

SOBRE LO RAZONABLE EN EL DERECHO

MANUEL ATIENZA

1. El concepto de razonabilidad o de razonable [contrapuesto usualmente al de racionalidad o racional (cfr. Haba, 1978)] parece tener una gran importancia en la argumentación práctica en general y en la argumentación jurídica en particular. Para no pocos autores [como, por ejemplo, Recaséns Siches (1956), Perelman (1984), MacCormick (1984) o Aarnio (1987)], se trata del concepto central, o de uno de los conceptos centrales, de la teoría y de la práctica del razonamiento jurídico, aunque no pueda decirse también que sea un concepto extremadamente claro. Cabe pensar incluso que nos encontramos ante una noción que sólo puede analizarse (al menos por el momento) en forma bastante incompleta, de manera que aquí me conformaré con intentar una «razonable» aproximación al concepto de lo razonable en el Derecho.

2. Para entender qué pueda significar en contextos jurídicos una frase como «X es razonable» hay que empezar por mostrar cuáles son los posibles sujetos de la misma, es decir, de qué entidades puede predicarse el carácter de razonable. En principio, parecen existir tres posibilidades, en cuanto que X podría representar: 1) un enunciado jurídico, como una norma, un principio, una definición... o alguna combinación de enunciados de estos tipos; 2) un agente jurídico individual o colectivo (legislador, juez, funcionario, etcétera) o incluso un agente cualquiera en la medida en que el Derecho se refiera a él (por ejemplo, cuando se utiliza como *standard* de conducta la de «un hombre razonable»); 3) un acto consistente en establecer, interpretar o aplicar enunciados jurídicos, o bien sencillamente en seguir la conducta indicada en dichos enunciados (comportarse como lo haría «un hombre razonable»). En lo que sigue me ocuparé únicamente de analizar lo que pueda

significar «decisión jurídica razonable», es decir, qué significa «razonable» en cuanto predicado de los actos consistentes en interpretar y aplicar enunciados jurídicos a casos.

Ciertamente, en una decisión jurídica pueden distinguirse dos aspectos: la actividad de decidir (la decisión como proceso) y el resultado de la decisión (la decisión como producto de una cierta actividad). Visto desde este segundo punto de vista, el concepto de «decisión jurídica» vendría a coincidir, al menos en gran medida, con el de «enunciado jurídico»; pero aquí se hace necesario distinguir entre dos tipos de (o dos funciones de los) enunciados jurídicos: 1) los que sirven o pretenden servir (como premisas o presupuestos) para decidir casos, y 2) los que son el resultado (la conclusión) de la decisión de casos. La definición de «decisión jurídica razonable» que propondré puede entenderse que lo es también de este segundo tipo de enunciados jurídicos, pero no de los del primer tipo. Por otro lado, podríamos entender, naturalmente, que «agente razonable» es «aquel que adopta decisiones razonables». Sin embargo, es posible que la noción de agente razonable no haya que verla simplemente como derivada con respecto a la de decisión razonable, sino que más bien aquélla deba considerarse como un presupuesto para ésta.

Además, se puede hablar todavía de «decisiones jurídicas razonables» por lo menos en dos sentidos distintos. En un sentido amplio, podría decirse (y suele decirse, como lo hace, por ejemplo, Perelman) que todas las decisiones jurídicas deben ser razonables; esto es, la razonabilidad operaría como un criterio o límite general del razonamiento jurídico (del razonamiento práctico). En un sentido estricto, sin embargo, la razonabilidad puede predicarse únicamente de cierto tipo de decisiones jurídicas: las que no podrían (o no deberían) adoptarse siguiendo criterios de estricta racionalidad. En este contexto, que es precisamente el que aquí interesa, es en el que aparece la contraposición entre racional y razonable, entre decisión jurídica racional y decisión jurídica (simplemente) razonable.

3. Por decisión jurídica racional (o si se quiere —para evitar contraponer demasiado crudamente lo razonable a lo racional— estrictamente racional; lo razonable puede considerarse también como racional si se emplea esta expresión en un sentido amplio: todo lo razonable —cabría decir— es racional, aunque no todo lo racional sea razonable) hay que entender aquí decisión jurídica susceptible de ser *justificada* racionalmente. Y una decisión jurídica puede entenderse que está racionalmente justificada si, y sólo si: 1) respeta las reglas de la lógica deductiva, en el sentido de que en su fundamentación no se contienen errores lógicos; ejemplos de errores lógicos

serían: utilizar premisas contradictorias; no haber establecido premisas que son necesarias para la conclusión (y que tampoco puede entenderse que estuvieran implícitas); utilizar formas de inferencia no válidas, etc. (cfr. Klug, 1982, págs. 155 y sigs.); 2) respeta los principios de la racionalidad práctica, entendida la noción básicamente en el sentido de Alexy (cfr. Alexy, 1978). Dicha noción ha sido recogida en lo esencial por otros autores como Peczenik (1984) y Aarnio (1987), y coincide también muy ampliamente con el concepto de racionalidad que cabe encontrar en MacCormick (cfr. MacCormick, 1986). De manera muy sintética, puede decirse que la racionalidad práctica presupone la noción de racionalidad lógica considerada en 1), pero va más allá, en cuanto que exige el respeto, en la fundamentación de la decisión, de principios como los de consistencia, eficiencia (relevancia), coherencia, generalización y sinceridad (cfr. Aarnio, 1987); 3) no elude la utilización, como premisa, de alguna fuente del Derecho de carácter vinculante; 4) no utiliza, como elementos decisivos de la fundamentación, criterios éticos, políticos, etc., no previstos específicamente (aunque pudieran estarlo genéricamente) por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien: si se acepta este concepto de decisión jurídica racional, la cuestión que debemos plantearnos es la de qué ocurre con aquellas decisiones que no pueden justificarse de esta manera. El primero de los requisitos no plantea muchos problemas, en cuanto que una decisión jurídica (por ejemplo, una sentencia judicial) en cuya justificación se incurriera en errores de tipo lógico como los antes mencionados habría que calificarla (y descalificarla) como irracional. Pero quizá no sea adecuado calificar así a todas las decisiones jurídicas en cuya justificación se vulnera alguno de los requisitos enumerados en 2), 3) y 4).

