LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. DE NUEVO SOBRE LOS CASOS TRÁGICOS

Manuel ATIENZA
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Casos fáciles y casos difíciles. 3. Los casos trágicos. 3.1 Casos difíciles y casos trágicos. 3.2 Juristas y filósofos ante los casos trágicos. 3.3 Tipos de casos trágicos. ¿Existen en el Derecho casos trágicos? 4. ¿Qué hacer frente a los casos trágicos?

1. INTRODUCCIÓN

EN los últimos años, el problema de la interpretación –y, en particular, el de la interpretación constitucional– parece estar en el centro de la teoría jurídica. Las razones son, creo, bastante obvias. Una de ellas es el carácter de *supralegalidad* que se reconoce a las Constituciones contemporáneas: la interpretación constitucional es, así, una interpretación *superior* a la de las otras normas; o, si se quiere decir de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de posibilidad de la interpretación de todas las otras normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución. La otra razón deriva de la peculiaridad que tienen las Constituciones –en relación con los otros materiales jurídicos– en el sentido de que aquí predominan enunciados de principio o enunciados valorativos, cuya interpretación presenta una mayor complejidad –da lugar a mayores disputas– que la de las normas –entendida la expresión en su sentido más amplio– del resto del ordenamiento jurídico.

AFDUAM 1 (1997). pp. 245-266.

Estas y otras razones (como, por ejemplo, el que la interpretación auténtica o definitiva de la Constitución esté confiada a órganos que difieren de los órganos jurisdiccionales ordinarios en diversos aspectos como es el de la elección *política* de sus miembros) plantean dos tipos de problemas que, en términos tradicionales, podrían llamarse el problema de la naturaleza y el de los límites de la interpretación constitucional. El primero de ellos –del que no me voy a ocupar aquí– es el de si la interpretación constitucional –la que llevan a cabo los tribunales constitucionales– es o no un tipo de interpretación *jurídica*, qué diferencias presenta en relación con la de los tribunales ordinarios, si el método de la ponderación difiere o no esencialmente del de la subsunción, etc. El problema de los límites, a su vez, puede entenderse referido a los límites externos o a los internos. En el primer caso, la cuestión fundamental a tratar será la de la separación entre jurisdicción y legislación, esto es, la de los límites del activismo judicial, la legitimidad de los tribunales constitucionales, etc. En el segundo, los límites internos, se trata de ver si los tribunales constitucionales –y, en general, cualquier tribunal– pueden cumplir con la función que el propio sistema jurídico parece asignarles: dictar resoluciones correctas para los casos que se les presenten, realizar la justicia a través del Derecho. Manuel Aragón plantea si la cuestión: «Interpretación "constitucional" de la ley, argumentación y fundamentación jurídicas, resolución justa y no sustitución del legislador. He aquí las cuatro condiciones para la correcta interpretación de la Constitución, modificando, en este caso, sólo la primera: en lugar de la interpretación "constitucional" de la ley, la interpretación "constitucionalmente adecuada" de la Constitución. Y, concretando, que la resolución "justa" ha de entenderse como "justa pero jurídicamente correcta"» (1986, p. 129).

El problema que me interesa tratar aquí es este último o, si se quiere, un aspecto de este último: la tesis que pretendo sostener es que uno de los límites de la racionalidad jurídica viene dado por la existencia de casos trágicos; o, dicho quizá en forma más exacta, que la racionalidad jurídica no puede (no debe) desconocer la existencia de casos trágicos, debe dejar un lugar para el sentimiento de lo trágico en el Derecho.

2. CASOS FÁCILES Y CASOS DIFÍCILES

La distinción entre casos fáciles y casos difíciles juega un papel esencial en lo que cabría denominar como «teorías estándar» de la argumentación jurídica, y, también, más en general, en la teoría del Derecho contemporánea.

Así, por ejemplo, Marmor ha sostenido recientemente que el positivismo jurídico implica o presupone esa distinción, pues de otra manera no podría aceptarse que existe una separación conceptual entre lo que es y lo que debe ser Derecho: «Esta tesis de la separación –ha escrito este autor en un interesante libro sobre

interpretación y teoría jurídica– supone necesariamente la asunción de que los jueces pueden (al menos en algunos casos estándar) *identificar* el Derecho y *aplicarlo* sin referencia a consideraciones sobre lo que, en las circunstancias, debe ser el Derecho. En otras palabras, la distinción entre el Derecho como es y como debe ser implica una distinción paralela entre las actividades de *aplicar* el Derecho y *crearlo*. Esto sugiere también una particular perspectiva sobre el papel de la interpretación en la aplicación judicial del Derecho. La interpretación se entiende que designa típicamente una actividad (parcialmente) creativa; tiene que ver con determinar el significado de lo que en algún aspecto relevante no es claro o es indeterminado. Dicho de manera aproximativa, se puede decir que la interpretación añade algo nuevo, previamente no reconocido, a aquello que se interpreta. Tomado conjuntamente con el punto anterior, ello implica que el positivismo jurídico no puede aceptar el punto de vista de que el Derecho es siempre objeto de interpretación. Se da por sentado que, en mayor o menor medida, los jueces participan, a través de su actividad interpretativa, en el proceso de crear Derecho. Antes, sin embargo, tiene que haber un Derecho para interpretar» (Marmor 1991, pp. 124-125). O sea, casos fáciles son aquellos (que ciertamente existen) en los que no hay más que aplicación pura y simple del Derecho, mientras que en los casos difíciles la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos existentes; por eso, estos últimos requieren, a diferencia de los primeros, una labor interpretativa.

Por lo que se refiere, en particular, a la teoría de la argumentación jurídica, la importancia de la distinción –suele decirse– radica en que la justificación de las decisiones a tomar en unos u otros casos tendría un distinto carácter. O, mejor dicho, en los casos fáciles (y supuesto que el juez tiene el deber de aplicar las reglas del Derecho válido y puede identificar cuáles son esas reglas válidas a través de la aceptación de criterios de reconocimiento compartidos), la justificación consistiría en efectuar una mera deducción, el consabido silogismo judicial, cuya conclusión –en esto conviene insistir– no es una decisión (por ejemplo, «condeno a X a la pena P»), sino una norma (*«debo* condenar a X a la pena P») (1). Por el contrario, en los casos difíciles –cuando existen dudas concernientes a la premisa normativa, a la premisa fáctica o a ambas– la justificación de la decisión no puede contenerse únicamente en un razonamiento deductivo. A los criterios de la lógica –la lógica en sentido estricto o lógica deductiva– debe añadirse los de la llamada «razón práctica», que se contienen en principios como el de universalidad, coherencia, consenso, etc.

