

SOBRE EL SENTIDO DEL DERECHO. CARTA A TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Querido amigo:

Las vacaciones de Navidad no me han sido propicias, sino todo lo contrario. De hecho, empiezo a escribir esta carta, con los comentarios prometidos al libro que escribiste con Alejandro Nieto (*El Derecho y el revés*) y al que él acaba de publicar (*El arbitrio judicial*), a mediados de enero, «aprovechando» la cancelación de un vuelo de Iberia que me ha dejado provisionalmente en dique seco. Eso me recuerda los sarcásticos (y justificados) comentarios de Nieto a los profesores universitarios que se pasan la vida «in giro», dispersos en múltiples y ocasionales ocupaciones que les impiden llevar a cabo un trabajo intelectualmente serio. Yo espero curarme del mal con el año sabático en los Estados Unidos; aunque ya veremos.

Estoy muy de acuerdo contigo en casi todo lo que dices en tu diálogo epistolar con Alejandro Nieto. Pongo el «casi» porque, como luego verás, hay algunos puntos en los que, me parece, discrepamos, aunque también pudiera ser que la discrepancia se eliminara tras un breve intercambio de razones. Quiero decir que es posible que se trate simplemente de algunas diferencias que se deben, más que a otra cosa, al hecho de que cultivemos disciplinas jurídicas distintas y tengamos experiencias también diferentes (la tuya, desde luego, más dilatada y más rica) en relación con el Derecho.

Aunque yo apenas conozca (personalmente) a Alejandro Nieto, tengo la impresión de que es muy cierto lo que dices de que su exagerado descreimiento actual en el Derecho es en cierto modo la consecuencia de una anterior fe, también exagerada; en algún momento (en la página 19), dices que se trata de «una actitud entre cínica y escéptica y más que eso dolorida», lo cual me ha recordado lo que Hart decía de los realistas radicales (los que sostienen de manera extremosa, como también a veces lo hace Nieto, la tesis de la indeterminación del Derecho), a los que calificaba como absolutistas o formalistas decepcionados. Por lo demás, me parece que lo que Ale-

jandro Nieto ha tratado de hacer en *El arbitrio judicial* (que obviamente es una continuación, o un desarrollo, de ideas que están ya en *El Derecho y el revés*, y quizás también en otras obras suyas que yo no conozco) es la «revuelta contra el formalismo» de los juristas españoles contemporáneos (de la mayor parte de ellos) que a él le parece un tipo de formalismo legalista particularmente cerril. Como recordarás, lo caracteriza esencialmente a partir de dos notas (la creencia en que el ordenamiento jurídico tiene siempre una sola decisión que se encuentra en los textos legales, y la pretensión de que la actividad judicial tiene un carácter meramente intelectual-cognitivo consistente en encontrar esa solución) y muestra cómo el ajuste de cuentas a esa concepción (lo que se ha llamado «la revuelta contra el formalismo») viene de bastante lejos: de lo que en un sentido amplio pueden considerarse concepciones «realistas» que surgen desde finales del XIX y, sobre todo, a comienzos del XX, coincidiendo con la crisis del Estado liberal.

Yo creo que, sin mucho temor a equivocarse, puede decirse que la de Nieto es una concepción realista del Derecho en una versión que, por momentos, parece verdaderamente radical; por eso, a veces recuerda también a la de los *críticos* americanos (los del movimiento «Critical Legal Studies») que, en realidad, vienen a ser una derivación –ellos consideran que de izquierdas– del realismo. Pero como tú también señalas, ese radicalismo (que si te despista a ti, imagina adónde puede llevarle a algún lector poco avisado, digamos, a un estudiante: sé lo que me digo) no es ni mucho menos una constante en su obra, sino que tiene un carácter más bien intermitente y quizás se deba al gusto por la iconoclastia (y a la brillantez literaria) del autor. Si me permites el sarcasmo, yo diría que el extremismo de su planteamiento resulta afortunadamente atemperado por cierta ambigüedad.

Para poner un solo ejemplo de lo que quiero decir con «ambigüedad»: En la página 190 de *El arbitrio judicial*, Nieto dice que en el proceso de adopción de decisiones judiciales «nada (con la única excepción de la premisa de determinaciones fácticas) puede ser objeto de prueba», lo que le lleva a concluir (tras otra serie de consideraciones) que los jueces vencen, pero no convencen «sino a los que están convencidos de antemano» (página 191). Parece una declaración muy tremenda, pero resulta que, en páginas anteriores, había escrito, siguiendo a Frank, que en la mayor parte de los conflictos que llegan a los tribunales lo que se discute son cuestiones de hecho. De manera que, si esto último es cierto, resultaría que, en la adopción de las decisiones judiciales, casi todo es objeto de prueba y, por tanto, no se ve por qué los jueces no han de poder convencer en la mayoría de las ocasiones. Ya sé que hay bastantes páginas de su libro dedicadas a mostrar que, en la argumentación en materia de hechos, el subjetivismo se cuele por todos los lados (aunque también alguna en la que pone cierta sordina a esa te-

sis), pero lo que quería es poner un ejemplo de esa propensión al «tremendismo» que, definitivamente, despista.

