían aquellos en los que no hay más que aplicación pura y simple del Derecho, mientras que los casos difíciles se caracterizan porque "la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos; por eso, estos últimos requieren a diferencia de los primeros, una labor interpretativa. Para las teorías de la argumentación jurídica, la diferencia entre casos fáciles y difíciles radicaría en el distinto carácter de la justificación que se ha de llevar a cabo en unos y otros. Así, mientras en los casos fáciles, la justificación consistiría en efectuar una simple deducción, que daría lugar al clásico silogismo jurídico, en los casos difíciles, a los criterios de la lógica debe añadirse "los de la llamada «razón práctica», que se contienen en principios como el de universalidad, coherencia, consenso, etc. Por otro lado teorías como la de DWORKIN que defiende la existencia de una única respuesta correcta para cada caso que se plantea, no distingue entre los tipos de casos, puesto que "Hércules no necesita un método para casos difíciles y otro para fáciles. Su método funciona también en los casos fáciles, pero como las respuestas a las preguntas que hace son entonces obvias, o al menos parecen serlo, no nos damos cuenta de que está funcionando una teoría. En fin, el realismo jurídico y la última manifestación del mismo que se materializa en el movimiento Critical Legal Studies, mantiene que no existen casos difíciles, sino que, dado que nunca es posible identificar una respuesta correcta preexistente en el sistema, todos los casos serían, a la postre, difíciles'⁵⁹.

Para Pablo Navarro 'un caso es fácil si, dado que la formulación normativa es unívoca en su significado y el caso no cae en la zona de

⁵⁹ Véase RODRIGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, op. cit., pp. 532-533.

penumbra de sus conceptos, y que la regulación de dicho caso es consistente, entonces los juristas acuerdan que un tribunal los resolvería mecánicamente mediante un razonamiento silogístico cuya premisa mayor es una norma jurídica⁶⁰. Así, según éste autor, las decisiones que se tomen sobre un caso fácil, serán cuestión de lógica, en definitiva una argumentación de tipo deductiva o lógica.

Un caso difícil, para el mismo autor, sería si concurren los siguientes requisitos:

- a) No hay una respuesta correcta.
- b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta, etc.
- c) El derecho es incompleto o inconsistente.
- d) No hay consenso acerca de la resolución en la comunidad de juristas.
- e) No es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.
- f) No es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
- g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.
- h) La solución involucra necesariamente juicios morales⁶¹.

En el mismo orden, Manuel Atienza, dice que la justificación en los casos fáciles, es una cuestión de lógica, un razonamiento ordenado por parte del juez, una decisión como condenar a X a la pena Y, partiendo de un argumento deductivo (el llamado silogismo judicial), que tendría la construcción lógica siguiente: "todo el que realice actos de la clase Z debe ser condenado a la pena Y, X ha realizado actos de la clase Z; por lo tanto X debe ser condenado a la

⁶⁰ Véase NAVARRO, Pablo E., *Sistema Jurídico, Casos Difíciles y Conocimiento del Derecho*, en Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Num. 14, Alicante, Universidad de Alicante, 1993, p. 253.

⁶¹ Ibid., pp. 252-253.

pena Y"⁶². Por lo tanto, los casos fáciles 'son aquellos en los que se parte de premisas que no son discutidas (y de ahí que no sea necesario presentar argumentos para avalarlas) y que, por tanto, producen conclusiones aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo'⁶³.

Para el mismo autor, aunque siguiendo lo dicho por MacCormick, un caso difícil, será aquel que presenta los siguientes problemas:

'1. Problemas de relevancia, cuando existen dudas sobre cual sea la norma aplicable al caso.

2. Problemas de interpretación, cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso.

3. Problemas de prueba, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar.

4. Problemas de calificación, cuando existen dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma'⁶⁴

De lo anterior, se puede afirmar, con gran seguridad, que la mayoría de los casos jurídicos, sobre los cuales tienen que decidir la mayor parte de los tribunales, son casos jurídicos difíciles, toda vez, que de lo expuesto, podemos aducir, por ejemplo: que la vasta legislación traería consigo saber cuál de todas ellas es aplicable al caso concreto –problema de relevancia-, o que el problema planteado es trascendente, y por lo tanto susceptible de no existir consenso entre los juristas, etc.