Ahora bien, lo anterior no implica que la distinción entre casos fáciles y difíciles sea, sin más, aceptable. De hecho, ha sido, y es, discutida desde diversos puntos de vista.

---

(1) Sigo básicamente el planteamiento de MacCormick (1978). Esta última distinción se encuentra también en Marmor cuando señala que la aplicación no es cuestión de lógica (1994, p. 128).

Para empezar, cabe dudar de que la misma tenga un carácter razonablemente claro, dada la ambigüedad con que habitualmente se usan esas expresiones y la diversidad de problemas a los que se alude. Así, Pablo Navarro ha señalado, por un lado, los múltiples significados con que se usa la expresión «caso difícil». «Por ejemplo –escribe–, un caso C es considerado difícil si:

a) No hay una respuesta correcta a C.

b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresan son vagos, poseen textura abierta, etc.

c) El Derecho es incompleto o inconsistente.

d) No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas.

e) C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.

f) C no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.

g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.

h) La solución de C involucra necesariamente a juicios morales» (Navarro 1993, pp. 252-253).

Por otro lado, Navarro advierte también sobre la necesidad de distinguir entre problemas conceptuales (qué es un caso fácil o difícil), fácticos (qué hacen los jueces, los abogados, etc., ante un caso fácil o difícil) o normativos (qué se debe hacer en un caso fácil o difícil).

No parece, sin embargo, muy claro que se le pueda dar la razón en cuanto a la exigencia de esta triple distinción, ya que el aspecto de comportamiento y el justificativo parecen formar parte de las propiedades definitorias de caso fácil o difícil [como él mismo sugiere, cuando indica que aunque la caracterización de caso difícil no es unívoca, «es obvio que pueden establecerse algunas relaciones entre los distintos enfoques» (p. 253)]. Esto, por cierto, no implica ningún error de tipo conceptual o cosa por el estilo. Así, cabe perfectamente aceptar como caracterización –o, al menos, como punto de partida para la caracterización– de caso difícil aquellos que cumplen los requisitos indicados anteriormente bajo las letras *d)* a *h):* las notas *b)* y *c)* quedan excluidas porque lo que recogen son tipos o causas de los casos difíciles; y la nota *a),* porque no todos los autores que utilizan la distinción aceptan lo ahí contenido, es decir, ésta sería, por así decirlo, una nota polémica.

Las dificultades, sin embargo, no se acaban aquí. Como es bien sabido, la tesis de Dworkin con respecto a los casos difíciles es que, en relación con ellos como en relación con los casos fáciles, el juez no goza de discrecionalidad, pues también aquí existe una única respuesta correcta; o, dicho en los términos más cautelosos con los que a veces se expresa: «las ocasiones en las que una cuestión jurídica no tiene respuesta correcta en nuestro sistema jurídico [y, cabe generalizar, en los Derechos de los Estados democráticos] pueden ser mucho más raras de lo que generalmente se supone» (Dworkin 1986a, p. 119). Por eso, frente a la crí-

tica de que su concepción del Derecho como integridad sólo valdría para los casos difíciles, Dworkin no tiene inconveniente en replicar que la distinción entre casos fáciles y casos difíciles «no es tan clara ni tan importante» como esa crítica supone y que «los casos fáciles son, para el Derecho como integridad [o sea, para su concepción del Derecho] sólo casos especiales de casos difíciles» (Dworkin 1986b, p. 266). Lo que Dworkin llama «el problema del caso fácil» consistiría en lo siguiente: «puede ser difícil saber si el caso actual es un caso fácil o difícil, y Hércules no puede decidirlo al utilizar su técnica para casos difíciles sin dar por sentado lo que queda por probar» (Dworkin 1986b, p. 354). Pero esto le parece a Dworkin justamente un pseudoproblema: «Hércules no necesita un método para casos difíciles y otro para fáciles. Su método funciona también en los casos fáciles, pero como las respuestas a las preguntas que hace son entonces obvias, o al menos parecen serlo, no nos damos cuenta de que está funcionando una teoría. Pensamos que la pregunta sobre si alguien puede conducir más rápido de lo que estipula el límite de velocidad es una pregunta fácil porque suponemos de inmediato que ninguna descripción del sistema legal que negara dicho paradigma sería aceptable. Pero una persona cuyas convicciones sobre justicia y equidad fueran muy diferentes de las nuestras no hallaría tan fácil esa pregunta; aun si terminara aceptando nuestra respuesta, insistiría en que nos equivocamos al estar tan confiados. Esto explica por qué las preguntas consideradas fáciles durante un período se tornan difíciles antes de volver a ser otra vez fáciles, pero con respuestas opuestas» (Dworkin 1986b, p. 354).

La relativización de Dworkin en cuanto a la distinción caso fácil/caso difícil es de signo bastante diferente a la que sostienen los (o algunos de los) integrantes del movimiento *Critical Legal Studies* (cfr., por ejemplo, Kennedy 1986). Cabría decir, incluso, que son de signo diametralmente opuesto: mientras que para Dworkin, en cierto modo –y a pesar de su frase antes transcrita–, todos los casos son, en última instancia, fáciles, puesto que poseen una sola respuesta correcta (2), para los *CLS* no cabría hablar prácticamente nunca de caso fácil, esto es, de caso con una única respuesta correcta. No es por ello de extrañar el alejamiento explícito de Dworkin con respecto a esa concepción [aunque no deja de reconocer que sus pretensiones escépticas de tipo general, entendidas en cuanto escepticismo interno (3), son importantes] y que, entre otros motivos, descansa en el reproche que

(2) Así lo afirma Barak (1987, p. 28), quien considera que en los casos difíciles existen varias respuestas correctas *(lawful)* y de ahí que el juez tenga (limitadamente) que ejercer su discreción.

(3) Dworkin distingue entre el escepticismo externo y el interno. Según el primero, los valores morales no formarían parte de la «fábrica» del universo: cuando uno dice que la esclavitud es injusta, no estaría afirmando algo sobre la realidad, sino proyectando sus opiniones sobre el mundo. Por el contrario, el escepticismo interno –el escepticismo relevante para Dworkin– lo que sostiene es que no puede decirse que una opinión moral sea superior a otra («la esclavitud es injusta» no goza de mejores argumentos en su favor, en la discusión moral, que «la esclavitud es justa») (Dworkin, 1986b, pp. 76-86 y 266-267; cfr. también Moreso, 1966, cap. V).

les dirige por haber pasado por alto la distinción entre competencia y contradicción entre principios, esto es, por interpretar como contradicción lo que no pasa de ser competencia entre principios de manera que, por esa vía, todos los casos resultan ser –o, mejor, parecen ser– difíciles (4).

