

LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO

Manuel Segura Ortega*

Universidad de Santiago de Compostela

El tema de la justificación del Derecho puede ser contemplado desde una doble perspectiva. En primer lugar, la atención puede dirigirse al contenido de las normas; en este caso la justificación afecta al conjunto de las normas que integran un determinado sistema jurídico (o a una parte de ellas). En segundo lugar, la justificación puede referirse a las decisiones jurídicas, esto es, a la actividad que realizan los sujetos que aplican el Derecho. Aunque en ambos casos se trata de justificar -normas o decisiones- no parece que nos encontremos ante actividades que puedan equipararse de una manera total. Por eso es preciso distinguir dos momentos diferentes en la justificación: en una primera fase la pretensión básica de todo acto de justificación consiste en ofrecer razones convincentes para legitimar el contenido de una norma de modo que la misma pueda presentarse como aceptable, valiosa, útil, correcta o justa. En un segundo momento, cuando se justifica una determinada decisión jurídica, también se trata de ofrecer razones que justifiquen el sentido del fallo pero en este caso parece que la actividad del sujeto está más limitada porque los argumentos que pueden utilizarse son más reducidos. En efecto, el sujeto que decide una determinada controversia jurídica debe moverse dentro del marco de legalidad de manera que, en principio, toda decisión tiene que estar fundamentada en las normas que forman parte del sistema. En definitiva, el principio de vinculación de los jueces a la ley determina y limita el marco de justificación posible de cualquier decisión.

Teniendo en cuenta la distinción propuesta me referiré en primer lugar a la justificación de las normas. Parece indiscutible que la creación del

* Facultad de Derecho.

Derecho -de todo Derecho, cualquiera que sea su contenido- siempre está sometida de una u otra forma a un proceso justificatorio. De ahí que pueda afirmarse que “el legislador no se limita a *poner* las normas, sino que se preocupa de justificarlas de distintas maneras (con la exposición de motivos que acompaña al proyecto de ley, con la propaganda, etc.). A la necesidad de justificación no se sustrae ningún legislador, ni aún siquiera el despótico” (1). Por tanto, puede decirse que el Derecho es un tipo de realidad que precisa ser justificada. Antes de continuar creo que es necesario aclarar qué es lo que debe entenderse por justificación porque muchas veces se da por supuesto y el término se utiliza con distintos sentidos lo que, inevitablemente, provoca ciertas confusiones. Parece que la justificación “conciene a aquello que es a la vez discutible y discutido” (2). En este sentido se distingue claramente de la evidencia, por un lado, y de la arbitrariedad, por otro. La evidencia no precisa justificación ya que se impone de un modo inexorable mientras que la arbitrariedad implica la ausencia total de justificación. La premisa básica de todo acto de justificación se encuentra en la existencia de una multiplicidad de alternativas. Aquel que justifica algo siempre tiene que elegir y, precisamente, la elección que se realiza y a la que se da preferencia sobre las demás es la que se tiene que justificar. Habitualmente suele producirse una identificación entre justificación y racionalidad, es decir, se presupone que toda justificación es de alguna manera racional. No obstante, es necesario indicar que la racionalidad no es un elemento que forme parte de la justificación de un modo necesario (3). Sin embargo, los juristas han tratado de justificar el Derecho presuponiendo la intrínseca racionalidad del mismo. Esta idea tiene su origen en los inicios del siglo XIX y se canaliza a través del proceso de codificación. La idea de que el legislador actúa racionalmente cuando crea las normas jurídicas se utilizó para justificar el nuevo modelo de Derecho que se consagra con la aparición del Estado liberal. El Derecho no reflejaría ya la voluntad más o menos caprichosa e incluso

(1) S. COTTA, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, Madrid, CEURA, 1987, trad. de A. Fernández-Galiano, pág. 54.

(2) Ch. PERELMAN, “Jugements de valeur, justification et argumentation”, en su *Justice et Raison*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1963, págs. 236-237.

(3) De hecho, en determinadas ocasiones, puede haber justificaciones irracionales. Por otra parte, también pueden justificarse acciones por motivos diferentes a su racionalidad: por ejemplo, la tradición, la autoridad, la utilidad, etc.

arbitraria de los titulares del poder político sino que, por el contrario, responde a criterios exquisitamente racionales (4).