Releyendo lo que llevo escrito, tengo la impresión de haberme embarcado en una especie de discurso «contra Nieto», del que quisiera apearme (si puede decirse así) cuanto antes. La verdad es que mi concepción del Derecho no es ni mucho menos antitética con respecto a la suya. Para decirlo rápidamente, comparto con Alejandro Nieto (al igual que contigo) la crítica al formalismo, pero lo que me separa de su realismo jurídico (y en general, me temo, de cualquier realismo) es que la mía (como la tuya) no es una concepción escéptica del Derecho. Hace no mucho que he terminado de escribir un libro que empezó siendo una nueva edición de un texto de Introducción al Derecho (de comienzos de los 80) y que al final, me parece, ha terminado por convertirse en una obra distinta. Lo he titulado «El sentido del Derecho», porque la tesis de fondo viene a ser la de que, a pesar de todo (digamos, a pesar de todo lo que dice Nieto), es posible encontrar un sentido en el Derecho (no en cualquier Derecho sino, por ejemplo, en el de un Estado constitucional como el nuestro); o, quizás mejor, es posible operar en ese Derecho con sentido, puesto que el Derecho (en esto creo que los tres estamos de acuerdo) no es meramente un objeto para ser conocido, sino una realidad en la que se vive o en la que se participa: no una cosa, sino una actividad, una empresa.

Antes de entrar a señalarte cuáles son los aspectos concretos y los más generales de mi discrepancia con Nieto (¿será inevitable que escriba un «Contra Nieto»?), quisiera decirte lo mucho que he disfrutado leyendo estos dos libros (el primero ya lo había «medioleído» antes, pero «a saltos»). La brillantez de Nieto es tanta que hasta te gusta ver cómo dice cosas con las que, en el fondo, estás completamente en desacuerdo. Y el castellano de ambos es espléndido: el de Alejandro Nieto más barroco y el tuyo más sobrio, pero verdaderamente dos modelos a seguir. ¡Ojalá que, del derecho o del revés, ese libro sea leído por muchos estudiantes (y profesores)! Ayudaría además a comprender que el estilo, el bien decir las cosas, es mucho más que una simple cuestión de cortesía (aunque la cortesía, y en el país en el que vivimos, no sea poca cosa).

Una de las bases de la concepción de Nieto y que contribuye de manera muy importante a configurar el «nuevo paradigma jurídico» que defiende lo constituye la tesis de que las leyes no ordenan realmente la sociedad. La ley, dice en alguna ocasión, «es un programa, una oferta que se le hace al juez, para que éste la desarrolle y complete» (*D.R.*, p. 235); «una oferta que brinda el autor a los destinatarios» (*A.J.*, p. 46); «una oferta que (...) se manifiesta en forma de directriz» (*A.J.*, p. 47); «una flecha que indica el rumbo a seguir» (p. 47); un mero límite dentro del cual «el juez tiene libertad de

movimiento» (p. 47); «la norma no es algo preexistente sino que es el juez quien no tanto ha de buscarla como elaborarla» (p. 94).

Obviamente, éste es un punto muy importante, pues en él se basa en buena medida la tesis de la indeterminación del Derecho que es, en el fondo, lo que le lleva a adoptar la actitud escéptica de la que vengo hablándole. Me ha extrañado, por ello, que tú parezcas estar de acuerdo con esa idea. Así, en la p. 50 dices compartir la tesis de que en la ley no está la solución anticipada a todos los conflictos singulares (hasta aquí, también yo estoy de acuerdo), pero añades luego que la ley viene a ser «un conjunto de criterios, orientaciones y directrices que el poder legislativo pone a disposición del juez para que éste resuelva bajo su propia responsabilidad». En realidad, creo tener una explicación para lo que dices: cuando formulas esa tesis, lo haces adoptando el punto de vista del abogado al que, naturalmente, sólo le llega lo que podríamos llamar la «patología» del Derecho; en tu última carta (en la p. 259), dices haber comprobado «mil veces que el asunto que te proponen *nunca* tiene una solución en la ley y que, en general, tampoco ha sido planteado en sede jurisprudencial». Pero la tesis, como tesis general, es en mi opinión falsa. Peor aún, lleva a ver el Derecho de una manera deformada.

El error creo que proviene de no haber distinguido entre diversos tipos de normas, de normas jurídicas. Como sabes, en el libro que Juan Ruiz Madero y yo escribimos hace algunos años, *Las piezas del Derecho*, formulábamos una teoría de los enunciados jurídicos en la que se distinguía básicamente entre normas regulativas y normas constitutivas, y dentro de las primeras, entre reglas y principios. Pues bien, la idea de ley, de norma jurídica, que tenéis (sobre todo –me parece– que tiene Nieto, el cual se remonta en este punto a von Bülow) vale para los principios (especialmente, para un tipo de principio al que nosotros llamamos «directriz») y para un tipo de regla que no es el más frecuente (las reglas de fin), pero no para la mayoría de las normas jurídicas que son *reglas* de acción, lo que quiere decir que funcionan como razones perentorias o excluyentes: suministran razones para llevar a cabo un curso de acción sin tomar en consideración los aspectos particulares de los casos concretos y para no considerar otras razones que pudieran existir en favor o en contra de lo prescrito en la norma. Éste es un tema sobre el que hemos escrito, y discutido, bastante y no es cosa de seguir aquí con la monserga. En lugar de ello, te referire una anécdota divertida y que tiene que ver con esto. Cuando estábamos escribiendo ese libro, nos encontramos (Juan y yo) con Alejandro Nieto en un congreso que se había organizado me parece que sobre la corrupción, y ambos quedamos, como puedes imaginar, encandilados con su agudeza. Le enviamos poco después uno de los capítulos (el que trataba de la distinción entre principios y

reglas) para saber qué le parecía, y nos contestó con una carta cuya síntesis venía a ser que la lectura del trabajo le había producido «una admiración indiferente».

Conectada con esa concepción de las normas está también la otra tesis de que no hay normas generales en el Derecho judicial (ni, en general, en el Derecho). «El juez que ha de elaborar en cada litigio la regla concreta de su resolución –escribe en *El arbitrio judicial*, p. 106– puede aprovecharse de lo que ya hayan hecho los jueces anteriores, pero siempre a conciencia de que no está manejando una norma general». «Caso por caso –se lee un poco después, p. 117–, sin admitir generalización alguna, el juez ha de ir ponderando el valor del derecho a informar y el del derecho a la intimidad; para decidir en consecuencia». «Lograr una armonía sistémica entre el juez y la ley –ésta es casi la conclusión de su libro– es una tarea intelectual fascinante y teóricamente factible que no nos autoriza, sin embargo, a olvidar que el equilibrio que vale no es el de las teorías y los sistemas, sino el que se logra (ocasionalmente) por algunos jueces en algunas de sus decisiones» (p. 401).