Frente al escepticismo «radical» de los *CLS*, el punto de vista de un autor como Posner representaría un escepticismo que él mismo califica de «moderado» y «epistemológico». Posner no niega que existan casos fáciles y casos difíciles, pero pone en duda que muchos de estos últimos puedan ser resueltos en forma metódica. «Muchas –aunque ciertamente no la mayoría y quizá sólo una pequeña fracción– de las cuestiones jurídicas en nuestro sistema, y sospecho que también en muchos otros, no son simplemente difíciles, sino imposibles de ser contestadas mediante los métodos del razonamiento jurídico. Como resultado, las respuestas –la enmienda catorce garantiza ciertos derechos a los padres de hijos ilegítimos, el derecho a la intimidad sexual no incluye la sodomía, el dueño de un hotel tiene un deber de cuidado en relación con personas que han sufrido un daño por causa de un huésped borracho, las leyes contra la venta de niños hacen que no sean exigibles los contratos de maternidad subrogada, y así hasta el infinito– dependen de juicios de *policy*, de preferencias políticas y valores éticos de los jueces o (lo que claramente no es distinto) de la opinión pública dominante que actúa a través de los jueces, antes que del razonamiento jurídico considerado como algo diferente de la *policy*, o la política, o los valores, o la opinión pública. Algunas veces estas fuentes de creencias permitirán a un juez llegar a un resultado que se pueda demostrar correcto, pero frecuentemente no; y cuando no, la decisión del juez será indeterminada, en el sentido de que una decisión de otro tipo sería considerada con la misma probabilidad correcta por un observador informado e imparcial» (1988, p. 316). De todas formas –por eso su «moderación»–, Posner considera que aunque los procedimientos o métodos del razonamiento jurídico no sean suficientes para establecer la corrección de las decisiones, la justificación de las decisiones judiciales en esos casos no tiene por qué consistir en una sarta de mentiras destinadas a ocultar los verdaderos –e inconfesables– motivos de la decisión: «El hecho de que no pueda mostrarse que una posición es correcta no significa que sea el producto de la pasión o de la vileza. La posición puede reflejar una visión social que puede ser articulada y defendida aun cuando no pueda probarse que es correcta o falsa. Pocas proposiciones éticas –casi ninguna de las que la gente está interesada en debatir– puede probarse que sea correcta o equivocada *(right or wrong)* y sin embargo el discurso ético no es infructuoso; y en los casos indeterminados, el discurso jurídico es una forma de discurso ético o político» *(ibid.*, p. 362).

---

(4) Dworkin ilustra esa crítica con un ejemplo a propósito de los principios que entran en juego en los supuestos de compensación por accidente en el Derecho norteamericano (1986b, pp. 274-275 y 441 y ss.).

En fin, cabe pensar también que la distinción entre casos fáciles y difíciles (y, aproximadamente, en los términos antes señalados) es, en lo fundamental, aceptable –incluso necesaria– pero necesita ser «enriquecida», en el sentido de que se deberían trazar nuevas categorías situadas «entre» los casos fáciles y los difíciles, y también, «más allá» de unos y otros.

Entre los casos fáciles y los difíciles se situarían, por ejemplo, los que Barak ha llamado casos «intermedios» y que integran una buena porción de los que llegan a los tribunales superiores y constitucionales. «Los casos intermedios se caracterizan por el hecho de que, en el análisis final, el juez no tiene discreción para decidir. Desde esta perspectiva, son casos fáciles: lo que los sitúa aparte de los casos fáciles es sólo que en los casos intermedios ambas partes parecen tener un argumento jurídico legítimo que apoya su posición. Se necesita un acto consciente de interpretación antes de que el juez pueda concluir que el problema *(argument)* es realmente infundado y que sólo hay una solución jurídica. Cualquier jurista que pertenezca a la comunidad jurídica de que hemos hablado llegará a esta conclusión –de que sólo hay una solución jurídica–, de manera que si el juez fuera a decidir de otra forma, la reacción de la comunidad sería que ha cometido un error... En todos estos casos..., después de un balance y sopesamiento consciente –que a veces requiere un esfuerzo coordinado y serio– y en el marco de las reglas aceptadas, todo jurista versado llegará a la conclusión de que sólo existe una posibilidad y de que no hay discreción judicial» (Barak, 1987, pp. 39-40).

Y más allá de los casos fáciles y de los difíciles están los que cabe llamar casos trágicos: aquellos que no tienen ninguna respuesta correcta y que, por lo tanto, plantean a los jueces no el problema de cómo decidir ante una serie de alternativas (o sea, cómo ejercer su discreción), sino qué camino tomar frente a un dilema. Pero antes de llegar ahí, antes de enfrentarnos con la cuestión de cómo actuar frente a una situación trágica, conviene aclarar dos cuestiones previas: qué cabe entender específicamente por caso trágico y si realmente existen casos trágicos en el Derecho.

3. LOS CASOS TRÁGICOS

3.1 Casos difíciles y casos trágicos

La discusión en torno a los casos difíciles en la teoría del Derecho contemporánea –sin duda por influencia de la obra de Dworkin– ha girado en torno a cuestiones como la de si para todos los casos jurídicos (incluidos, pues, los difíciles) existe una única respuesta correcta, si el juez dispone o no de discrecionalidad, aunque sea limitada, en los casos difíciles, en qué consiste, cómo se ejerce o fundamenta la discrecionalidad judicial, etc. Ello, sin embargo, supone dar por senta-

do que para todo caso jurídico existe al menos una respuesta correcta; o, si se quiere decirlo de otra manera, el presupuesto último del que parte el paradigma dominante de teoría del Derecho (que incluye tanto a Dworkin como a lo que he llamado la teoría estándar de la argumentación jurídica –autores como MacCormick, Alexy, Aarnio o Peczenik– y, por supuesto, la metodología jurídica de corte más tradicional) es el de que en el Estado de Derecho contemporáneo «siempre es posible "hacer justicia por medio del Derecho"» (Atienza, 1991, p. 251).