Se trata, por tanto, de una instancia legitimadora para el nuevo modelo de Derecho y Estado que surge a partir del siglo XIX. Es el modelo que realiza de una u otra forma los ideales del iusnaturalismo racionalista y que se enfrenta abiertamente a la concepción absolutista de los siglos anteriores. En la nueva concepción triunfante puede hablarse tanto de racionalidad formal como material. El contenido del Derecho es intrínsecamente racional porque su establecimiento se fundamenta en principios sustanciales de los que puede predicarse una racionalidad absoluta (por ejemplo, la igualdad ante la ley, la separación de poderes, el reconocimiento de ciertos derechos, etc.). Al mismo tiempo los procedimientos utilizados para la creación, interpretación y aplicación del Derecho garantizan adecuadamente la consecución de los fines y objetivos que aparecen previamente explicitados en las normas. El resultado fue la construcción de un auténtico sistema completo, coherente y dotado de unidad. Por todo esto la ley se presenta como “una perfecta síntesis de racionalidad y autoridad, de razón y voluntad común al mismo tiempo, como el consenso de la comunidad sobre el Derecho” (5). De cualquier modo, el postulado de la racionalidad del legislador -aunque todavía sigue cumpliendo importantes funciones en la interpretación del Derecho- se ha debilitado considerablemente con el trascurso de los años. Ello significa que ha dejado de utilizarse como criterio -o, al menos, se utiliza en menor medida- para la justificación del Derecho. En definitiva, la justificación no se refiere de un modo inmediato a la racionalidad o irracionalidad de una acción o norma, sino que pretende sobre todo que tal acción o norma sea aprobada

-
- (4) Sobre el postulado de la racionalidad del legislador puede verse M. CALVO GARCIA, “La voluntad del legislador. Genealogía de una ficción hermenéutica”, *Doxa*, 1986, págs. 113-127; *Idem*, “Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador”, *Anuario de filosofía del Derecho*, 1986, págs. 101-132; J. I. MARTINEZ GARCIA, “Decisión jurídica y argumento de autoridad”, *Anuario de filosofía del Derecho*, 1984, págs. 149-157; Z. ZIEMBINSKI, “La notion de rationalité du législateur”, *Archives de philosophie du droit*, 1978, págs. 175-187; F. OST y M. Van de KERCHOVE, “Rationalité et souveraineté du législateur”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1985, págs. 227-251 y L. NOWAK, “De la rationalité du législateur comme élément de l’interprétation juridique”, en *Etudes de logique juridique (vol. III)*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1969, págs. 65-86.
- (5) N. HORN, “Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation”, *Rechtstheorie*, 1975, pág. 151.

y, en consecuencia, aceptada como valiosa por los sujetos a los que se dirige el discurso justificativo. Por todo ello puede afirmarse que la justificación del Derecho puede ser racional o irracional (6). Sin embargo, como consecuencia de las concepciones jurídicas dominantes durante el siglo XIX se produjo una identificación total entre racionalidad y justificación, identificación que resulta inaceptable por las razones apuntadas.

Realizadas estas aclaraciones previas vamos a ver cuáles son los procedimientos que pueden emplearse para la justificación del Derecho. Naturalmente no pretendo exponer aquí los variadísimos criterios que se han utilizado para la justificación de normas jurídicas. Baste señalar que históricamente los sistemas jurídicos han sido justificados *de facto*, acudiendo a motivos muy dispares. En este sentido podría hablarse de justificaciones más o menos convincentes en función de los argumentos empleados, pero parece que siempre ha existido la necesidad de justificar de uno u otro modo el Derecho (7). Prescindiendo de las distintas razones de fondo - y de las sinrazones, también de fondo- que han servido para justificar la realidad jurídica en los diferentes períodos históricos podría decirse que se han utilizado dos modos fundamentales: la justificación intrasistemática, interna o jurídica y la justificación extrasistemática, externa o extrajurídica (8).