Lo dicho hasta ahora, nos sitúa en el terreno inmejorable para describir, lo que la doctrina ha estudiado respecto de la actividad de los jueces frente a los casos detallados con anterioridad.

⁶² Véase ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, op. cit., p. 264.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Véase ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho.*, op. cit., p. 244.

VI. El tribunal frente a los casos fáciles y difíciles.

Un caso fácil cuando se argumenta resulta una actividad mecánica que en teoría no supone ningún problema. El Tribunal (y en general los jueces) parte(n) de una premisa normativa que regula de manera general y abstracta el surgimiento del hecho debatido, de tal suerte que la subsunción de ese dato fáctico a la norma es cuestión de una aplicación mecánica del derecho, por lo tanto la justificación de su decisión se traduce en una argumentación de tipo lógica, encarnando '...el modelo del juez convencional y tradicional del positivismo legalista'⁶⁵. El llamado Juez Júpiter, actor mecánico del derecho, sustraído de la realidad, y que encuentra en la ley la respuesta correcta a los casos que se le presentan⁶⁶.

Pero como ha señalado Prieto Sanchís, 'que la teoría mecanicista de la interpretación según la cual la aplicación del Derecho se asemeja al método de la subsunción donde el Juez desempeña una función "neutra" o de simple autómatas no es asumida en la actualidad por ningún positivista, sino acaso paradójicamente por algún antipositivista como Dworkin. Al contrario, hace décadas que el positivismo defiende la tesis opuesta de la discrecionalidad judicial que considera la interpretación como una actividad más o menos sujeta a las normas, pero donde resta un espacio de libertad discrecionalidad. Por ello frente a la «pesadilla» de

⁶⁵Véase VIDAL GIL, Ernesto J., *Los Conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Valencia, Universitat de València, 1999, p. 42.

⁶⁶ OST, Francois, *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*, trad. de Isabel Linfante Vidal, en Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Num. 14, Alicante, Universidad de Alicante, 1993, pp.169-194. También, sobre mitología en el derecho, puede verse RUIZ SANZ, Mario, *El mito de la Justicia: Entre dioses y humanos*, [en línea], octubre de 2005, [citado 22 de abril de 2006], Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho No. 11/2005, formato PDF, disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/11/ruiz.pdf>. Así mismo, VIDAL GIL, Ernesto J., op.cit., pp. 41-54. Uno más sería Mario Alberto Portela quien menciona al juez Salomón como aquel 'que cree en una verdad sustancial, es inquisidor, arbitrario y discrecional y para el cual la verdad depende de su autoridad', véase PORTELA, Mario Alberto, *Argumentación y sentencia*, en Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, Num. 21-II, Alicante, Universidad de Alicante, 1998, p. 338.

quienes ven en el Derecho una realidad inconsistente e incompleta, compuesta de inconexas decisiones individuales emanadas del poder de los jueces, y frente al «noble sueño» de aquellos que imaginan el ordenamiento como un sistema cerrado y seguro, capaz de ofrecer solución unívoca a todo conflicto, Hart propone una solución intermedia: las leyes, costumbres y precedentes disciplinan la realidad social y no son, por tanto, meras fuentes de inspiración de los fallos judiciales, pero tampoco éstos representan la ejecución mecánica de aquellas normas, sino que existe, un irreductible momento de discrecionalidad. Todo ello tiene una importante consecuencia, y es que el Juez se convierte en un órgano peculiar cuyo *modus operandi* le distingue del legislador, pero en un órgano, que al fin y al cabo, asume al menos en parte la responsabilidad creadora por la decisión que adopta⁶⁷.

En los casos difíciles -que son en su mayoría los que resuelve el Tribunal Constitucional-, la justificación lógica pasa a un segundo plano. Razones son varias, como se ha establecido con anterioridad, en un caso difícil no hay una respuesta correcta, las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta, etc., el derecho es incompleto o inconsistente, no hay consenso acerca de la resolución en la comunidad de juristas, no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley, no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos, requiere para su solución de un razonamiento basado en principios y la solución involucra necesariamente juicios morales.