Ahora bien, una valoración tan positiva de nuestros Derechos va ligada –como no podía ser menos– a una ideología de signo inequívocamente conservador y a la que no veo ninguna razón para adherirse. Sigo por ello considerando acertada una de las conclusiones a que llegaba en un libro de hace algunos años, dedicado a exponer –y criticar– las teorías dominantes de la argumentación jurídica. «En mi opinión –afirmaba–, la teoría de la argumentación jurídica tendría que comprometerse con una concepción –una ideología política y moral– más crítica con respecto al Derecho de los Estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva más realista. Quien tiene que resolver un determinado problema jurídico, incluso desde la posición de juez, no parte necesariamente de la idea de que el sistema jurídico ofrece una solución correcta –política y moralmente correcta– del mismo. Puede muy bien darse el caso de que el jurista –el juez– tenga que resolver una cuestión y argumentar en favor de una decisión que es la que él estima como correcta, aunque, al mismo tiempo, tenga plena conciencia de que ésa no es la solución a que lleva el Derecho positivo. El Derecho de los Estados democráticos no configura necesariamente el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (aunque sí que sea el mejor de los mundos jurídicos existentes). La práctica de la adopción de decisiones jurídicas mediante instrumentos argumentativos no agota el funcionamiento del Derecho, que consiste también en la utilización de instrumentos burocráticos y coactivos. E incluso la misma práctica de argumentar jurídicamente para justificar una determinada decisión puede implicar en ocasiones un elemento trágico» (Atienza, 1991, pp. 251-252) (5).

Lo que en ése y en un trabajo anterior (1989) entendía por «caso trágico» eran aquellos supuestos en relación con los cuales «no cabe encontrar ninguna solución (jurídica) que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral» (Atienza, 1991, p. 252); o, dicho de otra manera, los casos en relación con los cuales «no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo» (Atienza, 1989, p. 101). Distinto, y por encima, del equilibrio mínimo estaría el equilibrio óptimo que lo

(5) La idea de que nuestros Derechos democráticos no constituyen el mejor de los mundos jurídicos posibles la tomaba de un trabajo de Tugendhat (1980). Esta misma idea es la que parece contenerse (Bayón, 1985) en la síntesis entre Dworkin y Ely efectuada por Barber (*On What the Constitution Means*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1984), para dar cuenta de la noción de supremacía constitucional.

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 (una de esas reglas podría ser, por ejemplo, la que prescribe no sacrificar nunca una exigencia que tenga un mayor peso en aras de otras de menor peso, aunque la suma de estas últimas arrojaran un peso superior a la primera)» *(ibid.*, p. 100). A partir de aquí, la diferencia que cabría establecer entre quienes, como Dworkin, entienden que siempre –o casi siempre– puede encontrarse una respuesta correcta y quienes –como hemos visto– niegan esa pretensión afectaría al logro del equilibrio óptimo, pero no del mínimo; es decir, lo que se discute es si cabe siempre decir que una respuesta es *mejor* que otra, pero no si hay alguna *buena* respuesta: unos y otros estarían de acuerdo en 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 decisión» *(ibid.*, p. 99).

Todo ello, por cierto, presupone que en los casos difíciles se da siempre una contraposición entre principios o valores (entendiendo por valores la dimensión justificativa de las normas contempladas como razones para la acción) que ha de resolverse mediante una operación de ponderación en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo. Esto es sin duda cierto, pero no debe llevar a pensar que en los casos fáciles (y quizá en algunos de los que llamábamos intermedios) no habría, por así decirlo, más que una operación de subsunción del caso bajo el supuesto de hecho de la regla, o del conjunto de reglas, aplicable; y como las reglas –tal y como he sostenido en varios trabajos escritos conjuntamente con Juan Ruiz Manero– suponen razones para la acción perentorias o excluyentes, de ahí se seguiría que, en los casos fáciles, no cabría hablar de deliberación por parte, por ejemplo, del juez que tuviera que resolverlo, sino simplemente de obediencia a las reglas. Esto, sin embargo, no es exactamente así, pues «un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible *a la luz del sistema de principios* que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate»; esto es, la obediencia a las reglas, a las razones perentorias, que se dan en los casos fáciles «exige la previa deliberación (del juez) y sólo tiene lugar en el territorio acotado por ésta» (Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. 22 y 23). En definitiva, para los órganos judiciales, el Derecho constituye, en nuestra opinión –y bien se trate de casos fáciles o difíciles– «un *sistema excluyente* (en cuanto que el órgano jurisdiccional sólo puede atender a razones contenidas explícita o implícitamente en el propio Derecho) en un doble nivel y en un doble sentido. En un primer sentido –y en un primer nivel– por cuanto que impone a tales órganos jurisdiccionales el deber de componer un balance de razones integrado únicamente por las constituidas por las pautas jurídicas, siendo admisible la toma

en consideración de otras razones únicamente en la medida en que las propias pautas jurídicas lo permitan. En un segundo sentido –y en un segundo nivel– por cuanto que tal balance de razones remite, no en todos los casos, pero sí en la mayoría, a adoptar como base de la resolución una regla jurídica, esto es, una razón perentoria. Cabría así dividir los casos en dos grupos: aquéllos cuya resolución se fundamenta en el balance de razones jurídicas que se integran en la deliberación del órgano jurisdiccional, y aquellos otros en los que tal balance de razones exige el abandono de la deliberación y la adopción como base de la resolución de una razón perentoria» (6) (*ibid.*, pp. 23-24).

Esta forma de ver las cosas, por cierto, deja por así decirlo indecidida la cuestión de si existen o no casos trágicos en nuestros Derechos, esto es, un tipo de caso difícil en el que el «balance de razones» no permite llegar a una solución satisfactoria, a una solución –como antes decía– que no suponga el sacrificio de algún valor –o exigencia valorativa– considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral (cfr. Atienza y Ruiz Manero, 1996, p. 141).

3.2 **Juristas y filósofos ante los casos trágicos**

Ahora bien, como antes señalaba, la exclusión de estos casos trágicos es un presupuesto común a casi toda la teoría del Derecho contemporánea. Y ni siquiera cabe afirmar en rigor que sostengan la existencia de casos trágicos autores que, como Calabresi y Bobbitt, han estudiado y efectuado aportaciones notables en el campo de las llamadas «elecciones trágicas», esto es, las decisiones relativas a la producción y reparto de bienes que implican un gran sufrimiento o incluso la muerte, como ocurre en relación con el trasplante de órganos vitales, el control de la natalidad o el servicio militar en tiempo de guerra. El conflicto surge aquí, por un lado, entre «valores con los que la sociedad determina los beneficiarios de la distribución y (con la naturaleza) los perímetros de la escasez y, por otro lado, los valores morales humanistas que valoran la vida y el bienestar» (Calabresi y Bobbitt, 1978, p. 18). El actuar en el contexto de bienes necesariamente escasos hace que entren en conflicto «los valores últimos, los valores con los que una sociedad se define a sí misma. Preguntamos "¿Qué curso de acción no produce males?" (como Esquilo hace decir a Agamenón), pero sabemos que ninguna verdadera respuesta nos confortará. Como un crítico (R. B. Sewall) ha establecido, "A la base de la forma trágica está el reconocimiento de la inevitabilidad de paradojas,