La denominada justificación jurídica presupone siempre la utilización de principios o criterios que forman parte del sistema jurídico. Una norma está justificada si puede encajar dentro del ordenamiento jurídico conforme a las directrices que el propio sistema establece. En principio la justificación jurídica puede referirse al contenido de la norma, a la autoridad que la crea

-
- (6) G. BELLUSSI ha afirmado que la justificación en el Derecho supone "una toma de posición que puede ser racional o irracional a la vista de los contenidos que son, después de todo, los intereses en conflicto en la esfera comunitaria". Por eso la justificación es, fundamentalmente, un acto de carácter político; "La justification en droit", en *Le raisonnement juridique*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1971, ed. a cargo de H. Hubien, pág. 230.
- (7) Una exposición de los diferentes argumentos que se han utilizado para la justificación del Derecho puede verse en la obra de S. COTTA, *Justificación y obligatoriedad de las normas*, cit., págs. 35 y ss. Por lo que se refiere al Derecho penal puede verse el sugerente libro de L. FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995, trad. de A. Ruiz Miguel y otros.
- (8) Utilizo la distinción que fue propuesta hace algunos años por I. TAMMELO y L. PROTT, "Giustificazione giuridica ed extragiuridica", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965, trad. de I. Tebaldeschi, págs. 224 y ss.

o al procedimiento que se sigue para su elaboración. De todos modos, esta triple dimensión -contenido, autoridad y procedimiento- está siempre presente. En el primer caso la norma se justifica si su contenido no vulnera lo establecido por otra norma jerárquicamente superior, es decir, se trata de comprobar que no hay incompatibilidad entre ambas normas y que la norma inferior desarrolla los principios explicitados genéricamente en la norma superior. En cualquier caso, esta operación tiene una naturaleza sustancial porque el examen de compatibilidad entre normas implica la realización de juicios de valor acerca de su contenido, es decir, que no estamos en presencia de una mera comprobación formal. Cuando la justificación jurídica se refiere al órgano creador de la norma hay que averiguar la legitimidad competencial del que produce la norma, esto es, se trata de mostrar que el órgano en cuestión tiene reconocida por el sistema la capacidad para la creación de normas. Por último, cuando la justificación jurídica se dirige al procedimiento es necesario comprobar que se han cumplido las reglas procedimentales predeterminadas por el propio sistema. Verificado tal cumplimiento el acto productor de Derecho quedará plenamente legitimado o justificado.

De lo dicho anteriormente puede inferirse que la justificación jurídica siempre se mueve dentro del marco establecido por el propio ordenamiento jurídico y, por tanto, este tipo de justificación jamás cuestiona la validez del mismo. Aarnio decía en este sentido que “la validez de las normas jurídicas es por lo común un *fundamento que viene ya dado* y que será puesto en duda rara vez” (9). Por eso la justificación jurídica tiene la función de verificar la pertenencia de las normas al sistema y el cumplimiento de los requisitos exigidos para la creación del Derecho. Por el contrario, “la justificación extrajurídica puede referirse al valor moral, prudencial, utilitario, etc., de la ley, pero no a la validez jurídica de la misma” (10). En este sentido parece indiscutible que la justificación extrajurídica es más crítica y menos conformista que la jurídica porque no está sujeta a unos límites tan estrictos. En definitiva, se trata de una evaluación externa del sistema que no está condicionada por las reglas del mismo y que otorga una mayor libertad de

(9) A. AARNIO, “Sobre la racionalidad de la racionalidad. Algunas observaciones sobre la justificación jurídica”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1983-84, trad. de M. Escamilla, pág. 5.

(10) I. TAMMELO y L. PROTT, “Giustificazione giuridica ed extragiuridica”, cit., pág. 235.

actuación. La diferencia entre ambos tipos de justificación se encuentra en los argumentos que utilizan. En el caso de la justificación jurídica se produce siempre una apelación mediata o inmediata al argumento de autoridad. De ahí que pueda decirse que “la apelación a la ley es siempre y al mismo tiempo *argumentum ab auctoritate*” (11). Lo que ha sucedido con cierta frecuencia es que la ley ha sido concebida como un producto racional y, en consecuencia, el argumento de autoridad aparecía camuflado en la medida en que la justificación jurídica se presentaba como racional. Naturalmente, ello no significa que “el recurso a la *auctoritas* se oponga a la razón” (12), sino sencillamente que la autoridad, a pesar de su prestigio, puede ser irracional en determinadas ocasiones y, por tanto, no es posible una identificación total entre racionalidad y autoridad.