Un problema interesante lo plantea, por ejemplo, el uso de las ficciones en el Derecho (en la argumentación jurídica), en cuanto que el mismo parece implicar no solamente que se deja de aplicar una fuente del Derecho de carácter obligatorio, sino también la vulneración de, al menos, un principio de la racionalidad práctica: el de sinceridad (1). Como ejemplo de ficción puede citarse un caso en que un juez, un tribunal o un jurado considera que el valor de lo robado no superó una cierta cantidad (cuando sabe que no es así y que al afirmarlo está vulnerando las reglas procesales de apreciación de la prueba) para evitar imponer una pena que estima desproporcionadamente dura. Es obvio, por lo demás, que una ficción no tiene por qué significar la vulneración de las reglas de la lógica; así, el ejemplo de decisión

(1) El problema de las ficciones no es curiosamente (¿o quizás significativamente?) considerado por Alexy en ninguna de sus obras.

mencionado podría reconducirse (justificarse internamente) (2) según el siguiente esquema lógico: las sustracciones de objetos cuyo valor no exceda de la cantidad X debe ser castigada con la pena Y ; A sustrajo objetos cuyo valor no excede de X (el que esta premisa sea falsa no afecta obviamente a la validez de la deducción lógica); por tanto, A debe ser castigado con la pena Y . Podría pensarse que una decisión jurídica que se fundamenta acudiendo a ficciones es una decisión jurídica irracional, pero en ese caso «irracional» no significaría exactamente «reprochable» o «no justificable». En determinadas ocasiones, acudir a una ficción es probablemente el mejor procedimiento para evitar tomar una decisión que se considera inaceptable.

Además de en el caso de las ficciones (que quizá pueda considerarse de todas formas como un caso límite) hay muchos otros supuestos de decisiones jurídicas que no pueden justificarse respetando los requisitos 1) a 4) antes señalados, pero que, sin embargo, deberían poder justificarse de alguna otra forma. Precisamente por ello parece adecuado distinguir una decisión jurídica irracional (es decir, una decisión jurídica injustificable) de una simplemente razonable (justificable). Pero ¿en qué consiste tal justificación? ¿Qué es lo que cabe entender, en definitiva, por decisión jurídica razonable?

4. Una primera característica o requisito de las decisiones jurídicas razonables es su carácter subsidiario con respecto a las (estrictamente) racionales. Esto quiere decir que sólo está justificado acudir a criterios de razonabilidad si se muestra la insuficiencia de los criterios de racionalidad estricta, y sólo en la medida en que éstos resulten insuficientes.

Tales insuficiencias pueden tener diversas causas, que, por lo demás, no son recíprocamente excluyentes:

1) Una es que si se dispusiera únicamente de los criterios antes señalados, habría supuestos en que no se podría tomar ninguna decisión o en los que no se podría justificar la decisión tomada. Por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución española señala que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social», y la doctrina del Tribunal constitucional ha añadido que existe discriminación cuando se produce «una distinción de trato que carece de una justificación objetiva y razonable». Está claro que ante un caso de supuesta discriminación no cabe, sobre la base de estos dos criterios, tomar

(2) Utilizo la distinción habitual entre justificación interna y justificación externa, que se debe a Wróblewski (1974).

una decisión que pueda justificarse sin vulnerar el requisito 4) del apartado anterior.

2) Otra de las causas es que si sólo cupiese utilizar criterios de estricta racionalidad, habría casos que sólo podrían resolverse tomando decisiones que resultarían inaceptables. Aquí cabría distinguir, a su vez, diversos motivos de inaceptabilidad: *a)* Podría darse, por ejemplo, una contradicción entre los resultados que produciría la adopción de la decisión y los objetivos o metas que pretende perseguir el propio sistema jurídico; la adopción en tal caso de una decisión estrictamente racional significaría comportarse de una manera puramente ritualista. *b)* Podría ser también que se produjera una contradicción entre los resultados de la decisión y valores o fines sociales no contemplados en el sistema jurídico o que, directamente, son contradictorios con los que incorpora el sistema jurídico. *c)* En fin, otra posibilidad, quizá la más frecuente, es que el sistema incorpore valores que resulten ser contradictorios entre sí, o al menos que no se puedan armonizar fácilmente.

5. En realidad, en todos los supuestos anteriores, es decir, en los supuestos en que está justificado adoptar decisiones en base a criterios no estrictamente racionales, puede hablarse de la existencia de una contraposición entre valores o principios (pertenezcan todos o no al Derecho positivo), que deben sopesarse hasta llegar a un equilibrio. Dicho equilibrio, naturalmente, no se encuentra siempre (quizá nunca) en el «término medio», puesto que los valores pueden no tener el mismo «peso», de manera que el equilibrio se encontraría entonces en un punto más próximo a un extremo que a otro; el equilibrio no consiste, pues, en que cada uno ceda «lo mismo». En algunos supuestos, este punto de equilibrio no es difícil de lograr, en cuanto que cabe establecer una jerarquía más o menos clara de valores, de manera que, por ejemplo, las exigencias que derivan de un valor de rango superior tienen prioridad con respecto a las que derivan de otros de rango inferior. Estos casos no serían, en realidad, casos difíciles en sentido genuino, siempre que puedan verse como casos con una única solución aceptable (en cuanto que es aceptada sin discusión). Los supuestos más graves son, por el contrario, aquellos en que se plantea un conflicto entre valores, o entre exigencias que derivan de valores, que tienen, o cabe plantear que tienen, el mismo rango jerárquico. Esto ocurriría cuando entran en conflicto dos o más derechos «fundamentales», como en el siguiente ejemplo.