Pues bien, si los jueces operasen de esa manera puramente casuística, si construyeran así la jurisprudencia, el Derecho sería desde luego indeterminado, la seguridad jurídica –como a veces le gusta decir a Nieto–, un mito, y la experiencia jurídica, en suma, se parecería bastante a una pesadilla; como quizás sepas, Hart tituló un trabajo en el que estudiaba las dos grandes concepciones norteamericanas del Derecho, el realismo extremo y la posición de un Pound y, sobre todo, de Dworkin, así: «la pesadilla y el noble sueño». Pero yo no creo que las cosas sucedan exactamente como nos dicen Nieto y los realistas como Frank que suceden. Por lo menos, no me parece que sea eso lo habitual y, además, no es eso lo que deben –y pueden– hacer los jueces.

Hace años publiqué en *Claves* un artículo que titulaba «*Juridificar la bioética*» y en el que defendía la tesis de que en el Derecho se había desarrollado un modelo de racionalidad judicial, de racionalidad en la tarea de decidir casos (casos difíciles) a partir de principios, que podía trasladarse con provecho (y salvadas las distancias) al funcionamiento de los comités de bioética. Tomé como ejemplo un pedazo de jurisprudencia del tribunal constitucional español referido a los supuestos de conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y de información, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por el otro. Traté de mostrar que la forma de operar (de ponderar) del tribunal obedecía a un modelo de racionalidad (cabría llamarla «racionalidad prudencial») que se caracterizaba básicamente por dos operaciones: la construcción de una taxonomía a partir de las semejanzas y diferencias entre los diversos casos; y el paso de los

principios a las reglas, mediante la elaboración de criterios de prioridad, a través de los cuales se va determinando bajo qué circunstancias (generales) uno de los principios tiene prioridad sobre el otro. Esos criterios –las *rationes decidendi* de los casos– no pueden ser, creo yo, más que normas generales. Su individualización puede constituir una tarea muy compleja, pero si no existiera –si no hubiera generalización y, en definitiva, teoría– sería naturalmente imposible ver la jurisprudencia como una actividad racional (en cuyo seno tenga sentido hablar de continuidad temporal, de coherencia, de previsibilidad, etc.). La idea de que el Derecho es simplemente un conjunto de decisiones, de normas singulares, me parece simplemente falsa: si fuera así, no podría haber propiamente ni teoría del Derecho, ni técnica jurídica. No conozco a fondo la obra de administrativista de Alejandro Nieto, pero estoy seguro de que en muchos de sus trabajos –por no decir en todos– la tesis a la que me estoy refiriendo aparece refutada en la práctica (en su práctica de jurista).

También tiene que ver con la noción de norma jurídica la crítica que Alejandro Nieto formula al modelo de la subsunción y su tesis de que «el razonamiento judicial auténtico no es una subsunción, sino (...) un proceso de concreción que va desde la norma general a la regla del caso» (*El arbitrio judicial*, p. 112). Sobre esto hay tres comentarios que me gustaría hacerte. El primero es que esa afirmación (que en muchas partes del libro aparece expresada con gran radicalidad), no se compadece muy bien, a mi juicio, con lo que dice, por ejemplo, en la página 178: «el famoso silogismo de la subsunción opera a todo lo más –según sabemos– como una operación *implícita* de cierre del razonamiento». Yo estoy de acuerdo con esto último, pero precisamente por ello, no veo que tenga sentido contraponer (como hace Nieto en la página 134) la subsunción lógica a la intuición, como dos procedimientos lícitos y jurídicos (no se contraponen porque están en contextos distintos); ni extraigo de ello (de que la deducción sea un ingrediente necesario de la justificación pero muchas veces no suficiente) ninguna conclusión escéptica sobre la posibilidad de justificar racionalmente las decisiones judiciales.

El segundo comentario es como sigue. Para explicar en qué sentido el razonamiento judicial no es un proceso de subsunción, sino de concreción, Nieto echa mano de una metáfora (de una analogía) que toma, creo, de Radbruch: la relación que va entre la obra escultórica (como el *David* de Miguel Ángel) y el bloque de granito a partir del cual se esculpió, sería la misma (la misma relación) que existe entre la norma legal y la regla del caso. «¿Qué utilidad tendría –se pregunta Nieto– “subsumir” el *David* de Miguel Ángel en la montaña de Carrara?» (p. 130). Pues bien, la respuesta a la pregunta no es sólo que tal cosa carece de utilidad, sino que la misma pregun-

ta carece de sentido, porque el uso de la metáfora lleva, en mi opinión, a un planteamiento equivocado del problema, que consiste en confundir el plano de la decisión y el de la justificación (cuya distinción, por otro lado, constituye uno de los caballos de batalla de Nieto). Lo que hace –o lo que hizo– Miguel Angel al esculpir su *David* es crear una estatua, una obra de arte, pero al trabajar como escultor no estaba llevando a cabo ninguna actividad justificativa; si se quisiera hablar aquí de «subsunción», no tendría que ser en relación con la montaña, sino con la teoría artística, la concepción del arte, de la que el *David* puede ser una instancia, un ejemplo. El juez en su sentencia, sin embargo, no sólo decide (crea la obra), sino que además justifica su decisión, y la subsunción se refiere únicamente –o básicamente– a este último aspecto; no es un instrumento para llegar a la decisión, sino para justificarla.