Por el contrario, la justificación extrajurídica no se encuentra constreñida por los límites establecidos en la ley y, por consiguiente, los argumentos que eventualmente puede utilizar son mucho más numerosos y variados. En cierto sentido la justificación extrajurídica es más completa ya que la justificación jurídica se presenta siempre como insuficiente y aunque sea necesaria no puede dar cuenta de la razón última del Derecho ni de su fuerza de obligar que, en definitiva, es lo que constituye el objeto de la justificación. Y no puede hacerlo porque parte de ciertas premisas que se imponen inexorablemente como auténticos dogmas. Parece, por tanto, que la justificación extrajurídica es la más importante y decisiva, al menos desde una perspectiva axiológica. Sin embargo, conviene insistir en la idea de que la justificación extrajurídica no precisa ser racional de un modo necesario, es decir, la racionalidad no puede erigirse en el requisito fundamental de toda justificación. Lo que sí puede decirse es que la justificación de las normas tiene siempre un carácter provisional. Una prueba en este sentido es la variabilidad del contenido del Derecho. A través de ella se demuestra que lo que en un momento determinado puede estar justificado deja de estarlo cuando cambian las circunstancias. De ahí que sea difícil -por no decir imposible- lograr que cualquier tipo de justificación tenga carácter absoluto.

(11) N. HORN, “Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation”, cit., pág. 152.

(12) R. PEREZ PERDOMO, “L’argument d’autorité dans le raisonnement juridique”, *Archives de philosophie du droit*, 1971, pág. 232.

Si ahora dirigimos nuestra atención a las decisiones jurídicas también puede afirmarse que su adopción está sometida a un proceso de justificación. De hecho, casi todas las teorías de la argumentación jurídica (13) han prestado una especial atención a la justificación y control de la actividad judicial. En todas ellas puede observarse una gran preocupación por las cuestiones materiales lo cual ha supuesto el abandono de la llamada lógica formal como instrumento para explicar el proceso decisorio. Esto significa que el ropaje formal de las decisiones ha pasado a un segundo plano. Lo que verdaderamente interesa es el estudio de los motivos reales que condicionan el sentido y contenido de las decisiones jurídicas así como los criterios que emplea el juez y los métodos que se pueden utilizar para lograr un efectivo control. De ahí que se considere que lo más importante en el marco de la argumentación jurídica es la llamada -en terminología de Wróblewski (14)- justificación externa, esto es, la búsqueda y el establecimiento de las premisas que sirven de fundamento a la decisión.

La llamada justificación interna tendría, por el contrario, una relevancia secundaria porque depende de la primera y, sobre todo, porque su realización no plantea grandes problemas. En este sentido ha dicho Aarnio con razón que "la cuestión de si el resultado de la interpretación se sigue o no lógicamente, es decir, internamente, sobre la base de algunas premisas materiales y algunas reglas de inferencia y valores es, en sí misma, trivial. Siempre es posible construir *ex post* este trasfondo de premisas, reglas y valores. Pero, la dificultad que divide a los intérpretes en diferentes campos está vinculada, por una parte, con la elección y el contenido de las premisas y, por otra, con la manera cómo se eligen los principios adecuados de inferencia o los valores básicos. El problema del discurso jurídico se concentra pues en la justificación externa" (15).

(13) Un examen general de las teorías de la argumentación jurídica puede verse en M. ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. También U. NEUMANN, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986; J. A. GARCIA AMADO, "Del método jurídico a las teorías de la argumentación", *Anuario de filosofía del Derecho*, 1986, págs. 151- 182 y M. CALVO GARCIA, *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, especialmente págs. 216-246.

(14) J. WROBLEWSKI, "Legal syllogism and rationality of judicial decision", *Rechtstheorie*, 1974, págs. 33-46. En castellano pueden verse sus trabajos recogidos en *Sentido y hecho en el Derecho*, Universidad del País Vasco, 1989, trad. de J. Igartua y F. J. Ezquiaga Ganuzas.

(15) A. AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, trad. de E. Garzón Valdés, pág. 168.