En una sentencia reciente (160/1987, de 27 de octubre), el Tribunal Constitucional español tuvo que resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra la Ley (en realidad, dos leyes:

una ordinaria y otra orgánica) de Objeción de Conciencia de 1984 (48/1984, de 26 de diciembre). Uno de los problemas que aquí se planteaban era el de si debía considerarse o no inconstitucional (por atentar básicamente contra el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución) el artículo 8.3 de dicha Ley, que fijaba para el servicio sustitutorio a realizar por los objetores una duración de entre dieciocho y veinticuatro meses (que debería fijar el Gobierno mediante Real Decreto), mientras que la del servicio militar era de doce meses. La opinión mayoritaria del Tribunal fue la de considerar que la ley no daba lugar a un trato discriminatorio (esto es, que la distinción en cuestión era «razonable y objetiva»), porque los dos supuestos —servicio militar y prestación civil sustitutoria— «no son similares ni cabe equiparar la 'penosidad' de uno y otro» (fund. juríd. 5.º, c); el derecho de objeción de conciencia del artículo 30.2 de la Constitución «no es un derecho incondicionado», sino «la exención de un deber general (el servicio militar)» (fund. juríd. 5.º).

No todos los miembros del Tribunal aceptaron, sin embargo, esta solución. De los tres magistrados que se apartaron del criterio mayoritario (formado en este punto por los nueve magistrados restantes), uno de ellos justificó su voto por entender que «no puede entrar en el ámbito de lo razonable —con toda su relatividad— fijar una duración superior en un 100 por 100, es decir, el doble, para la prestación sustitutoria en relación con la del servicio militar (voto particular formulado por C. de la Vega, ap. 3); en su argumentación, el magistrado sostuvo la tesis de que «el derecho a la objeción de conciencia es un derecho constitucionalmente reconocido (...) que participa de la naturaleza de derecho fundamental *per se*, es decir, con categoría autónoma, relacionado con el derecho de libertad ideológica» (ap. 1); el servicio sustitutorio y el de armas serían, según esto, «supuestos diferentes en la materialidad de su contenido, pero análogos en cuanto que ambos son, en su especie, una manifestación del *deber general* de servir a España» (apartado 3).

Frente a la cuestión de cuál de las dos soluciones es la razonable (o la «más razonable») cabría responder quizá (utilizando la noción de equilibrio sobre la que gira este segundo requisito de la definición de razonable) que lo es la segunda, en cuanto que, a diferencia de la primera, busca un punto de equilibrio (que no encuentra en la ley) entre las exigencias del derecho de objeción de conciencia, el deber general de servir a España y el principio de igualdad. Pero esta afirmación no es realmente inobjetable. Si se lee detenidamente la sentencia, puede llegarse a la conclusión de que en el criterio mayoritario del Tribunal existe también la pretensión de equilibrar esas tres exigencias. Sólo que, como se parte de una interpretación distinta (a la del

magistrado discrepante), por un lado, de la relación entre el deber general de servir a España y el derecho de objeción de conciencia, y por otro, de la relación de mayor o menor penosidad existente entre la prestación social sustitutoria y el servicio militar, el equilibrio se sitúa aquí en un punto distinto, y de ahí que se entienda que la ley en cuestión no lo rompe.

Generalizando, podría decirse que un caso es difícil cuando en relación con el mismo cabe encontrar, en principio, más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que tomar en consideración en la decisión y, por tanto, hay que efectuar (y justificar) una elección.

La noción de equilibrio puede quizá aclararse de la siguiente manera. Supongamos que para resolver el caso *C* tengamos que recurrir a dos principios que recogen, respectivamente, los valores *X* e *Y*, considerados por el ordenamiento como valores fundamentales. Del valor *X* se derivan las exigencias x_1 , x_2 y x_3 , y del valor *Y*, y_1 , y_2 e y_3 . Las exigencias que derivan de un mismo valor las consideramos compatibles entre sí; además, x_1 es compatible con y_1 e y_2 , pero incompatible con y_3 ; x_2 es compatible con y_1 , pero incompatible con y_2 y con y_3 ; x_3 es compatible tanto con y_1 como con y_2 e y_3 . Todo ello podemos representarlo así:

	x_1	x_2	x_3
y_1	1 <i>C</i>	0,7 <i>I</i>	0,6 <i>I</i>
y_2	0,8 <i>I</i>	0,8 <i>I</i>	0,8 <i>I</i>
y_3	0,5 <i>I</i>	0,5 <i>I</i>	0,5 <i>I</i>