Finalmente, mi tercer comentario es que, con todo, pienso que hay un sentido en el que se puede contraponer –como lo hace Nieto– subsunción a concreción y que se conecta, de nuevo, con la tipología de las normas jurídicas. A mí me parece que de subsunción propiamente dicha sólo habría que hablar en relación con normas –mejor todavía, *reglas*– de acción (las que establecen que, si se dan ciertas condiciones, se debe hacer tal acción), pero no a propósito de las normas de fin (las que establecen que, en ciertas circunstancias, se debe alcanzar un fin más o menos determinado). El tipo de esquema básico para justificar una decisión en este último supuesto (o sea, cuando la premisa está constituida por una directriz o por una regla de fin) no es exactamente el silogismo subsuntivo, sino lo que Aristóteles llamó «silogismo práctico» (por ejemplo: A desea obtener el fin F; M es un medio necesario para obtener F; A debe realizar –o, según otra interpretación, emprende la acción de realizar– M). En el artículo con el que intervine en tu polémica con Parejo y con Sánchez Morón hice una breve referencia a ello, pero la verdad es que es un tema que alguna vez me gustaría tratar a fondo. En todo caso, me parece que los supuestos en los que propiamente cabe hablar de concreción y de discreción (cuando se está en presencia de directrices o de reglas de fin), son característicos de la actividad legislativa y administrativa, y juegan un papel relativamente menor (pero lo juegan) en la actividad judicial.

Vayamos ahora a la tesis de la única respuesta correcta, o sea, en la interpretación de Alejandro Nieto, a la tesis de que nunca, o casi nunca, tiene sentido pretender que existe una única respuesta correcta. Esta es una idea que aparece muchas veces, tanto en vuestro diálogo epistolar como en su libro. Tomo dos citas de Nieto de *El arbitrio judicial*, que me parecen características de su postura: «El paradigma renovador –escribe ya en el comienzo– sostiene que, de ordinario, la ley ofrece una pluralidad de solucio-

nes correctas, dentro de las cuales el juez, en un acto de voluntad, escoge una en el ejercicio de su arbitrio» (p. 28). Y más adelante: «En mi opinión, el ordenamiento jurídico abre de ordinario un hueco y encomienda al juez que coloque su decisión en cualquiera de los puntos del mismo. La determinación del hueco —es decir, de los límites externos lícitos de la decisión— es una cuestión de legalidad; mientras que la determinación del punto exacto donde va a situarse la decisión concreta es una cuestión de arbitrio» (p. 69).

Tu postura, por el contrario (con la que yo estoy básicamente de acuerdo) es que aunque el Derecho no sea «unívoco a bote pronto», «pretende siempre encontrar *la* solución»; no es fácil encontrarla —reconoces— y «nunca se puede estar demasiado seguro de haberla encontrado», pero la existencia de una solución correcta es no sólo una idea regulativa sino que, de alguna forma, está incorporada en nuestros sistemas jurídicos: «los textos legales al uso parten de la “unidad de doctrina” y proveen lo necesario para asegurar ésta». Todo esto lo dices en la página 112, y más adelante, en la 136, añades que, en 30 años de práctica de abogado, sólo en una ocasión te has encontrado con un caso en el que no cabría hablar de una única respuesta correcta (por tanto, un caso que no se podía resolver técnicamente) porque, en tu opinión, había dos soluciones igualmente correctas.

Yo, como te decía, estoy en lo esencial de tu parte, aunque el caso al que te refieres (del que luego hablaremos) no me parece un ejemplo convincente, y aunque mi concepción de la técnica jurídica difiere de la tuya en un aspecto que quizás tenga alguna importancia. Pero como aquí, en torno al tema de la única respuesta correcta, se suscitan demasiadas cuestiones, merece la pena —creo— tratar de poner un cierto orden, para ver si se pueden clarificar las cosas, quiero decir, las posturas.

Si yo he entendido bien a Alejandro Nieto, lo que le lleva a plantearse el problema, y a resolverlo diciendo que la tesis de la única respuesta correcta es una «falacia», es que, para aceptar esa tesis, hay que pensar que la solución del conflicto individual se encuentra ya en la ley (a esto lo llama la «falacia del determinismo legal») y hay que dar la espalda a una serie de fenómenos —de la vida del Derecho— que no pueden explicarse de acuerdo con el paradigma tradicional, como la existencia de sentencias contradictorias y de sentencias contra la ley. Aceptado esto, cabría todavía pensar que existe una única respuesta correcta (por ejemplo, que existe como una idea regulativa) que cabría hallar con instrumentos que en cierto modo están fuera del Derecho (o fuera de la ley), como la lógica deductiva, la técnica jurídica y la teoría de la argumentación jurídica. Ahora bien, Nieto acepta que la lógica (la lógica formal deductiva) provee criterios de racionalidad de validez objetiva, pero estos tienen un carácter justamente «formal» y resultan, por

ello, manifiestamente insuficientes. Valora la técnica jurídica, pero no hasta el punto de pensar que pueda desempeñar ese papel; a veces incluso cabría dudar de que pueda sentir verdadero aprecio por una actividad que le merece los comentarios que siguen: «cada uno cree en su propia técnica» (*El Derecho y el revés*, p. 183); el abogado concienzudo, con buena formación, que utiliza la técnica jurídica, «al final gana el cincuenta por ciento de los casos» (*El arbitrio judicial*, p. 199); «la calidad de una técnica es inde demostrable» (p. 300); «no hay casi nunca una única solución técnica» (p. 300). Y la teoría de la argumentación jurídica le parece básicamente un empeño vano, pues la argumentación jurídica no pasaría de ser «una variante publicitaria» (*El arbitrio judicial*, p. 193). «Ésta es, para mí –había escrito poco antes, p. 187–, la gran –y triste– especificidad de la argumentación jurídica: su inutilidad radical. Porque nadie “escucha a razones” (...) *La argumentación jurídica se convierte de esta forma en un rito de cortesía que a nadie importa y ninguno atiende*. Es muy raro –casi podría decirse excepcional– que en una discusión dogmática un jurista se deje convencer por las razones de su antagonista». Entremos, pues, en cada uno de estos puntos.