La decisión implica siempre la posibilidad de optar entre distintas alternativas; en este sentido decidir es elegir y, por tanto, supone preferir una solución frente a las otras que también aparecen como posibles. La actividad judicial puede caracterizarse como un proceso en el que el sujeto llamado a decidir selecciona diversas alternativas que se refieren a normas, hechos y valores. En principio, las decisiones representan la aplicación de normas que, de uno u otro modo, condicionan el sentido de la resolución. De ahí que las normas se presenten como el marco de justificación de las decisiones y por eso parece que hay -o debe haber- alguna conexión entre ellas. La decisión implica siempre un proceso de individualización en el que las prescripciones generales y abstractas contenidas en las normas se actualizan respecto de conductas concretas y sujetos determinados. Naturalmente, la posibilidad de adoptar una decisión prescindiendo de cualquier tipo de norma es, desde luego, factible. Sin embargo, en el ámbito jurídico -y especialmente en el marco de los Derechos modernos- no existe ninguna decisión que carezca de fundamentación normativa. Las resoluciones judiciales, al menos formalmente, apelan siempre a las normas que forman parte del sistema; precisamente la referencia normativa constituye el criterio fundamental de la justificación de la decisión. El hecho de que una decisión se adopte siguiendo normas favorece la eliminación de la arbitrariedad porque remite a un criterio que trasciende la esfera personal del sujeto que va a decidir. Sin embargo, parece que la fundamentación normativa no es suficiente: se trata de justificar decisiones y para ello no basta ni la legalidad formal del fallo ni el prestigio de la autoridad que lo pronuncia. En este sentido se ha dicho que "históricamente, con la emergencia del *Ruel of Law* y la aparición del *Rechtsstaat*, la decisión judicial ha evolucionado claramente desde la autoridad del que toma la decisión a la importancia de la decisión razonada" (16) o, lo que es lo mismo, justificada. Por supuesto, las condiciones que acaban de mencionarse -legalidad del fallo y autoridad- son necesarias y, en este sentido, son requisitos de la justificación, pero no constituyen la justificación misma. Por eso "el decisor no puede apoyarse en una mera autoridad formal. En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la

(16) G. BERGHOLTZ, "Ratio et auctoritas: Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas", *Doxa*, 1990 (nº 8), pág. 75.

administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones” (17).

Pero la justificación de decisiones no se detiene en la ley. Es cierto que todas las decisiones judiciales vienen determinadas por la ley en algún sentido; toda resolución judicial se presenta siempre como la consecuencia de la aplicación previa de una serie de normas. En este sentido el control de legalidad (formal) de una decisión se supera con facilidad. Por eso decía Ross que el jurista tiene que saber “como justificar técnicamente, mediante argumentos interpretativos, la solución jurídica que considera justa o deseable. Pero sería un error aceptar los argumentos técnicos como si fueran las razones verdaderas. Estas deben ser buscadas en la conciencia jurídica del juez o en los intereses defendidos por el abogado. La función de los métodos de interpretación es establecer límites a la libertad del juez. Ellos determinan el área de soluciones justificables” (18). Por otra parte, no se puede olvidar que, en determinadas ocasiones, el sujeto que va a aplicar el Derecho ya tiene preconcebida una solución y sólo después utiliza los distintos criterios hermenéuticos que permiten justificarla. Por eso se ha dicho acertadamente que los métodos interpretativos “son siempre polivalentes y la única función que cumplen es posibilitar al juez el justificar la solución del caso que previamente ha decidido” (19). En definitiva, ni las razones normativas ni los criterios interpretativos determinan de un modo total el contenido de la decisión. Son, desde luego, instrumentos que se ponen al servicio del intérprete y que éste puede utilizar con amplia libertad, pero, por sí solos, no pueden explicar por qué se ha tomado una determinada decisión. Con ello quiero decir que en el proceso que conduce a la decisión existen ciertos elementos que escapan a toda previsión normativa pero que influyen en el contenido de la resolución final. Esta circunstancia hace más urgente la necesidad de presentar justificaciones alternativas o, por lo menos, justificaciones más completas.

En todos los sistemas jurídicos actuales -me refiero naturalmente a los sistemas democráticos de nuestro entorno- los jueces tienen la obligación

(17) A. AARNIO, *Lo racional como razonable*, cit., pág. 29.

(18) A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA (4ª ed.), 1977, trad. de G. R. Carrió, pág. 148.

(19) F. J. EZQUIAGA GANUZAS, “Los juicios de valor en la decisión judicial”, *Anuario de filosofía del Derecho*, 1984, pág. 50.