Si la única exigencia esencial de *X* fuera x_1 y de *Y* y_1 , entonces cabría adoptar, en principio, diversas soluciones, que se encontrarían por encima

del punto que podríamos llamar de *equilibrio mínimo*. Concretamente, y tomando como base reglas de carácter más o menos intuitivo, sería posible en este caso tanto la combinación $x_1-x_2-x_3-y_1$ como $x_1-x_3-y_1-y_2$. La diferencia entre las dos posibles decisiones estriba en que en la primera se opta en favor de x_2 , y en la segunda en favor de y_2 (x_1 e y_1 deben figurar en todas las combinaciones, puesto que las hemos considerado exigencias esenciales, y otro tanto ocurre con x_3 , pues, aunque no es una exigencia esencial, es absolutamente compatible, o sea, es compatible con todas las demás; por el contrario, y_3 debe quedar excluida de cualquier combinación, dada su incompatibilidad con x_1 , que es una exigencia esencial). El *equilibrio óptimo* lo alcanzaría la decisión (o las decisiones) que satisficieran no sólo las exigencias esenciales, sino también otras exigencias no esenciales, de acuerdo con el distinto «peso» atribuido a cada una, y con los criterios o reglas de decisión que se utilicen. Así, el anterior supuesto podría resolverse en favor de la combinación $x_1-x_2-x_3-y_1$ (ésta sería la decisión que logra un equilibrio óptimo) si a x_2 se le puede atribuir claramente un peso superior al de y_2 . Naturalmente, las cosas se complicarían si el «peso» de x_2 e y_2 fuera similar, o frente a casos más complejos, como el siguiente:

	x_1	x_2	x_3
y_1	C	C	C
y_2	C	I	C
y_3	I	I	C

En este supuesto, el problema no sólo radicaría en la atribución de peso a cada exigencia (en la tabla se ha dado por supuesto, asignando un valor 1 a las exigencias esenciales y valores inferiores a 1 a las no esenciales; pero la cosa podría complicarse todavía más si se entiende que el peso de cada exigencia no es un valor absoluto, sino relativo, en el sentido de que, por ejemplo, y_2 podría tener un peso de 0,8 en relación con x_2 , pero de 0,9 en relación con x_3 , etc.), sino también en la determinación de reglas de decisión, para optar entre las diversas combinaciones, que estarían por encima

del equilibrio mínimo y que ya no podrían ser tan sencillas como las antes sugeridas (3).

6. Los diversos supuestos planteados (incluido el caso de objeción de conciencia con sus dos distintas posibles soluciones) tienen en común una característica que quizá no haya que dar por sentado que acompaña a todos los casos jurídicos posibles, y que consiste en que, en todos ellos, parece poder encontrarse una solución (al menos una) que logra un equilibrio mínimo. Un caso será así más o menos difícil, según sea mayor o menor la dificultad de determinar cuál sea la decisión óptima. Y aquí se puede hacer todavía una distinción entre teorías como la de Dworkin (que, por cierto, al menos en este punto, es cualquier cosa menos nueva), que considera que para todo caso jurídico existe una única respuesta correcta (cfr. 1977 y 1985, págs. 119-145), o, dicho de otra manera, que para todo caso difícil existe una única solución, que se sitúa en el punto de equilibrio óptimo, y aquellas otras teorías que niegan esta pretensión, por ejemplo, por entender que no existe ningún procedimiento que permita llegar en cada caso a este único resultado, aun admitiendo que la única respuesta correcta funciona como una idea regulativa (cfr. Alexy, 1988) (4). Ahora bien, si esto es así, no sólo Dworkin, sino también los críticos de Dworkin (por lo menos en la medida en que me son conocidas dichas críticas) parecen haber excluido la posibilidad de lo que se podría llamar —como tercera categoría, al lado de los casos fáciles y de los difíciles— *casos trágicos* (cfr. Calabresi y Bobbitt, 1978).

Un caso puede calificarse como trágico cuando, en relación con el mismo, no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo. Por ejemplo, cualesquiera de los casos antes representados serían trágicos si x_1 e y_1 fueran incompatibles entre sí; si así ocurriera, entonces no habría forma de encontrar una solución que no sacrificara lo esencial de alguno de los dos valores, X e Y . Ahora no nos encontraríamos ya frente a una simple alternativa, sino frente a un dilema.

(3) Aquí cabría adoptar, por ejemplo, una regla como la que introduce Rescher para la resolución de un problema análogo, consistente en no sacrificar ningún valor (exigencia) superior en aras de uno inferior (cfr. RESCHER, 1976, cap. VI).

(4) «La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así (...). Las respuestas que se encuentren, en el marco de ese intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica, y en este sentido son, al menos, relativamente correctas» (ALEXY, 1988).

Lo que me mueve a suponer que en el Derecho —en nuestros Derechos— sí que existen casos trágicos son, sobre todo, las dos consideraciones siguientes.

La primera se refiere a la distinción que suele trazarse entre normas condicionales y normas de fin (cfr., por ejemplo, Luhmann, 1974) y la caracterización del Derecho del Estado social precisamente como un Derecho en el que las normas del segundo tipo adquieren una especial importancia. Ahora bien, la posibilidad de que se planteen casos trágicos (desde el punto de vista de un sistema normativo) aumenta precisamente en la medida en que lo hace también el número de las normas de fin, y sobre todo en la medida en que éstas tiendan a ocupar más bien el vértice de la pirámide normativa. Ello es así porque las normas —o los principios— que indican que Z es un fin a lograr (y con independencia de que también ellas puedan analizarse o no lógicamente según el esquema clásico: supuesto de hecho/consecuencia jurídica) parecen implicar también que es obligatorio, o al menos que está permitido, realizar las acciones que puedan verse como necesarias para Z (cfr. Nino, 1981); es decir, tienen una mayor fuerza expansiva que las normas, que simplemente correlacionan un supuesto de hecho (determinado a partir de propiedades más o menos genéricas) con una consecuencia jurídica.