Respecto al primero de ellos, el de que la solución al conflicto individual no se encuentra nunca en la ley, me parece que Nieto (y tú) lleváis razón, pero siempre y cuando el «nunca» lo sustituyamos por un «a menudo», «muchas veces», etc. Si no, como antes te decía, creo que existe el riesgo de tener (o de dar) una visión deformada del Derecho. Aun a riesgo de resultar pesado, creo que hay que insistir (mal que le pese a Alejandro Nieto) en que el Derecho consiste esencialmente en *reglas*. Por lo demás, no deja de resultar curioso que él se queje (y con razón) de los excesos de la jurisprudencia principialista o valorativa pero, sin embargo, sostenga una concepción de la ley, de las normas jurídicas, que las reduce puramente a principios (al eliminar las reglas), de manera que yo diría que lo que combate por un lado, lo alienta por el otro.

En relación con el fenómeno de las sentencias contradictorias que, naturalmente, es un hecho que no cabe negar, tengo la impresión de que Nieto comete en alguna ocasión algo parecido a una falacia (sería una modalidad de la falacia naturalista), consistente en pasar del ser al deber ser. O sea, del hecho de que sobre un mismo caso se hayan emitido dos sentencias contradictorias concluye sin más (o sin razones que puedan considerarse convincentes) que las dos son correctas. O dicho todavía de otra forma más general: del hecho de que sobre un asunto existan opiniones contrapuestas infiere que no hay un criterio objetivo para resolver cuál es la correcta, de manera que aquí se estaría dando un paso de lo fáctico a lo normativo. Hacia el final del libro, por ejemplo, escribe: «la declaración superior “del órgano superior” de que la sentencia inferior era absurda o irrazonable y, por ende,

arbitraria es una operación subjetiva, ya que, por ejemplo, el desalojo de los ocupantes sin título puede ser para unos absurda y para otros muy razonable (...) En su consecuencia, la pretendida rectificación no es tal sino una mera sustitución de arbitrio, aunque el juez superior crea lo contrario» (p. 389).

Pero vayamos a un caso concreto. Alejandro Nieto pone como ejemplo de pluralidad de soluciones, y en el que la decisión no puede depender más que del «temperamento» o «instinto jurídico» del juez, el caso de las jugadoras de lotería de Palencia. Le dejo contarle: «Dos amigas venían comprando juntas con absoluta regularidad un décimo; circunstancia perfectamente conocida por la lotera y por el círculo de amistades de las protagonistas. Así sucedía que una de ellas, indiferentemente, adquiría el billete y luego se repartían pacíficamente los pequeños premios que ocasionalmente iban ganando. Pero sucedió que un día les tocó el premio gordo y como se trata inequívocamente de un título al portador, la jugadora que lo había adquirido y conservado cobró su importe y se negó a repartirlo con su compañera, quien, rota la vieja amistad, reclamó judicialmente la mitad de lo que en su opinión le correspondía (...) En el caso real el juzgador, considerando que la portadora del billete había obrado de mala fe, dio lugar a la reclamación, que justificó formalmente con la figura de la gestión de negocios ajenos. Aunque es manifiesto que si se hubiera fiado más de la otra amiga, podría haber desestimado cómodamente la demanda invocando la reglamentación de loterías» (p. 231).

Ahora bien, hay aquí varios aspectos que, en mi opinión, Alejandro Nieto pasa por alto cuando quizás no debería hacerlo. Uno es que la expresión «podría haber desestimado cómodamente la demanda» me parece ambigua: pues una cosa es que ese juez hubiese podido fallar de manera distinta a como lo hizo sin haber cometido por ello un ilícito o, si se quiere, sin que esa decisión hubiese merecido un juicio de reproche (no todas las equivocaciones, jurídicas o no, son reprochables); y otra que tal fallo hubiese sido considerado un buen fallo (o sea, el mejor fallo posible). Otro aspecto es que, al emitir su opinión, Nieto parece dar por sentado que el juez no disponía de ninguna razón objetiva que le permitiese justificadamente dar por probado un determinado hecho (por ejemplo, la mala fe); pero curiosamente esta hipótesis queda desmentida por el propio relato que Nieto hace de los hechos (del que se infiere claramente que la amiga portadora del décimo había actuado de mala fe). Y, finalmente, el tercer aspecto es que a mí se me hace muy difícil pensar que alguien como Alejandro Nieto, empeñado como lo está en combatir el formalismo legal, pueda pensar que lo único a lo que cabe recurrir para oponerse a una decisión tan manifiestamente formalista como lo hubiese sido dejar a la amiga sin cobrar su parte del premio

sea el «instinto jurídico». Si la cosa fuese únicamente de instintos, ¿qué razón cabría dar para preferir el nuevo paradigma que él propugna frente al antiguo? ¿Habría que decir también en este caso que la opción por uno u otro paradigma es una cuestión meramente subjetiva, emocional? Si fuera así, ¿por qué iban a ser unos «instintos» mejores que los otros?