de motivar sus decisiones (20). Nuestra Constitución, por ejemplo, establece este deber en el art. 120.3 de un modo explícito. La acción de motivar consiste en ofrecer las razones que determinan un comportamiento; se trata, pues, de que los *otros* sepan por qué se adopta una decisión. Creo que la motivación de las decisiones es la vía a través de la cual se produce la justificación de las mismas hasta el punto de que ambos términos son intercambiables. Lo primero que podría decirse es que la motivación constituye una garantía efectiva que proporciona seguridad a los ciudadanos en el sentido de que éstos tienen la posibilidad de conocer cuáles son las razones que determinan el contenido de las resoluciones. Esta afirmación vale tanto para la justificación interna como para la justificación externa. Como ha señalado Wróblewski "toda actividad es controlada, por lo menos desde el punto de vista de su racionalidad interna. Incluso el juez que decide en el ámbito de márgenes jurídicamente protegidos debe realizar una decisión racional, esto es, en este contexto, una decisión justificable" (21). Sin embargo, la justificación externa es la que presenta mayores problemas. En efecto, la obtención de la decisión partiendo de determinadas premisas no es demasiado complicada: lo que resulta más problemático es el establecimiento de las premisas no sólo porque condicionan el sentido de la resolución, sino también porque siempre se pueden utilizar premisas de contenido diferente e incluso contradictorio.

De cualquier modo, la necesidad de justificar todas las decisiones jurídicas implica una limitación importante en la actuación judicial porque exige de los jueces la explicitación de las razones que determinan su fallo. No basta, pues, con la autoridad, sino que es preciso que justifique todas las elecciones y valoraciones que realiza a lo largo del proceso. Pero, además, la justificación de la decisión está también sujeta a ciertas limitaciones en la medida en que sólo son admisibles determinados argumentos. Con carácter general puede hablarse de una justificación normativa que deriva del principio de vinculación de los jueces a la ley. El término ley es entendido aquí en un sentido amplio, es decir, comprende todas las fuentes que en un determinado sistema están admitidas como fundamento de las decisiones jurídicas. La

(20) Sobre la motivación de las decisiones jurídicas pueden verse los trabajos recogidos en Ch. PERELMAN y P. FORIERS (eds.), *La motivation de décisions de justice*, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1978.

(21) J. WROBLEWSKI, «Problemas teóricos e ideológicos en el control de la decisión judicial», en su *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pág. 241.

motivación de toda sentencia debe incluir necesariamente la apelación a alguna de estas fuentes. Por supuesto, ello no significa que no puedan utilizarse otro tipo de argumentos y, de hecho, es frecuente encontrar junto a la fundamentación normativa otras razones que justifican la adopción de una decisión; por ejemplo, su justicia, razonabilidad, oportunidad, corrección, etc. Pero en todo caso la invocación que se pueda hacer a estas u otras razones tiene un carácter complementario ya que por sí mismas no pueden constituir el fundamento de la decisión.

En este sentido ha dicho Aarnio que “no hay medios universalmente aplicables que permitan *controlar* un argumento tal como el de la razonabilidad de la solución. Sin poner en peligro la estabilidad, no es posible tomar una decisión jurídica o explicarla totalmente dejando de lado la ley y aduciendo sólo la razonabilidad, la equidad u otros fines considerados muy valiosos. La decisión jurídica crea siempre un equilibrio entre la letra de la ley y otros factores que influyen en el asunto” (22). La consecuencia que se deriva de una ausencia de fundamento normativo en el sentido indicado es la revisabilidad de la sentencia. Sin embargo, parece que no hay ningún juez que prescinda en la motivación de su fallo de las normas y principios que forman parte del sistema. Por tanto, la situación descrita es más hipotética que real pero parece indudable que la obligación de justificar decisiones partiendo de normas y principios del ordenamiento jurídico constituye un límite a la actividad judicial. De todos modos, las razones normativas que se invocan para la justificación de las decisiones no son suficientes. En la actualidad parece que la exigencia de justificación de las resoluciones comprende la utilización de otros criterios que no se derivan directamente de las normas. Por eso, “en los Estados modernos (del bienestar) los jueces, o los tribunales en general, ejercen su responsabilidad *justificando* sus decisiones de una forma bien conocida. Esta y solo ésta les garantiza la autoridad necesaria en su función. La simple referencia a los textos jurídicos o a otros materiales estrictamente autoritativos no es suficiente. La gente pide más, y plantea una cuestión adicional: ¿~por qué? La única respuesta a *aquella* cuestión es usar argumentos apropiados (razones). Por eso en todas las sociedades modernas se ha incrementado la importancia del razonamiento

(22) *Lo racional como razonable*, cit., págs. 34-35.

jurídico" (23). Por consiguiente, parece que la justificación exclusivamente jurídica es insuficiente; constituye tan sólo una condición indispensable cuya misión es establecer la barrera o límite que el juez no puede traspasar, pero por sí misma resulta insatisfactoria. En este sentido podría decirse que es necesario justificar la propia justificación. Esto es lo que Peczenik ha llamado la justificación profunda o última (*tiefgehende Rechtsfertigung*) (24).