La segunda consideración se basa en la distinción que puede trazarse entre *equilibrio* y *compromiso*, y la configuración de los órganos de decisión jurídicos (por lo menos, de las instancias jurídicas clásicas) como órganos que deben orientarse de acuerdo con el primero y no con el segundo de estos conceptos. Mientras que el compromiso tiene lugar entre intereses que se articulan entre sí en función de algún valor (los valores pueden verse como generalizaciones más o menos coherentes de intereses: biológicos, sociales, etcétera), el equilibrio debe producirse entre valores (o entre exigencias que derivan de valores), de manera que, cuando se trata de los valores últimos de un sistema (digamos, de los valores morales), no cabe ya recurrir a ningún otro valor superior. Por otro lado, la idea de equilibrio recoge un componente moral del que carece el puro y simple compromiso. Para que exista un compromiso basta con que las partes que intervienen en el mismo o los afectados por él lo acepten como el mejor resultado (o el menos malo) para ellos; en el equilibrio se necesita que el resultado sea además correcto: no sólo el mejor, sino, de alguna manera, bueno. Por ello también, mientras que el compromiso puede vincularse con un consenso de tipo fáctico, el equilibrio requiere un consenso de tipo ideal o racional. Un ejemplo de una decisión que logra un compromiso, pero no un equilibrio, entre intereses contrapuestos sería el siguiente:

Supongamos que A y B son socios al 50 por 100 y que ambos reclaman

a *C* un millón de pesetas por la compra de un bien producido por la sociedad *S*, propiedad de *A* y *B* y adquirido por *C*. Este último no está de acuerdo con la deuda (piensa, por ejemplo, que la misma debe entenderse compensada por trabajos efectuados por *C* para la sociedad *S*), pero se muestra dispuesto a pagar una cierta cantidad de la suma que se le reclama ante el temor de que *A* y *B* recurran a los Tribunales. Como conoce la difícil situación financiera por la que atraviesa *B*, *C* ofrece pagarle a éste 200.000 pesetas y a *A*, 300.000. *A* acepta la cantidad, pues aunque considera que la cantidad que se le adeuda es superior, sin embargo sabe también que el funcionamiento de la Administración de Justicia en su país es lento, los resultados inciertos y los abogados caros. *B* acepta también la propuesta, pues a las anteriores razones añade su apurada situación financiera. La decisión acordada por los tres (o propuesta, por ejemplo, por un tercero) puede entenderse que logra, en efecto, un compromiso entre los intereses de las tres partes, en la medida en que éstos rijan su conducta en función de un único valor económico: maximizar sus beneficios y minimizar sus pérdidas. La decisión, sin embargo, no es una decisión equilibrada, en cuanto que sacrifica claramente el valor igualdad, ya que *A* y *B* han recibido un trato distinto a pesar de encontrarse en una misma situación (desde el punto de vista jurídico) ante *C*. Un juez o un Tribunal (salvo que se tratara de un árbitro, un amigable componedor, etc.) actuaría en forma injustificada no sólo porque habría dejado de aplicar el Derecho vigente, sino porque de él se esperan decisiones que supongan algo más que un compromiso.

Por lo demás, no me parece que sea difícil indicar ejemplos reales de casos trágicos. Sin ir más lejos, considero que una gran cantidad de los casos que tienen que resolver los jueces penales deberían considerarse trágicos, por más que los propios jueces —por razones comprensibles— no propendan a verlos así. Pero ¿cómo se puede decidir en muchísimas ocasiones sin sacrificar ni la exigencia de aplicar las leyes penales (una exigencia esencial del Estado de Derecho) ni el principio de que la pena debe cumplir una función de reinserción social (incorporada también constitucionalmente, por ejemplo, en la Constitución española)? (5). Alguien podría contraargumentar diciendo que este segundo principio señala, en todo caso, obligaciones dirigidas al ejecutivo o al legislativo, pero no a los jueces. Sin embargo, no me parece

(5) El artículo 25.2 de la Constitución española establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, y no podrán consistir en trabajos forzados». Y el artículo 53.1 aclara que «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título (donde se incluye el artículo 25) vinculan a todos los poderes públicos» (por tanto, también a los jueces).

que la cosa sea del todo así: los jueces, si se quiere, no tendrían la obligación positiva de poner los medios que conduzcan al fin de la reinserción social, pero sí que tendrían —de acuerdo con ese artículo de la Constitución— la obligación negativa de no hacer lo que conduce necesariamente a la vulneración del fin.

Y ahora habría que plantear la cuestión de si, en relación con casos trágicos, puede hablarse de alguna manera de decisiones justificables o razonables. Mi respuesta sería que sólo podría hacerse en un sentido más bien débil. Ciertamente, en tales contextos podrían utilizarse las mismas reglas que en los casos simplemente difíciles (por ejemplo, la de no sacrificar ninguna exigencia de rango superior en aras de alguna(s) de rango inferior), pero lo que cambia es que ahora la decisión no puede pretender ser equilibrada, en cuanto que se ha sacrificado algo esencial. En definitiva, una decisión en tales contextos sería razonable tan sólo en el sentido de que se pueden dar razones en favor de su adopción que son mejores que otras. La justificación sería, cabría decir, tan sólo relativa: la decisión en cuestión no es buena, pero es la mejor de las posibles.