En el ejemplo que tú pones, no veo tampoco que se trate de un caso en el que no haya una única solución correcta. Si yo lo he entendido bien, se trata de una norma reglamentaria que, al regular las retribuciones de los funcionarios españoles en el extranjero, lo hace de tal manera que el texto puede ser entendido de dos formas distintas, y la ambigüedad no podría resolverse «apelando a la *ratio* de la misma» (p. 147), esto es, desde dentro de la propia norma. Ahora bien, parece claro que hay otros recursos interpretativos que permiten ir más allá de la norma (digamos, hasta el ordenamiento jurídico) y, de hecho, tú mismo reconoces que una de las dos soluciones significaría «la catástrofe» para la Hacienda Pública, de manera que si uno no profesa un formalismo jurídico exagerado, yo diría que la solución correcta no podría ser más que la que evita tal catástrofe (lo cual, es de suponer, coincide con la voluntad del legislador). Aquí, parecería que una cosa es que la defensa de cierta solución de un caso (por parte de un abogado) sea razonablemente factible, y otra cosa que esa sea la jurídicamente correcta (la mejor).

Naturalmente, aunque yo tuviera razón en estos dos ejemplos, eso no prueba nada respecto a que siempre exista una (y una sola) solución correcta para cada caso; además, personalmente, no me parece que pueda afirmarse que esto ocurra siempre. Pero sí creo que es un argumento para pensar que los criterios para evaluar la corrección de las decisiones jurídicas son bastante más estrictos de lo que muchas veces se piensa (de lo que piensa Nieto; ya sé que no es tu caso y que le has dicho lo mismo en una de tus cartas). Por lo demás, hay un tipo de problema (que también trae él en ocasiones a colación) para el que sí parecen existir claramente varias soluciones correctas: cuando el juez debe fijar una indemnización o el monto de una pena. Pero estos son precisamente supuestos regulados por reglas de fin o por directrices. Y, en todo caso, la indeterminación se produce únicamente en relación con el juez (el órgano) que toma la decisión, pero no con el órgano revisor. Quiero decir que si era correcto que el primero tomase, por ejemplo, la decisión X o Y, entonces no puede ser (sería incorrecto) que el superior revocase (pongamos por caso) la decisión X y la sustituyera por Y. Creo que este es, en efecto, un claro ejemplo de lo que Nieto entiende por arbitrio (y por arbitrariedad: la segunda decisión sería arbitraria).

Por lo que se refiere a la posibilidad de que existan sentencias contrarias a la ley (a ciertas leyes o normas) que, sin embargo, son válidas, me parece

que se trata de un fenómeno que no tiene que ver con la indeterminación del Derecho; no son casos en los que haya más de una sentencia correcta: la que contradice la ley y la que la respeta. A mi juicio, el equívoco, también en este caso, procede de no partir de la distinción entre normas regulativas y normas constitutivas. Si se hace así, entonces me parece que ya no se puede definir la ilicitud jurídica (la ilegalidad), como lo hace Nieto, como «la discordancia entre acto jurídico y ley (ordenamiento jurídico)» (p. 52), sino que ilícitas son únicamente las acciones contrarias a las normas de mandato (excluyendo, pues, del campo de las normas regulativas, a los permisos), mientras que la nulidad y la validez se vinculan con las normas que confieren poder. Sobre esta cuestión nos hemos ocupado también bastante Juan Ruiz Manero y yo (tratando de aclarar, precisamente, lo que significa la existencia de sentencias contra la ley, de reglamentos ilegales y de leyes inconstitucionales) y, como recordarás, es uno de los puntos centrales del libro *Ilícitos atípicos* que discutimos hace ya algún tiempo contigo en Alicante. En definitiva, dictar una sentencia contra la ley significa, en mi opinión, realizar un acto jurídicamente ilícito, incorrecto, aunque pueda resultar válido (en un sentido de validez).

Le toca ahora el turno a la lógica formal, pero dado que esta carta está adquiriendo dimensiones impropias del género al que pertenece, voy a limitarme a comentarte algo sobre un único punto. Nieto considera que el hecho de que «el único tipo de justificación cuya exigencia puede plantearse de modo incontrovertido e intersubjetivamente controlable, es la justificación en sentido formal» (la de la lógica formal) viene a apoyar su tesis del arbitrio judicial, y cita en su apoyo a Cristina Redondo (autora de las anteriores palabras), a la que, por cierto, veo ahora a menudo en Génova, lugar a donde la han traído *razones* que nada tienen que ver con la lógica formal. Ahora bien, así como para un filósofo del Derecho la reducción del campo de la justificación racional a la lógica no es una enfermedad mortal, pues la lógica por sí misma integra un campo de estudio de innegable interés, para el jurista dogmático (aunque se trate, como en el caso del libro de Alejandro Nieto, de alta –en sentido de abstracción– dogmática), esa reducción tiene, en mi opinión, efectos deletéreos. Así, si se aceptara esto (que sólo existen criterios formales de racionalidad), habría que condenar a la irracionalidad casi todo su trabajo sobre el arbitrio judicial, pues los criterios que él trata de elaborar (por ejemplo, para distinguir entre arbitrio y arbitrariedad) no son obviamente (en lo esencial) criterios lógico-formales. Yo creo que el error aquí consiste en pasar de la afirmación (verdadera) de que los criterios de la justificación lógica son *limitados* a la afirmación (que a mí me parece insostenible) de que la justificación se *limita* a la lógica.

El problema de la técnica jurídica y de su valor es demasiado complicado para ser tratado en una carta, pero quisiera decirte (ahora ya en forma prácticamente telegráfica) dos o tres cosas que me han llamado la atención, tanto en los escritos de Nieto como en los tuyos. Tú tienes, como es manifiesto, una opinión mucho más positiva de la técnica jurídica y consideras incluso que es «la única objetividad posible» en el Derecho. Con ello conectas también tu concepción del Derecho como «diálogo colectivo y constante, sostenido por un consenso social impreciso y cambiante, como arte o como práctica que, más que la justicia, pretende asegurar una convivencia razonable, una cierta paz social, a través del intercambio de razones dotadas de una cierta capacidad de persuasión del otro y ante los otros» (p. 202); y antes habías dicho también que el «único objetivo» del Derecho es «organizar y mantener la paz jurídica, no hacer Justicia» y que, en definitiva, se debe prescindir de la justicia (p. 58 y 59), si yo he entendido bien, para poner en su lugar (básicamente) a la técnica jurídica. Pues bien, aunque creo que el asunto habría que discutirlo despacio, me parece que a tu planteamiento se le pueden poner tres objeciones: las dos primeras las tomo de críticas que te hace Alejandro Nieto, y la tercera es de elaboración propia.