(6) Esta postura, como se ve, es semejante a la, antes indicada, de Dworkin: la distinción entre casos fáciles y difíciles queda también aquí notablemente relativizada; las fronteras entre ambos tipos de casos son fluidas, pues siempre cabe que surjan circunstancias que hagan que el «sistema de los principios» impida que un determinado tipo de caso –hasta entonces fácil– pueda seguir siendo considerado como subsumible bajo una determinada regla o conjunto de reglas.

de tensiones y ambigüedades no resueltas, de los opuestos en equilibrio precario. Como el arco, la tragedia nunca se destensa"» *(ibid.*, pp. 18-19). Calabresi y Bobbitt parten de cuatro posibles aproximaciones o mecanismos para la toma de decisiones en esos contextos: el mercado, la política, el azar y la tradición. Todos ellos presentan inconvenientes que los vuelven inservibles, pero los dos primeros pueden ser modificados (con respecto a sus formas puras), para tratar así de salvar, al menos, alguno de esos inconvenientes. En relación con los mecanismos de tipo político, una de esas modificaciones consiste en recurrir a una instancia a quien no cabe exigir responsabilidad por sus actuaciones, como mecanismo de descentralización de las decisiones políticas, y cuyo prototipo sería, en uno de sus aspectos, el jurado. Frente a los problemas que plantean tales instituciones, los autores sugieren la posibilidad de recurrir al modelo del tribunal (frente al del jurado), pero rechazan tal posibilidad en los siguientes términos: «En esta discusión sobre las instancias sin responsabilidad adaptadas a las circunstancias, hemos tenido varias ocasiones para sugerir la relevancia de las críticas dirigidas a las dificultades asociadas con la toma de decisiones judiciales. ¿Es entonces el modelo para las instancias sin responsabilidad adaptadas y descentralizadas un tribunal modificado más bien que un jurado modificado? No lo creemos. Mientras que decisiones importantes han sido dejadas en nuestra sociedad a los tribunales, estas decisiones son muy distintas de aquellas a las que nos enfrentamos en las situaciones trágicas. La deseabilidad de las decisiones caso-a-caso, de las decisiones intersticiales, de la actualización de reglas desfasadas, del moverse en áreas de falta de legislación, de (lucha de) intereses o de estancamiento político; estos y los muchos otros campos de creación judicial de Derecho requieren, en último término, enunciados claros, lógicos y generalizables de por qué se ha llegado a una decisión. Las razones para utilizar instancias sin responsabilidad adaptadas para efectuar elecciones trágicas pueden reconducirse por el contrario al deseo de hacer que las razones para la decisión sean menos directas y quizá incluso menos obvias, mientras que al mismo tiempo se trata de asegurar que las decisiones estén basadas en valores sociales ampliamente compartidos. Es, en efecto, más bien difícil concebir que un órgano constituido como un tribunal pudiera considerarse apropiado para decidir sobre una elección trágica del tipo de asignar un órgano artificial o el derecho a tener niños, a no ser que –y por hipótesis esto lo hemos excluido en esta parte del libro– los estándares iniciales para la elección estuvieran responsablemente establecidos por la legislatura» *(ibid.*, pp. 71-72). Es decir, las decisiones trágicas en las que los autores piensan no son los casos trágicos que a nosotros nos interesan; no son los casos trágicos que llegan a los jueces, aunque sí cabría hablar en algún sentido de casos jurídicos, sobre todo cuando quienes toman esas decisiones son órganos de la Administración; los jueces podrían tener que revisar alguna de esas decisiones trágicas, pero las suyas no serían ya decisiones trágicas (ellos habrían traducido lo trágico a otros términos).

En contraste con esta actitud que quizá pudiera considerarse «natural» de los juristas a rehuir los casos trágicos, los filósofos –o algunos filósofos– parecen estar bastante más dispuestos a reconocer la existencia de casos (judiciales) trágicos. O, al menos, esta es la actitud que puede encontrarse en dos obras recientes de Javier Muguerza y de Paul Ricoeur. A los dos, y seguramente por razones no muy distintas, la perspectiva de que existan casos jurídicos trágicos en el sentido que los venimos definiendo les produce más alivio que inquietud.

En el caso de Muguerza, cabría decir que el sentido de la tragedia es necesario para preservar la tensión entre el Derecho y la justicia (Muguerza 1994, p. 552); la sensibilidad para lo trágico mostraría cuando menos que el juez tiene «problemas de conciencia» *(ibid.*, p. 553), esto es, que tiene la voluntad de moralidad, de prestar oídos a la conciencia: «Desde luego –precisa Muguerza– la buena voluntad no basta por sí sola para garantizarnos el acierto moral, que depende también de nuestros actos y de sus consecuencias y no tan sólo de nuestras intenciones, pero sin ella ni tan siquiera existiría esa perpetua fuente de desasosiego que es la voz de la conciencia, de la que, sin embargo, no podemos prescindir más que al precio de volvernos inhumanos» *(ibid.*, p. 559).

Por lo que se refiere a Ricoeur, los casos trágicos suponen «una llamada a un sentido difícilmente formalizable de equidad o, podría decirse, a un sentido de justeza *(justesse)* más que de justicia *(justice)*» (Ricoeur, 1995, p. 183). Lo trágico de la acción –que resulta desconocido para una concepción puramente formal de la obligación moral– aparece cuando el conflicto no surge únicamente entre las normas, sino entre, por un lado, el respeto debido a la norma universal y, por otro, el respeto debido a la persona singular: «Lo trágico de la acción aparece, desde luego, desde el momento en que la norma es reconocida como parte en el debate, en el conflicto que opone la norma a la solicitud de hacerse cargo de la miseria humana. La prudencia *(sagesse)* de juicio consiste en elaborar compromisos frágiles en los que se trata menos de optar entre el bien y el mal, entre el blanco y el negro, que entre el gris y el gris o, caso altamente trágico, entre lo malo y lo peor» *(ibid.*, p. 220).