7. Lo dicho hasta aquí no constituye, desde luego, un caracterización completa de lo que haya que considerar como «decisión jurídica razonable». Como dije al comienzo, una tal caracterización (un concepto «cerrado») de lo razonable es seguramente imposible, pero quizá quepa todavía estrechar un poco más el círculo de la indeterminación. Se necesita un criterio o un esbozo de criterio que al menos evite que sea puramente arbitrario el decidir cuándo está justificado o no recurrir a criterios de razonabilidad, cuándo es posible encontrar un equilibrio y cuándo nos encontramos ante un caso trágico, cómo atribuir «peso» a las diversas exigencias y, en definitiva, qué solución, de entre las varias posibles o propuestas de hecho, puede considerarse como la más razonable o la que más se aproxima al equilibrio óptimo. Y me parece que la única posible respuesta a estas cuestiones es acudir a la idea de consenso. La decisión a tomar en cada caso sería aquella que pueda verse como aceptable por una comunidad de seres o por un ser que la presente o, si hubiera varias decisiones que pudieran serlo en principio, la que pudiera lograr una mayor aceptabilidad, un mayor consenso.

Ahora bien, de consenso puede hablarse, por lo menos, en dos sentidos distintos: como consenso fáctico y como consenso ideal o racional (cfr. Weinberger, 1981). Exploremos brevemente ambas posibilidades.

La exigencia de que para que una decisión jurídica pueda ser razonable deba ser aceptada de hecho por una comunidad es, desde luego, una exigencia que está llena de sentido. Como tantas veces se ha dicho, la gran ven-

taja que presentan las decisiones que he llamado estrictamente racionales es que, dentro de ciertos límites, resultan previsibles. Lo que asegura dicha previsibilidad es el hecho de que se adopten siguiendo ciertas reglas procedimentales [los criterios 1) y 4) antes sugeridos]. Por consiguiente, dado que dichos requisitos no se respetan (es decir, no se respetan íntegramente) en las decisiones razonables, habría que encontrar aquí algún elemento que permitiera, por así decirlo, compensar esta carencia. Y dicho elemento bien pudiera serlo la existencia de un consenso fáctico, es decir, el hecho de que la decisión resulta aceptada por la comunidad.

No parece, sin embargo, que el consenso fáctico pueda considerarse, en general, ni como el último ni como el único criterio (aunque, desde luego, es un criterio a tener en cuenta) para resolver el tipo de cuestiones antes planteadas. Una primera dificultad que plantea el consenso fáctico es que tendría que servir, precisamente, como criterio para resolver casos difíciles, es decir, casos respecto de los cuales no hay un acuerdo claro: una parte de la comunidad, el grupo *A*, respalda la decisión *X*, mientras que otra parte, el grupo *B*, hace lo mismo con *Y*. La cuestión podría resolverse, naturalmente, utilizando algún otro criterio como la regla de la mayoría, pero entonces nos tropezaríamos, entre otros, con el problema de qué haya que entender por *comunidad*. De hecho, en el Derecho operan diversas comunidades o auditorios: el tribunal que tomó la decisión, el conjunto de los tribunales de un país, la doctrina jurídica, los afectados por la decisión, el conjunto de la sociedad, etc. Y no es además nada infrecuente que en los diversos auditorios se produzcan acuerdos mayoritarios, pero de significación contrapuesta; por ejemplo, el criterio más seguido en la práctica es muchas veces mayoritaria o incluso unánimemente rechazado por la doctrina, etc.

De todas formas, la dificultad fundamental del consenso fáctico no radica en esto, sino en el hecho de que en la construcción de los acuerdos desempeñan siempre un papel los prejuicios sociales, el nivel de información del auditorio, la distinta habilidad argumentativa de quienes sostienen una u otra opinión y, en general, una serie de circunstancias, de factores «espurios», que hacen que no pueda identificarse sin más «opinión mayoritaria» y «opinión razonable». ¿Debemos excluir *a priori* la posibilidad de que, en ocasiones, la opinión razonable —o la más razonable— sea precisamente la opinión de hecho minoritaria?

Si en lugar de un consenso de tipo fáctico recurrimos a uno de tipo ideal o «racional» podemos solucionar quizá estos problemas, aunque, desde luego, nos vamos a tropezar con algunos otros. Uno es la dificultad de poder utilizar operativamente esta noción, habida cuenta de que la prueba de la razo-

nabilidad —o de la mayor razonabilidad— de una decisión radicaría en un juicio simplemente hipotético: si se cumplieran ciertas condiciones, o se siguieran ciertas reglas, etc., se produciría acuerdo en torno a una determinada decisión; pero el problema es que quienes deben emitir ese juicio hipotético son seres reales, por ejemplo, *A* y *B*, y es posible que *A* pretenda que el acuerdo se produzca en torno a *X*, y *B* en torno a *Y*. Otra dificultad consiste en la determinación de cuáles serían esas condiciones ideales.

La primera dificultad me parece insalvable, aunque quizá tenga un carácter menos grave de lo que parece a primera vista. Al fin y al cabo, el consenso fáctico también tendría que operar muchas veces hipotéticamente, y, después de todo, el razonamiento jurídico es siempre, en un aspecto importante, hipotético en la medida, precisamente, en que es consecuencialista: una manera frecuente de argumentar en Derecho [tan frecuente, que Mac Cormick ha podido decir que todo el razonamiento jurídico es, dentro de ciertos límites, consecuencialista (cfr. MacCormick, 1978)] consiste en preferir la solución *X* a *Y*, porque *X* produciría mejores resultados.

Para tratar de resolver el segundo problema cabe seguir diversas vías: las teorías del espectador imparcial, que se remontan por lo menos a Hume (cfr. Mugerza, 1977), la idea de Perelman del auditorio universal (Perelman y Olbrecht Tyteca, 1970), la posición originaria rawlsiana (Rawls, 1973), la comunidad ideal de diálogo (Habermas, 1981), etc. Aquí no voy a entrar en un análisis de las mismas que muestre sus semejanzas y diferencias, cuales son sus respectivos puntos débiles, etc. Para los efectos que me interesan no habría mayor diferencia en aceptar que el consenso tendría que producirse entre agentes racionales, suficientemente informados, imparciales y libres, o bien entre agentes que discuten siguiendo las reglas y principios del discurso práctico racional (cfr. Alexy, 1978 y 1981), etc. Importa, sin embargo, señalar dos cuestiones que juzgo de particular interés.