El primer problema que veo es que tu concepción de la técnica jurídica (que, por cierto, merecería la pena que desarrollaras más –si es que no lo has hecho en alguna publicación que yo no conozco) y del Derecho como diálogo tiene el riesgo de llevar a una concepción excesivamente condescendiente hacia el Derecho, si bien me parece que tienes razón al calificar como «injusto» el hecho de que Alejandro Nieto te incluya «entre los que consideran que el sistema es sustancialmente correcto». Pero me parece que apunta bien al insistirte en que la técnica jurídica no es neutral, sino que está siempre al servicio de algo y que ese «algo», que está más allá de la técnica, es lo más importante» (*El Derecho y el revés*, p. 183). ¿Y no te parece que sería mejor decir simplemente que el Derecho tiene una dimensión dialógica, en lugar de reducirlo sin más a diálogo?

Como recordarás, otra crítica que te hacía Nieto es que, en su opinión, la argumentación jurídica no es algo a lo que se recurre en los casos en los que la técnica jurídica no permite resolver un conflicto, sino en todos los casos (pues siempre existe, en alguna medida, una necesidad de argumentar). Me parece que en esto tiene también razón (aunque no en la consecuencia que pretende extraer de ahí: la falta de objetividad –y de utilidad– de la técnica jurídica y de la argumentación jurídica) y se conecta con el tercer problema que yo veo y que paso a plantearte.

Se trata de que tanto Alejandro Nieto como tú (él con mucho más énfasis) parecéis dar como cosa obvia que el discurso sobre la justicia carece de

cualquier viso de objetividad e incluso de racionalidad. Elijo algunas expresiones de Alejandro Nieto (hay muchas): la justicia es «un concepto evanescente y subjetivo», «un “sentimiento” indefinible y variado» (*El Derecho y el revés*, p. 192); «“los valores: la justicia, el interés público, etc.” no deberían ser tenidos como justificaciones, puesto que no son elementos intelectuales, ya que meramente se perciben sin participación de la inteligencia» (*El arbitrio judicial*, p. 166), etc. Pues bien, por un lado, me parece que ese fuerte irracionalismo ético (que os lleva a los dos, lógicamente, a prescindir totalmente de la teoría moral en la construcción de cualquier teorización sobre el Derecho) tiene probablemente su explicación en la exposición al iusnaturalismo hispánico que habréis padecido durante vuestros años de formación pero, sinceramente, no creo que esté justificado. Date cuenta de que ni siquiera parecéis considerar que el juicio (el emotivismo en materia de justicia) merezca algún tipo de justificación, sino que lo dais por sentado como cosa obvia. En el caso de Alejandro Nieto, esa actitud, al fin y al cabo, es coherente con su escepticismo y relativismo, si bien en alguna ocasión (la verdad es que en pocas) hace alguna apelación a la justicia que no se sabe cómo hay que tomar, a tenor de lo antes transcrito («A todos corresponde entonces intentar que este gobierno de hombres sea tendencialmente justo y no azaroso o despótico. Un esfuerzo que hay que recomenzar de nuevo cada día: oficio propio de juristas» p. 395). Pero en el tuyo, no veo de qué manera se puede casar, por ejemplo, la tesis de la única respuesta correcta como idea regulativa, con el párrafo que antes transcribía y en el que vienes a decir que hacer justicia no es un objetivo del Derecho (y es de suponer que tampoco de los legisladores, de los jueces o de los abogados). ¿No te parece que si sólo se tratase de la paz social quizás no hiciera falta tanto diálogo? Y si es como tú dices, ¿de qué manera se podría distinguir entre Derecho –sistema jurídico– justificado y no justificado? ¿O todos lo están? ¿No hay manera –manera racional– de justificar una preferencia por un sistema jurídico que incorpore, pongamos por caso, el principio de interdicción de la arbitrariedad?

Este asunto, el de cómo configurar la técnica jurídica, es algo que a mí me interesa mucho y sobre el que, por cierto, no sería malo que hicieramos alguna vez un encuentro (por ejemplo, entre administrativistas y filósofos del Derecho). Mi opinión es que la técnica jurídica (o, quizás mejor, las diversas técnicas jurídicas) debería considerarse como una actividad de la que forma parte tanto la argumentación jurídica como la moral; la técnica jurídica utiliza inevitablemente instrumentos argumentativos y aplica criterios provenientes de alguna teoría moral y política (que, por supuesto, pueden no estar explicitados). Pero probablemente el rasgo más característico de la técnica jurídica (frente a otras técnicas) sea la importancia que en ella tie-

nen los valores morales y los objetivos políticos. Te pongo un ejemplo que extraigo de un trabajo que acabo de leer de un juez amigo, a propósito de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Hay procesalistas (que parecen haber tenido mucha mano en esa ley) que sostienen que el fin del proceso es dar una respuesta jurídica a un caso y no resolver un conflicto. Pues bien, parece obvio que si se acepta esa tesis (si se excluye el valor de la justicia), los problemas de interpretación que planteo la ley (en relación con cuestiones como las posibilidades de intervención del juez en el proceso, su obligación de motivar, etc.) se resolverán de manera muy distinta a si se parte de otra concepción del proceso (digamos como una institución en la que funciona como ideal regulativo la verdad y la justicia, o la justicia a través de la verdad).