Adviértase, no obstante, que la justificación de la que se está hablando nada tiene que ver con la racionalidad. Lo mismo que se dijo respecto de la justificación del Derecho es de aplicación a la justificación de la decisión. Cuando se invoca la ley o cualquier otra fuente reconocida como fundamento de la decisión se está apelando a un argumento de autoridad que se impone de un modo inexorable, es decir, se acepta que la norma es la razón que justifica la resolución. En última instancia, se produce la legitimación de la actuación del legislador que desemboca en lo que Vernengo ha llamado el "conformismo burocrático". Según este autor "la ideología básica -presupuesta siempre, pero rara vez enunciada- es el conformismo: el juez que respeta la ley sea cual fuere su tenor axiológico y político, lo que en verdad respeta es a quien ejerce efectivamente el poder, ayer, hoy o mañana" (25). Por supuesto, no quiero decir que tal respeto no deba producirse porque, al fin y al cabo, constituye o debe constituir el principio fundamental de toda actuación judicial, pero inferir de este punto de partida la racionalidad de la decisión es, sencillamente, falso. El respeto a la ley no garantiza la racionalidad de la decisión en un doble sentido: en primer lugar, porque la norma puede ser irracional con independencia de su origen y, en segundo lugar, porque en el

(23) A. AARNIO, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *Doxa*, 1990 (nº 8), trad. de J. Aguiló, pág. 26. También puede verse del mismo autor "Das regulative prinzip der Gesetzauslegung. Überlegungen zum Problem der einzig richtigen Entscheidung", *Rechtstheorie*, 1989, págs. 409-431 y "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *Doxa*, 1987, págs. 109-117. En parecidos términos se expresa N. MACCORMICK, "Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico", en J. BETEGÓN y J. R. PARAMO (coords.), *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, trad. de M. Atienza y J. Ruiz Manero, pág. 20.

(24) A. PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien-New York, Springer, 1983. Al inicio de su obra afirma que el título de su libro debiera haber sido "La justificación de la justificación jurídica". Sobre las condiciones para conseguir la justificación profunda, págs. 167 y ss. Sobre este asunto puede verse también su obra *On law and reason*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1989, especialmente el capítulo 4º, págs. 158-212.

(25) R. VERNENGO, *La interpretación jurídica*, Méjico, U.N.A.M., 1977, pág. 109.

proceso decisorio influyen una serie de elementos que no están contenidos en la ley pero que determinan de alguna manera el fallo judicial. Estos elementos no pueden ser controlados de un modo eficaz en la medida en que permanecen ocultos pero, indudablemente, pueden provocar un déficit de racionalidad en relación con la decisión. Por eso, el respeto formal a la ley no implica necesariamente la racionalidad de la decisión judicial. Además no se puede olvidar que con cierta frecuencia la justificación de decisiones se realiza apelando a ciertos criterios de oportunidad. Muchas veces las resoluciones judiciales tratan de buscar un equilibrio entre los diferentes intereses que se encuentran en conflicto. Para evitar la producción de ciertos efectos que pueden generar tensiones en el seno del grupo social se adoptan soluciones cuya pretensión fundamental es la de satisfacer al mayor número de sujetos.

En la actualidad la justificación normativa se muestra insuficiente en el sentido de que la decisión debe ir acompañada de otras razones que no proceden de la ley. Se dice una y otra vez que las soluciones ofrecidas no sólo deben ser conformes a la ley sino que al mismo tiempo han de ser razonables o correctas. La razonabilidad se presenta así como un criterio de justificación de las decisiones. Aunque se trate de un concepto impreciso, vago y variable puede utilizarse para la obtención de decisiones. Con carácter general todas las decisiones deben ser razonables; naturalmente esto no implica que sea posible el hallazgo de una única solución, es decir, que puede haber dos o más soluciones que se presenten como razonables. El límite viene establecido más bien en sentido contrario, esto es, cuando la decisión es irrazonable. Por eso “cuando la aplicación estricta de la ley dé lugar a consecuencias inaceptables... se intentará por todos los medios, utilizando incluso las ficciones jurídicas, evitar esas consecuencias irrazonables” (26). El único inconveniente lo encontramos a la hora de determinar qué es lo razonable y lo irrazonable pues tales conceptos sólo tienen sentido cuando se proyectan sobre realidades concretas. Por eso, “la idea de lo irrazonable vaga pero indispensable, no puede ser precisada independientemente del medio y de lo que este último considera como inaceptable” (27). Esto significa

(26) Ch. PERELMAN, “Le raisonnable et le déraisonnable en droit”, *Archives de philosophie du droit*, 1978, pág. 39.