La primera es que, desde este punto de vista, no existe diferencia entre la argumentación jurídica y cualquier otro tipo de argumentación práctica (por ejemplo, la argumentación moral). Con ello quiero decir que se puede exigir, por ejemplo, que quienes cumplan esas condiciones sean agentes que discutan siguiendo las reglas y principios de la racionalidad práctica y que el consenso, sin embargo, recaiga sobre decisiones que los hayan infringido; el criterio del consenso podría, por ejemplo, permitir justificar una decisión basada en una ficción (sin utilizar, naturalmente, para ello otra ficción). En este nivel argumentativo (o, mejor, metaargumentativo), el razonamiento jurídico (si es que todavía puede llamarse así) estaría tan poco limitado como el moral.

La segunda cuestión es que la operatividad del criterio del consenso ideal

está facilitada, en el caso de las decisiones jurídicas, por el hecho de que aquí no se trata, en general, de buscar criterios de justicia de carácter abstracto, sino de responder a cuestiones concretas, que presuponen, además, la existencia de variados puntos de acuerdo. La estrategia a seguir debería consistir, pues, en proceder no de «arriba abajo», sino de «abajo arriba» para encontrar esos puntos de acuerdo [no serían otra cosa que los lugares comunes de la tónica (cfr. Viehweg, 1974)] de los que depende, en buena medida, el control de razonabilidad de las decisiones jurídicas. Se trataría, en definitiva, de combinar el consenso ideal con el consenso fáctico, lo cual no me parece que sea un proceder ilegítimo, sino la única manera de no sacrificar ni la operatividad ni la potencialidad crítica del criterio (6). Volveré de nuevo al ejemplo de la ley de objeción de conciencia para indicar cómo podría funcionar.

Según se ha visto, la decisión de que la ley en cuestión era constitucional (D_1) descansaba en el presupuesto de que el derecho de objeción de conciencia es un derecho autónomo, pero no fundamental (P_1), mientras que la decisión contraria (D_2) tenía como presupuesto la consideración del derecho de objeción de conciencia como derecho fundamental (P_2). A partir de aquí me parece que podría decirse (supuesto —como creo que así es de hecho— que ninguna de las dos partes comete en este tramo un «error de argumentación») que si se aceptara P_1 , el acuerdo (entre seres racionales, etcétera) se produciría en relación con D_1 , pero si se aceptara P_2 , el acuerdo recaería sobre D_2 . Con ello, naturalmente, lo único que se ha hecho es desplazar el problema un paso más atrás. Pero ¿cómo decidir ahora entre P_1 y P_2 ? Es decir, ¿cómo hacer para atribuir un mayor peso a una u otra premisa? Tendríamos que volver a la sentencia para ver cómo se fundamentan, respectivamente, P_1 y P_2 . Si así lo hiciéramos, nos encontraríamos con que tanto el criterio mayoritario del Tribunal (D_1) como el del magistrado discrepante (D_2) tienen en cuenta, a la hora de argumentar, respectivamente, en favor de P_1 y de P_2 , una sentencia anterior del propio Tribunal Constitucional (5/1982, de 23 de abril). Cada parte la interpreta de manera distinta, pero el dato relevante aquí es que ambas partes aceptan dicha sentencia,

(6) Dicha combinación de ambos criterios (el consenso fáctico y el consenso racional) presupone la existencia de un nuevo criterio (una meta-regla) que sería el siguiente: «Sólo es necesario apelar al consenso ideal en caso de que no exista un consenso fáctico claro o, aun existiendo, si hay motivos para poner en duda la justificabilidad del mismo.» Dicho de otra manera: se establece una presunción en favor de la justificabilidad del consenso fáctico, pero si se puede justificar que el consenso ideal recaería sobre una decisión distinta, entonces (a la hora de determinar lo que haya de considerarse como una decisión razonable) prevalece éste sobre aquél.

es decir, pretenden seguir el (o no apartarse del) criterio sentado allí. Supongamos además que no hay ningún otro argumento en favor de P_1 o de P_2 (y de D_1 y D_2). La cuestión podría plantearse ahora de manera más concreta: si se acepta el criterio de aquella sentencia (Q) y se mantienen las condiciones ideales antes indicadas, ¿cuál de las dos interpretaciones, que llevan, respectivamente, a P_1 y P_2 , gozaría de un mayor consenso?

Aunque a los efectos de la argumentación no sea importante la respuesta concreta, sino la manera de plantear el problema, yo diría que el acuerdo —o el mayor acuerdo— se produciría en torno a P_2 . Entre el criterio establecido en la sentencia de 1982 (y recogido en la argumentación del magistrado discrepante), según el cual la libertad de conciencia constituye una «concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16» (ap. 1) (el carácter *fundamental* de este último derecho no ofrece dudas), y P_2 (la tesis de que la objeción de conciencia es un derecho fundamental) hay una fuerte y clara conexión, que lleva a atribuir a P_2 un peso elevado. Por el contrario, la argumentación de la mayoría del Tribunal de que «tampoco de esta sentencia (la de 1982) se infiere que se entendiera que el derecho cuestionado tuviera rango fundamental. Lo que en dicha sentencia se hizo fue declarar la naturaleza constitucional del derecho a la objeción de conciencia» (fund. juríd. 3.º), tiene toda la apariencia de un subterfugio que, por otro lado, obliga al Tribunal a crear la «extraña» categoría (extraña, pues sólo albergaría a un miembro) de los «derechos autónomos no fundamentales» (cfr. Capella, 1987), recogida en P_1 ; P_1 tendría, por tanto, un peso considerablemente menor que P_2 (7). Y si esto es así, habría que decir que la decisión D_1 está peor justificada que D_2 , pues se basa en premisas que, comparativamente, son más débiles que las de D_2 . D_1 no logra un equilibrio óptimo entre las diversas exigencias que se planteaban en el caso, sino que sacrifica injustificadamente las derivadas del derecho de objeción de conciencia. Por tanto, D_2 , es decir, declarar en este punto la inconstitucionalidad de la ley, hubiese sido la decisión razonable.