3.3 Tipos de casos trágicos. ¿Existen en el Derecho casos trágicos?

Anteriormente he definido de forma un tanto ambigua lo que debe entenderse por caso trágico, al considerar que el elemento de tragedia se da en la medida en que no puede alcanzarse una solución que no vulnere un elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista *jurídico y/o moral*. Pero esto significa que cabe hablar de dos tipos de casos trágicos o, dicho de otra manera, el juez puede vivir como trágica: *a)* una situación en que su ordenamiento jurídico le provee al menos de una solución correcta (de acuerdo con los valores de ese sistema) pero que choca con su moral; *b)* una situación en que el orde-

namiento jurídico no le permite alcanzar ninguna solución correcta. En la primera situación, lo trágico deriva del contraste entre ordenamientos distintos; en la segunda, se trata de una contradicción interna al ordenamiento jurídico. Pero –y dado que las razones morales son las razones últimas en el razonamiento práctico de cualquier sujeto– el juez se encuentra en ambos supuestos en una situación en que le es imposible decidir sin infringir el ordenamiento jurídico. Por supuesto, en las dos situaciones, el juez podría dimitir como tal juez y quizá fuera ésa una decisión que eliminara la tragedia, que tranquilizara su conciencia *en cuanto ciudadano;* pero ésa no sería una decisión que resolviera el caso que a él se le presenta *en cuanto juez*.

La posibilidad de que se planteen situaciones del primer tipo no ofrece, me parece a mí, demasiadas dudas. Lo que muchos parecen negarse a aceptar es que ese tipo de situaciones surjan no sólo en sistemas dictatoriales (globalmente ilegítimos), sino también en sistemas jurídicos democráticos. Las normas emanadas democráticamente –según esa opinión– serían, por definición (es decir, por definición de justicia: justo es lo aprobado por la mayoría), justas, morales: el juez no puede, pues, contraponer sus opiniones *(subjetivas)* de lo que es moral a la opinión *(objetiva)* de la mayoría; no puede –o, mejor, no *debe*– tener problemas de conciencia: es posible que él viva –subjetivamente– una situación de tragedia moral, pero, desde el punto de vista objetivo, no existe aquí ningún elemento trágico.

En mi opinión, el caso de los insumisos en España planteaba –plantea– precisamente una situación de este tipo, aunque muchos juristas se nieguen a verlo así. En otro lugar (Atienza, 1993) he tenido ocasión de discutir con cierta extensión este problema y no voy a volver ahora sobre ello. Tan sólo diré –por lo demás, una pura obviedad– que si se piensa que es injusto establecer una pena de cárcel, o de inhabilitación, para esas conductas, entonces no veo cómo evitar reconocer que el juez que se enfrenta con ese problema está situado, en realidad, ante un caso trágico: o hace justicia o aplica la ley (7).

Pero lo que aquí me interesa discutir es la posibilidad de que existan situaciones trágicas del otro tipo, esto es, situaciones que surgen no por algún déficit moral de nuestros sistemas jurídicos (y que, por tanto, podrían evitarse modificando el sistema jurídico –lo que, al fin y al cabo, hace que la situación no sea tan trágica, por evitable), sino a pesar de que el sistema jurídico en cuestión recoge los principios morales que debe recoger. Cabría decir incluso que los casos trágicos aparecen aquí, paradójicamente, como consecuencia de la «moralización» de los sistemas jurídicos; la contradicción sería ahora interna –se plantea entre principios jurídicos, de contenido moral, pertenecientes al sistema– e inevitable,

(7) Otra cosa, naturalmente, es que el juez –por razones «pragmáticas»– tienda a convertir esa situación en una de conflicto «interno» (en un caso difícil o un caso trágico del otro tipo) entre principios o valores pertenecientes –todos ellos– al ordenamiento.

dadas las presentes características de nuestro mundo (no sólo de nuestro mundo jurídico, sino del mundo social en general).

Hay un excelente artículo de Liborio Hierro que, en mi opinión, muestra muy bien por qué en el Derecho, en nuestros Derechos, existen necesariamente este tipo de casos trágicos, aunque el autor, de alguna forma, parece detenerse ante (o procura evitar llegar a) la conclusión a la que su argumentación fatalmente le conduce. El artículo de Hierro lleva como elocuente título el de «Las huellas de la desigualdad en la Constitución» y, en su mayor parte, está dedicado a explicar por qué ni nuestra Constitución ni ninguna otra puede satisfacer (vale decir, no puede satisfacer *plenamente)* nuestro ideal de igualdad, entendido como «la igualdad entre todos los seres humanos en los recursos adecuados para satisfacer las necesidades básicas, de forma que permitan a todos y cada uno desarrollar de forma equiparablemente autónoma y libre su propio plan de vida», lo que «probablemente» –añade– incluya «unas condiciones mínimas y relativamente equiparables de alimento, sanidad, vivienda, educación y ciertos derechos de seguridad y –¡por supuesto!– de libertad negativa y positiva» (Hierro, 1995, p. 137).

En su argumentación, Hierro muestra acertadamente cómo nuestra Constitución satisface el derecho a la libertad y a la seguridad jurídica «para *todos los seres humanos»,* porque la libertad y la seguridad son –a diferencia de la igualdad– «cualidades o propiedades que se pueden adscribir o reconocer normativamente» *(ibid.,* p. 138). Ninguna Constitución puede, sin embargo, satisfacer el derecho a la igualdad, tal y como antes se ha entendido, debido a la existencia de dos limitaciones: una de carácter interno y otra de carácter externo. La interna –a la que luego me referiré con algún detalle– se conecta con la necesaria distinción que cualquier sistema jurídico tiene que establecer entre los nacionales *(sus* nacionales) y los extranjeros. La limitación externa se refiere a que el ámbito en el que funciona la igualdad real –la igualdad en cuanto a la satisfacción de las necesidades básicas– es el del Estado lo que, para Hierro, tiene «tres graves consecuencias:

a) Una consecuencia que podemos llamar "ideológica" o incluso "epistémica": el sistema de "Estados" cierra a nivel de Estado-nación el ámbito de definición de los iguales, esto es, de los seres humanos candidatos a la igualdad en X (X es lo que cada cual haya metido en el saco).

b) Una consecuencia que podemos llamar "ética": el sistema de "Estados" cierra a ese mismo nivel el ámbito de exigibilidad de nuestros deberes éticos y de su institucionalización ético-política (es decir, de nuestras ofertas de sacrificio y de nuestras demandas de moralidad institucional).

c) Una consecuencia que podemos llamar "jurídica": el sistema de "Estados" delimita jurídicamente el ámbito del "Estado social", y separa radicalmente lo justo como jurídicamente exigible (la justicia nacional que se realiza mediante los deberes positivos generales) de lo moralmente deseable pero jurídicamente no

exigible (la "justicia" internacional, que queda abandonada al ámbito de la beneficencia, la solidaridad espontánea y voluntaria o, simplemente, de los buenos sentimientos» *(ibid.*, p. 147).