De las mencionadas, creo que la principal, es aquella que tiene que ver con la interpretación de la Constitución⁶⁸, toda vez que en

⁶⁷ Véase PRIETO SANCHÍS, Luís, *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara, 1997, pp. 14 y 15.

⁶⁸ Sobre las peculiaridades de la interpretación constitucional, Véase -dentro de los muchos- GUASTINI, Ricardo, *¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?*, en *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*, del mismo autor, México, 2004, 2ª edición., pp. 113-137.

ella es donde se encuentran principios⁶⁹, que por su naturaleza son carentes de una determinación completa, y que, por lo tanto, requieren, cuando entran en conflicto, una solución alejada de un simple silogismo. Pensemos por ejemplo en el principio de igualdad, en el cual no puede haber subsunción porque no existen propiamente los supuestos en los cuales se contemplen las violaciones a este principio, es decir la Constitución no especifica cuando hay un trato desigual.

La justificación en un caso difícil por parte del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, requiere de criterios que se traducen en la ponderación de derechos o en su caso criterios sociológicos o de justicia⁷⁰ que den cuenta de una resolución aceptable.

Desde esa perspectiva, la justificación de un caso difícil requiere de una argumentación de tipo material y dialéctica. Donde la construcción de las premisas se formulen conjuntamente con argumentos que describan la certeza de la conclusión, esto es, argumentos a favor o en contra de una tesis, argumentos probatorios, argumentos interpretativos, etc.

Pero, como hemos señalado la resolución de un caso fácil está dotada de un método que le permite al juez llegar a justificar su decisión, me refiero, al método lógico o deductivo, lamentablemente, la justificación de un caso difícil de los que se enfrenta un juez de

⁶⁹ 'Las normas de que se compone un ordenamiento jurídico pueden clasificarse en reglas y principios. Las reglas son normas que establecen pautas más o menos específicas de comportamiento. Los principios son normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etc. (por ejemplo: un medio ambiente adecuado, una situación de pleno empleo, etc.) y a las que cabe denominar *directrices*; o bien exigencias de tipo moral, como el principio de igualdad ante la ley, de respeto a la dignidad humana, etc. –éstos serían *principios en sentido estricto*-. Algunos de estos principios –de cualquiera de las dos categorías- están formulados explícitamente en enunciados jurídicos, pero otros están simplemente implícitos, esto es deben ser extraídos por el intérprete a partir de otros enunciados (de principios y reglas) explícitos.', véase ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia.*, op. cit., p. 27-28.

⁷⁰ Véase CARDENAS GRACIA, Jaime, op. cit., p.23.

manera cotidiana, adolece de uno, ligándose con esto cuestiones como la arbitrariedad en la decisión judicial, el hecho de que no exista una respuesta correcta en un caso difícil, la posibilidad de creación judicial en un caso determinado, etc.

Ante esta insuficiencia de método, Atienza⁷¹, ante los casos difíciles, estima que el proceso argumentativo podría reconducirse cuando en primer término, se identifica de qué problema se trata, sea de relevancia, interpretación, prueba o de calificación.

El segundo momento será el de determinar el tipo de problema ante el que se enfrenta el Tribunal, 'por ejemplo, que se trate de un problema de interpretación, habría que ver si el mismo surge por una insuficiencia de información (esto es, la norma aplicable al caso es una norma particular que, en principio, no cubre el caso sometido a discusión) o por un exceso de información (la norma aplicable puede entenderse de varias maneras que resultan incompatibles entre sí)'⁷².

Una vez precisado lo anterior –tercer momento-, se debe pasar a la formulación de hipótesis que solucionen el problema planteado.

En cuarto lugar se deben presentar argumentos que justifiquen la o las hipótesis establecidas en el paso inmediato anterior, es decir, 'hay que presentar argumentos a favor de la interpretación propuesta. Si se trataba de un problema de insuficiencia de información, la argumentación podríamos llamarla –en sentido amplio- analógica (incluyendo aquí tanto los *argumentos a pari o a simili* como los argumentos *a contrario* y *a fortiori*)'⁷³.

En último lugar, según el autor en comentario, 'hay que pasar de la nueva o nuevas premisas a la conclusión. Esto es, hay que justificar internamente –deductivamente-, la conclusión'⁷⁴.