8. Como resumen de todo lo dicho hasta aquí podría proponerse esta definición de «decisión jurídica razonable»: una decisión jurídica es razonable en sentido estricto si, y sólo si, 1) se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean

(7) La situación podría interpretarse en el sentido de que P_1 es menos coherente (tomada la expresión en el sentido más o menos habitual hoy que presupone la distinción entre coherencia y consistencia) que P_2 .

en la decisión, y 3) obtiene un máximo de consenso. La definición en cuestión y el análisis que la precede deberían valorarse más o menos positivamente, en la medida en que hayan alcanzado los dos siguientes objetivos: 1) ofrecer una reconstrucción de la noción de lo razonable en el Derecho (en el campo de análisis delimitado) que suponga una síntesis —y no una simple amalgama— de los diversos elementos que ordinariamente se conectan con la idea, y 2) proponer una noción de lo razonable que no pueda usarse simplemente para justificar, en calidad de tal, prácticamente cualquier solución que pueda adoptarse ante un caso difícil o trágico, sino que contenga una cierta potencialidad crítica, esto es, que pueda utilizarse como un criterio, o un esquema de criterio, que permita justificar que una determinada interpretación o decisión es preferible (está más justificada) que otra.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- AARNIO, Aulis: *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*, Reidel, Dordrecht-Boston-Tokio, 1987.
- ALEXY, Robert: *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Francfort del Maino, 1978.
- «Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation», en *Rechtstheorie*, Beiheft núm. 2, 1981, pp. 177-188 (trad. castellana de E. GARZÓN VALDÉS [comp.], *Derecho y filosofía*, Alfa, Barcelona-Caracas, 1985).
- «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en *Doxa*, núm. 5, Alicante, 1988.
- CALABRESI, Guido, y BOBBITT, Philip: *Tragic Choices*, Norton, Nueva York, 1978.
- CAPELLA, Juan Ramón; GORDILLO, José Luis, y ESTÉVEZ, José Antonio: «La objeción de conciencia ante el Tribunal Constitucional», en *El País*, 30 de noviembre de 1987.
- DWORKIN, Ronald: *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977.
- *A matter of principles*, Clarendon Press, Oxford, 1985.
- HABA, Enrique: «Lo racional y lo razonable», en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, XVI (43), 1, 1978, pp. 1-32.
- HABERMAS, Jürgen: *Theorie der kommunikativen Handlung*, Suhrkamp, Francfort del Maino, 1981 (trad. cast. de M. JIMÉNEZ: *Teoría de la acción comunicativa*, 2 vols., Taurus, Madrid, 1988).
- HÖFFE, Otfried: *Estudios sobre teoría del Derecho y la justicia*, Alfa, Barcelona-Caracas, 1988.
- KLUG, Ulrich: *Juristische Logik*, núm. 4, Ed. Springer-Verlag, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1982.
- LUHMANN, Niklas: *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart-Berlín-Colonia-Mainz, 1974.

- MACCORMICK, Neil: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.
- «On reasonableness», en PERELMAN, Ch., y VANDER ELST, R.: *Les notions à contenu variable en Droit*, Ed. Bruylant, Bruselas, 1984.
- «The limits of rationality in legal reasoning», en MACCORMICK, N., y WEINBERGER, Ota: *An institutional theory of law. New approaches to legal positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986.
- MUGUERZA, Javier: *La razón sin esperanza*, Taurus, Madrid, 1977.
- NINO, Carlos: «Razones y prescripciones», en *Análisis filosófico*, vol. I, núm. 1, 1981, pp. 37-48.
- PECZENIK, Aleksander: «A model of legal reasoning», en *Rechtstheorie*, Beiheft núm. 10, 1984.
- PERELMAN, Chaim: «Le raisonnable et le déraisonnable en droit», en *LGLJ*, París, 1984.
- PERELMAN, Chaim, y OLBRECHT TYTECA, Lucie: *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, Universidad Libre de Bruselas, 1970.
- RECASÉNS SICHES, Luis: *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Dianoa, México, 1956.
- RESCHER, Nicolas: *Plausible reasoning. An introduction to the theory and practice of plausibilistic inference*, Atlantic, Highlands, 1976.
- VIEWEWEG, Theodor: *Topic und Jurisprudence*, 5.ª ed., Beck, Munich, 1974 (trad. cast. de L. Díez-PICAZO, de la 1.ª ed. alemana, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964).
- WEINBERGER, Ota: «Die Rolle des Konsenses in der Wissenschaft, im Recht und im der Politik», en *Rechtstheorie*, Beiheft núm. 2, 1981.
- WRÓBLEWSKI, Jerzi: «Legal Syllogism and rationality of judicial decision», en *Rechtstheorie*, núm. 5, 1974, pp. 33-46.