Llego por fin a la cuestión de la argumentación jurídica. Yo no estoy de acuerdo obviamente con el poco crédito que le concede Alejandro Nieto, y las razones para pensar así, en cierto modo, ya las he ido enunciando en las páginas anteriores de esta carta tan larga. Sólo añadiré un comentario. Alejandro Nieto tiene, en mi opinión, un importante fondo de razón en su planteamiento. Tiene razón en subrayar el elemento político, de poder, que se encierra en cualquier decisión judicial y, en general, en todas las manifestaciones del Derecho; y, por consiguiente, también en denunciar la forma usual de entender el Derecho que prescinde de ese elemento y en su lugar (como forma más o menos consciente –ideológica– de ocultarlo) coloca alguna idea, en general –hay que reconocerlo– bastante vaporosa, de la racionalidad jurídica. Lo que ocurre es que, en mi opinión, da un paso de más al considerar tarea imposible o inútil la justificación de las decisiones judiciales. Por decirlo de otra manera, me parece que no basta con subrayar (como él lo hace) la distinción entre decidir y justificar, sino que habría que tratar también de ver de qué manera se vinculan entre sí ambas actividades. Una teoría adecuada de la argumentación jurídica (que, por lo que yo sé, no existe) tendría que dar cuenta de ambos fenómenos, de la explicación y de la justificación de las decisiones judiciales; o, para emplear otra terminología, tendría que operar tanto en el contexto de descubrimiento como en el de justificación. Quizás pudiera decirse que la unilateralidad de las teorías de la argumentación jurídica al uso, que se sitúan únicamente en el contexto de la justificación, ha suscitado en Alejandro Nieto una unilateralidad opuesta, que le lleva, me parece, a sobrevalorar el contexto del descubrimiento (yo soy bastante más escéptico que él –al menos en esto le gano en escepticismo– respecto al interés de las teorías de los psicólogos que él tanto admira) y a despreciar (la expresión no me parece exagerada) el contexto de la justificación.

Si tuviera que dar un argumento último con el que oponerme al escepticismo jurídico de Alejandro Nieto, diría lo siguiente: se trata de una concepción que no logra dar sentido al Derecho y que, en cierto modo, se anula a sí misma. Yo creo que Nieto es perfectamente consciente de lo primero, y de ahí que varias veces parezca descartar que su enfoque del Derecho tenga cualquier propósito práctico. Refiriéndose precisamente a las diferencias «vitales» que existirían entre vosotros dos, escribe: «tú *quieres mejorar el mundo* a través de una lucha diaria por la justicia y por el Derecho; mientras que *mi pretensión es simplemente entender esa parte del mundo cubierta por el Derecho*» (p. 221). El problema es que al adoptar esa actitud, al considerar al Derecho como un mero objeto de conocimiento (al «resignarse», como creo que tú dices alguna vez), entra en contradicción con el punto de partida, con lo que tan enfáticamente había sostenido en la lección magistral de la Carlos III con la que se inicia vuestra correspondencia: «*Lo esencial es la actitud personal que adopta el jurista ante el Derecho. No se trata, por tanto, de una actitud intelectual, sino vital. No es una teoría sino una praxis; una convicción, no una razón*» (p. 14).

Claro que, por fortuna, como te decía al comienzo (y he leído también en alguna de tus cartas), en las obras de Alejandro Nieto que te comento hay mucho más que ese escepticismo al que tú y yo nos oponemos. Quizás por ello, en lugar de leer sus textos en una clave escéptica, yo recomendaría al lector que lo hiciera de acuerdo con la intención con la que el autor dice haberlo escrito, y que es la de «bajar el Derecho del cielo de la lógica y de la certidumbre, pero no para hundirlo en el infierno de la arbitrariedad irresponsable, sino simplemente para humanizarlo, porque se considera que la decisión judicial (...) es obra de un hombre y no de una máquina subsuntiva o de un demonio tiránico» (*El arbitrio judicial*, p. 395). En este sentido, te diré que personalmente no tengo nada que objetar a las diez proposiciones, una especie de conclusiones del libro, que plantea inmediatamente antes del párrafo que te acabo de transcribir. ¿Y al fin y al cabo, la distinción entre el arbitrio y la arbitrariedad, que es el *leit motiv* de toda su obra (por cierto, poco importa que se hable de arbitrio en lugar de discrecionalidad, de razonabilidad o de equidad), puede llevar a algo distinto que a la elaboración de algunos criterios –objetivos– de racionalidad práctica?

Termino de redactar esta carta –como te daba a entender algunas páginas atrás– en Génova, en el Istituto Giovanni Tarello, que es uno de los mejores lugares que conozco para hacer filosofía del Derecho. Uno de los «rasgos de familia» de esta escuela genovesa (encabezada por Riccardo Guastini y Paolo Comanducci) es que, tras las huellas de su maestro Tarello, han tratado de hacer siempre una filosofía del Derecho de los juristas y para los juristas (la otra alternativa consiste en concebir la disciplina como una filo-

sofía del Derecho de filósofos que parten de alguna concepción general –filosófica– del mundo que tratan de aplicar al Derecho). Esa es también, en lo esencial, mi concepción de la filosofía del Derecho, y, por eso, he de confesarte que lo que de mí dice Alejandro Nieto en su libro, que no soy sólo un filósofo sino también un jurista, lo considero como el mayor elogio que he recibido nunca.

Espero tener ocasión, antes de irme a los Estados Unidos, de saber qué te parecen mis comentarios. Hasta entonces, y haciendo uso de una expresión que a veces usan los italianos y que a mí me resulta particularmente grata: ¡Salve!

Génova, enero de 2001



DOXA 23 (2000)