Este esfuerzo que realiza el profesor Atienza para entender el proceso argumentativo que lleva a cabo un órgano administrador de

⁷¹ Véase ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho.*, op. cit., pp. 244-252.

⁷² Véase ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia.*, op. cit., p. 129.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

justicia, constituye un paradigma para poder entender los procesos justificativos en un caso difícil, que por lo demás, es una buena intención para dotar a la Teoría de la Argumentación Jurídica de algún método que de cuenta de los procesos de justificación, pero que dista de ser universal.

VII. ...los casos trágicos.

La teoría estándar de la Argumentación Jurídica ha distinguido, a fuerza de entendimiento, que en los casos jurídicos fáciles el ordenamiento jurídico provee una respuesta que soluciona el caso debatido mediante la aplicación de un silogismo jurídico, mientras que los casos difíciles se caracterizan porque, al menos en principio, cabe proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes permitidos por el Derecho Positivo. 'Pero lo que parece quedar excluido con este planteamiento es la posibilidad de una tercera categoría, la de los casos trágicos. Un caso puede considerarse como trágico cuando, en relación con el mismo, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral. La adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema'⁷⁵.

Manuel Atienza distingue dos tipos de casos trágicos. Unos son los casos en los que el ordenamiento jurídico ofrece, por lo menos, una respuesta correcta, pero que choca con la moral del juzgador y, por otro lado, aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico no ofrece ninguna respuesta correcta⁷⁶. Sumando, en el mismo sentido,

⁷⁵ Véase ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho.*, op. cit., p. 252.

⁷⁶ Véase ATIENZA, Manuel, *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 6, 1997, p.19.

aquellos en los cuales existe alguna respuesta pero que choca con la moral.

Nuestro autor establece que 'hay una serie de características de los sistemas jurídicos de los Estados contemporáneos (especialmente, y aunque esto resulte paradójico, de los Estados de Derecho con mayor carga social y democrática) que permite explicar por qué se producen casos trágicos. Por un lado, la ampliación de los derechos y, en particular, la irrupción de derechos de contenido social y económico se traduce normativamente en la proliferación de directrices y reglas en fin que tiene una mayor fuerza expansiva –y, por tanto, una mayor propensión a generar contribuciones- que las "tradicionales" normas "condicionales" o normas de acción'⁷⁷. Mencionando, de esta manera, la multiplicidad de principios que a raíz de un conflicto determinado puedan verse afectados en uno u otro sentido. Pero que necesariamente ante dicha disyuntiva el juez deba decidir mediante criterios de ponderación, que a su vez deban estar justificados tanto interna como externamente.

Por otro lado –continúa diciendo-, 'los órganos judiciales siguen estando configurados (...) como instancias que deben resolver conflictos no buscando simplemente un compromiso entre los intereses en juego, sino un equilibrio entre valores que nos son negociables; además, la tendencia creciente a fundamentar las decisiones en una forma cada vez más exigente dificulta que las posibles contradicciones puedan mantenerse ocultas'⁷⁸.

Para concluir, dice: '...las constituciones contemporáneas, en la medida en que se tratan de representar todo el espectro de los valores vigentes en la sociedad, esto es, en la medida en que pretenden ser constituciones "para todos", incorporan necesariamente valores –valores últimos- de signo contrapuesto; por ejemplo, en el caso de la Constitución española, tanto de valores de

⁷⁷ Ibid., p. 27.

⁷⁸ Idem.

tipo liberal como valores igualitarios de signo socialista en sentido amplio⁷⁹.

Estas consideraciones y, sobre todo, el análisis de los casos trágicos, nos hacen reflexionar sobre el papel relevante de los jueces en los sistemas jurídicos, sobre todo, el papel de estos en el Estado Constitucional de derecho. Pues cuando un caso trágico se presenta, la construcción del derecho, por parte de los tribunales, se vuelve viva y no estática ni inmutable como pretendía las ideas ilustres.

Se pone de relieve la importancia que tiene la justificación a la que los jueces están obligados cuando deciden sobre los casos sea fáciles, difíciles o trágicos, en los tres la argumentación se vuelve fundamental para poder legitimar su actividad.