(27) *Ibidem*, pág. 42.

que una decisión sólo puede ser razonable en un contexto muy determinado tanto temporal como espacialmente, lo cual limita considerablemente el alcance de la razonabilidad en el sentido de que no puede existir ninguna pretensión, no ya de universalización, sino ni tan siquiera de generalización.

De cualquier modo, lo cierto es que las doctrinas que utilizan la razonabilidad o lo razonable como punto central de su argumentación se quedan en un alto grado de indeterminación porque no acaban de precisar cuándo y en qué condiciones es posible hablar de una decisión razonable. Nos encontramos ante un concepto claramente indeterminado que, además, posibilita la justificación de varias decisiones simultáneamente, es decir, que la razonabilidad se presenta como una exigencia de la justificación pero no dice cuál de las decisiones razonables debe ser preferida. Esta conclusión podría afectar a la propia estructura de la justificación hasta el punto de hacerla superflua. Como dice Aarnio el hecho de que exista la posibilidad de interpretaciones -y, por tanto, decisiones- alternativas “parecería poner en tela de juicio la idea misma de justificación ¿Qué sentido tiene la justificación en general, si en el mejor de los casos, sólo puede producir una serie de propuestas alternativas, todas igualmente válidas? Estamos, pues, bordeando la idea de que la justificación da lugar a la arbitrariedad. No existe una base racional para la justificación de un punto de vista interpretativo en la dogmática jurídica” (28). Estoy de acuerdo con esta idea pero la aceptación de la misma debilita considerablemente la exigencia de justificación hasta el punto de que puede convertirse en una mera exigencia de carácter formal (29). En todo caso puede afirmarse que la justificación que tiene lugar en el proceso decisorio es siempre parcial, revisable y, en última instancia, posee validez relativa.

Si aceptamos esta idea como punto de partida parece evidente que el control que puede realizarse sobre la justificación de decisiones jurídicas es ciertamente relativo. Me parece que la finalidad básica del control de la actividad judicial es la de evitar que las sentencias sean arbitrarias. Se trata de que el juez se comporte en todo momento de acuerdo con las reglas y

(28) *Lo racional como razonable*, cit., pág. 209.

(29) Este es el camino que parecen seguir las doctrinas que conciben la teoría de la argumentación jurídica como una teoría procedimental en las que la justificación queda reducida a la comprobación del cumplimiento de ciertas reglas.

principios que forman parte del sistema. Ya he dicho que nadie discute el principio de vinculación de los jueces a la ley y, por tanto, esta sumisión implica una cierta garantía en relación con la conducta judicial. En este sentido puede hablarse de la existencia de ciertas reglas objetivas -fundamentalmente de carácter procesal- que determinan la actuación judicial de un modo absoluto. El incumplimiento de las mismas implica la revisabilidad de la sentencia y, por tanto, la existencia de tales reglas supone la posibilidad de realizar un control efectivo. Por lo menos se trata de un control que se dirige a todos y cada uno de los actos que realiza el juez. Desde esta perspectiva puede decirse que el comportamiento del juez es siempre predecible por lo que respecta a la mayoría de los pasos que da en el proceso. Parece, pues, que el control de la actividad judicial tiene mucho que ver con la previsibilidad.

Sin embargo, la predecibilidad de la que se puede hablar se proyecta fundamentalmente sobre el procedimiento y no sobre el resultado final, es decir, sobre el contenido de la decisión. Por supuesto, la actividad judicial está sujeta a ciertos límites formales que permiten realizar un control, pero en todo caso tal control se muestra insuficiente porque sólo proporciona una seguridad relativa que se reduce a la certeza de saber que los conflictos serán resueltos por una instancia imparcial que utilizará el conjunto de normas que forman parte del sistema justificando (motivando) las razones de su decisión. Pero el sentido final, el contenido que tendrá tal decisión no puede conocerse de antemano porque siempre es posible -y no sólo en los casos difíciles- elegir entre distintas alternativas que pueden ser incompatibles entre sí, al menos parcialmente.