La segunda de las consecuencias, por cierto, me parece discutible (quizá pudiera decirse: vale en relación con cierta moral social, pero no respecto a una moral crítica o esclarecida: no veo cómo el universalismo ético puede hacerse compatible con la idea de que la exigibilidad de nuestros deberes *éticos* pueda estar limitada por los Estados), pero no es cosa de discutirlo aquí, porque esta limitación externa plantea problemas (el de la existencia o no de deberes positivos generales) que, al menos por el momento, no parecen dar lugar a casos jurídicos que hayan de ser resueltos por los jueces; su discusión nos alejaría, pues, del tipo de caso trágico que aquí nos interesa (8).

Volvamos, pues, al límite interno. La existencia, por un lado, de un artículo como el 14 de nuestra Constitución (el equivalente se encuentra, como es bien sabido, prácticamente en todas las Constituciones democráticas) que extiende el alcance de la igualdad ante la ley a los españoles y, por otro lado, del principio de la dignidad humana (como principio o valor constitucional de carácter fundamental) nos sitúa «aparentemente» –escribe Hierro– ante una aporía: «o bien el derecho a la igualdad ante la ley no es inherente a la dignidad humana (como se infiere, en principio, de la doctrina del Tribunal Constitucional) y entonces no se comprende su relevancia constitucional como derecho fundamental de los ciudadanos, o bien el derecho a la igualdad ante la ley es inherente a la dignidad humana y entonces resulta palmariamente conculcado por nuestra Constitución (y todas las similares, que son la mayoría de las Constitu-

(8) Hierro no parece muy dispuesto a aceptar que estas limitaciones dan lugar a casos (morales) trágicos –esto es, me parece, lo que se esconde detrás del llamado «dilema de Fishkin»–, pero no llega a desarrollar un argumento completo al respecto. «Creo que la posición de James S. Fishkin –que también participó en el debate citado (se refiere al debate sobre los deberes positivos generales publicado en el núm. 3 de *DOXA* con contribuciones de Ernesto Garzón Valdés, Francisco Laporta y Juan Carlos Bayón)– parte lúcidamente de constatar estas limitaciones: "cuando la teoría liberal de la justicia estaba herméticamente aislada de las relaciones internacionales y limitaba su aplicación a los miembros de un Estado-nación determinado, los conflictos que hoy estoy subrayando se encontraban oscurecidos... el rebasar las fronteras nacionales no para de proporcionarnos casos en los que el *SIC* ("consecuencialismo sistemático imparcial" que, para Fishkin, es el paradigma de la filosofía política liberal) no puede aplicarse sistemáticamente: puede aplicarse sólo asistemática o "intuicionistamente". Nos sitúa ante la necesidad de contrapesar consideraciones moralmente inconmensurables. El resultado es una especie de no-teoría".» «El punto de partida de Fishkin –continúa Hierro– es impresionantemente lúcido; describe la situación dominante de nuestra filosofía política. Su conclusión –la idea de que nos encontramos ante un auténtico dilema– es más discutible. La aportación central de Garzón Valdés en aquel debate consistía precisamente en superar el dilema, como Singer, Beitz y otros lo han propuesto. En todo caso, no parece demostrado que las variantes aparentemente inconmensurables de problemas como el del hambre en el mundo o la superpoblación sean, por ello, teóricamente inconmensurables y nos aboquen al cinismo ético o, como Fishkin propone, rechazando el cinismo, a convivir inexorablemente con una ética asistemática» (Hierro, 1995, p. 147).

ciones democráticas) respecto a los extranjeros» (*ibid.*, p. 140). Hierro señala –y así es– que esta última es la tesis por mí sostenida (Atienza, 1993), pero encuentra en ella un doble fallo. «En primer lugar –escribe–, prescinde de que la distinción nacional/extranjero no es contingente, sino necesaria, para un ordenamiento jurídico no universal. Puesto que la nacionalidad no es una condición natural (como el sexo o el color de la piel) ni voluntariamente ejercida (como la opinión o la religión) sino un *status* normativamente atribuido, un ordenamiento tiene que discriminar necesariamente (al menos en la titularidad del *status* y en algún –al menos en uno– elemento que lo diferencie) a los nacionales de los extranjeros, pues lo contrario es simplemente reconocer que todos son nacionales (no que los extranjeros son iguales en derechos que los nacionales)... En segundo lugar, creo que es errónea la aplicación del argumento de Nino [se refiere a entender el principio de la dignidad humana en el sentido de tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades o circunstancias que escapan a su control: cfr. Nino 1989]: el extranjero no es discriminado, en principio, por una condición o circunstancia que nada tenga que ver con su «acción voluntaria» ya que –salvo los apátridas (que carecen de nacionalidad), los nacidos en el territorio a quienes se niegue la nacionalidad y los castigados penalmente con la pérdida de nacionalidad– el extranjero es, en términos generales, aquel no-nacional que se sitúa (voluntariamente) bajo el ámbito de aplicación del ordenamiento (sea por razón de entrada en el territorio, sea por razón de establecimiento de relaciones personales –obligaciones, contratos– o patrimoniales –propiedades– situadas bajo el ámbito de aplicación del ordenamiento)» (Hierro, 1995, pp. 141-142).

Ahora bien, empezando por esta última crítica, no me parece que Hierro lleve aquí la razón. Es cierto que, por ejemplo, el norteafricano que cruza el Estrecho de Gibraltar en una patera lo hace voluntariamente, esto es, no en forma coaccionada, pero cuando las autoridades le expulsan del territorio español le están tratando en esa forma (esto es, están haciendo con él algo que él no desea que se haga) por razón de circunstancias (no haber nacido en España o no ser hijo de españoles, etc., lo que determina su nacionalidad) que escapan de su control. Me parece que si no consideráramos que eso va en contra del principio de dignidad humana, interpretado a la manera de Nino (y, por cierto, el propio Nino opinaba también así, como tuve ocasión de comentar con él), el principio en cuestión resultaría prácticamente vacío, pues no habría ninguna circunstancia que no dependiera mínimamente de nuestra voluntad: nuestra raza, sexo, religión, etc., tiene «algo que ver» con nuestras acciones voluntarias, pues si no fuera por nuestra voluntad de seguir viviendo, careceríamos en absoluto de esas propiedades.