Pues como señala el propio autor, '...la conciencia de lo trágico (aplicado al caso de los jueces) –y el sentimiento de malestar que lo acompaña- puede muy bien servir de revulsivo para incitar al juez a cumplir con sus deberes como ciudadano, esto es, con su deber de contribuir a modificar el mundo social de manera que disminuya lo trágico en el Derecho (en ese sentido, cabe decir que no se puede ser buen juez si no se es también un buen ciudadano)⁸⁰.

VII. Bibliografía.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª reimp., 1997.

- *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, No. 6, 1997.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Ibid., p. 28.

- *La argumentación jurídica en un caso difícil. La huelga de hambre de los "Grapo"*, en Revista 'Jueces para la Democracia. Información y Debate', núm. 9, Madrid, 1990.

- *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000, 5ª reimp.

- *El sentido del Derecho*, Barcelona, 2003, 2ª edición.

ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Cívitas, 1985.

CARDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

FORERO FORERO, Claudia Helena, *Derecho natural: verdadero derecho para el realismo jurídico clásico*, [en línea], 28 de septiembre de 2004, [citado 22 de abril de 2006], Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 7, formato PDF, disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero7/7-7.pdf>, p. 118.

GONZALEZ SOLANO, Gustavo, *¿Por qué la Práctica del derecho por parte del Juez es Absolutamente Irrealizable?*, [en línea] 16 de julio de 2003, [citado 18 de abril de 2006], Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 6, formato PDF, disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero6/racional.htm>.

GOMEZ MONTORO, Ángel José, *El derecho a una resolución motivada y congruente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *La Constitución y la practica del derecho*, ARAGÓN REYES, Manuel y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián, coords., Pamplona, 1998.

GUASTINI, Ricardo, *¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?*, en *Estudios Sobre la Interpretación Jurídica* del mismo autor, México, 2ª edición, 2004.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

LIONETTI DE ZORZI, Juan Pablo, *La toma de decisión en la Argumentación Jurídica (breves apuntes para una aproximación al tema)*, [en línea], 31 de julio de 2004, [citado 18 de abril de 2006], Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 7, formato PDF, disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero7/4-7.pdf>.

- *Razonamiento jurídico y toma de decisión. Breves notas acerca de la influencia de la racionalidad y la irracionalidad en la decisión judicial*, [en línea], [citado 18 de abril de 2006], Revista Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, Universidad Carlos III de Madrid, No. 3, invierno de 2005/2006, formato PDF, disponible en: http://www.revistauniversitas.org/n03/03-02_lionetti.pdf.

NAVARRO, Pablo E., *Sistema Jurídico, Casos Difíciles y Conocimiento del Derecho*, en Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, núm. 14, Alicante, Universidad de Alicante, 1993.

NIETO, Alejandro, *El arbitrio Judicial*, Barcelona, Ariel Derecho, 2000.

MALEM SEÑA, Jorge F., *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?*, en Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, núm. 24, Alicante, Universidad de Alicante, 2001.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, *Teorías de la argumentación jurídica: una visión retrospectiva de tres autores*, [en línea] 7 de noviembre de 2004, [citado 18 de abril de 2006], Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 8, formato PDF, disponible en: <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero8/11-8.pdf>.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *Jueces, Derecho y Política. Los Poderes del Juez en una Sociedad Democrática*, Navarra, 2004.

OST, Francois, *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*, traducción de Isabel Linfante Vidal, en Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, núm. 14, Alicante, Universidad de Alicante, 1993.

PÉREZ LLEDO, Juan A., *El movimiento "Critical Legal Studies"*, Madrid, Tecnos, 1996.

PORTELA, Mario Alberto, *Argumentación y sentencia*, en Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho, núm. 21-II, Alicante, Universidad de Alicante, 1998, p. 338.

PRIETO SANCHÍS, Luís, *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara, 1997.

RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

RUIZ SANZ, Mario, *El mito de la Justicia: Entre dioses y humanos*, [en línea], octubre de 2005, [citado 22 de abril de 2006], Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho No. 11/2005, formato PDF, disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/11/ruiz.pdf>.

VIDAL GIL, Ernesto J., *Los Conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Valencia, Universitat de València, 1999.

VIGO, Rodolfo Luís, prólogo al libro *Interpretación Constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), México, Porrúa, 2005.