Y, por lo que se refiere a la primera de las críticas, estoy, desde luego, de acuerdo con Hierro en que la distinción nacional/extranjero no es contingente,

sino necesaria, dada la existencia de ordenamientos jurídicos nacionales (9). Lo que pasa es que no creo que eso vaya en contra de mi tesis: lo que, por el contrario, muestra es que un ordenamiento jurídico que, por un lado, reconozca el principio de la dignidad humana y, por otro lado, establezca –al menos en cierta medida– como criterio de reparto de los bienes básicos la condición de ser nacional o extranjero (10), lleva fatalmente, a quien tenga que aplicar sus normas, a encontrarse frente a casos trágicos: no se puede –o, al menos, así lo creo yo– expulsar a un extranjero del territorio nacional –por el solo hecho de que es extranjero– sin atentar contra su dignidad, esto es, sin tratarle injustamente; pero, al mismo tiempo, un juez que, ante un caso de ese tipo, evitara tomar esa decisión, no podría justificarla en Derecho: si desea seguir siendo juez –esto es, comportarse como tendría que hacerlo un juez– tiene que actuar injustamente.

Esta consecuencia, como antes apuntaba (y, en realidad, creo que mi discrepancia con él se limita a ello) (11) es la que Hierro no parece estar dispuesto a admitir: «Nuestra aporía –escribe al respecto– es... sólo aparente. Es necesario recurrir una vez más a la clásica distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano, no tanto como dos categorías ontológicamente distintas, sino simplemente como dos grupos de derechos cuya condición de aplicación es distinta.

---

(9) Hierro me critica por haber utilizado como «ilustrativo argumento de autoridad en favor de su tesis, una referencia a la postura de Kelsen que, desde 1929, sostuvo que la distinción entre nacional y extranjero no era necesaria para el concepto de Estado, lo que le llevó a "elogiar la primera Constitución soviética" por cuanto equiparaba en derechos a los nacionales y a los extranjeros residentes por razón de trabajo». «Obviamente –añade–, cualquier referencia a la Constitución soviética... no tiene valor alguno teórico ni práctico si hablamos, con seriedad, de derechos humanos» (Hierro, 1995, p. 141). Tiene razón en esto último, pero lo que yo hacía en mi trabajo era contraponer las concepciones que, sobre los extranjeros, tuvieron dos teóricos del Derecho tan emblemáticos como Hans Kelsen y Carl Schmitt; concretamente, mencionaba –o usaba– a Kelsen como ejemplo de autor que no aceptaba la idea de que la discriminación entre nacional y extranjero tuviese un carácter necesario (o que una cierta diferencia de trato entre nacionales y extranjeros formara parte, necesariamente, de nuestras «intuiciones morales») (cfr. Atienza, 1993, pp. 236 y 237).

(10) Me parece que tiene razón Hierro, en este caso, argumentando contra Javier de Lucas (cfr. Lucas, 1994), cuando considera «autocontradictorio» sostener, por un lado, que un régimen de «equiparación restringida» como el que parece presidir el estatuto del extranjero en el ordenamiento español no va en contra de la dignidad humana y, por otro lado, sostener que no está legitimado para expulsar a los extranjeros que han entrado ilícitamente al territorio ni para negarles, a pesar de esa circunstancia, el derecho al trabajo, ni el derecho de residencia, ni de formación profesional, etc. Para Hierro, algo que «va implícito en la propia existencia del Estado... y que goza de su misma justificación moral (en la medida en que la tenga) (es): la posibilidad de discriminar al nacional del no nacional en el acceso a formar parte de la comunidad político-jurídica territorial» (Hierro, 1995, p. 144).

(11) Esa «creencia» me la ha ratificado el propio Hierro en unas «notas provisionales» a mi trabajo que tuvo la amabilidad de escribir antes de ser discutido en el seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (en noviembre de 1996). Dejando a un lado algunas precisiones a su trabajo y observaciones críticas (al mío), Hierro insiste en que «esta experiencia trágica del Derecho es una experiencia moral, no jurídica... Los casos trágicos... no pertenecen al nivel del razonamiento jurídico (que la solución correcta choca con la moral del juez), sino que constituyen un problema moral, como antes he señalado, por lo que no son una clase disyuntiva a la de los casos fáciles, difíciles o intermedios».

Los llamados derechos del hombre son universales no sólo en su titularidad (todos los hombres) sino en su condición de aplicación (en cualquier lugar y tiempo, que es lo que los juristas, en relación con las normas, denominan "abstracción"), los derechos del ciudadano (o mejor dicho, los derechos del hombre en cuanto ciudadano) son universales en cuanto a su titularidad (todos los hombres) pero son concretos en su condición de aplicación: en cuanto miembros de una comunidad político-jurídica. La igualdad ante la ley –como la libertad positiva, en concreto, los derechos de participación política– es un derecho de "todo ser humano" *en cuanto miembro de una comunidad político-jurídica determinada*. Lo que, según creo, explica suficientemente que, a fin de cuentas, tenía razón el Tribunal Constitucional». (Hierro, 1995, pp. 144 y 145) (12). Ahora bien, yo no creo que lo anterior resuelva la aporía en cuestión, por la sencilla razón de que la condición de ciudadano es –en ciertos casos– requisito necesario para poder gozar de los derechos del hombre, de manera que, en fin de cuentas, la distinción a la que recurre Hierro no resuelve la aporía, sino que, más bien, la oculta o la niega: quiero decir que no hay forma de hacer compatible la igualdad ante la ley del artículo 14 –tal y como la interpreta el Tribunal Constitucional– y el principio de la dignidad humana.

4. ¿QUÉ HACER FRENTE A LOS CASOS TRÁGICOS?

El último de los problemas de los que quería ocuparme aquí es el de cómo actuar frente a los casos trágicos ¿Qué debería hacer un juez ante esa situación? ¿Podría de alguna forma justificar la decisión que necesariamente ha de tomar? Me es imposible –y no sólo por razones de tiempo– contestar ni siquiera en forma medianamente satisfactoria a estas cuestiones, pero querría sugerir algunas ideas al respecto que quizá pudieran servir también como incitación para una posible discusión.

1. La primera es que, aunque la existencia de casos trágicos suponga que hay situaciones en que el sistema jurídico no permite llegar a alguna respuesta

(12) El Tribunal Constitucional (en sentencia de 23 de noviembre de 1984) «resolvió» el problema, distinguiendo tres tipos de derechos: en primer lugar, estarían los «derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos»; aquí se incluirían «aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano... que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana»; a título de ejemplo, ponía «el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.». En segundo lugar, los «derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución)». Y, finalmente, otros derechos «que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio»; un ejemplo de ello sería el derecho al trabajo. He criticado esa doctrina del Tribunal Constitucional en Atienza, 1993, pp. 230 y ss.

correcta, ello no quiere decir que la toma de la decisión en esos casos escape por completo al control racional. El hecho de que no exista una respuesta que pueda calificarse de correcta o de buena, no quiere decir que todas las posibles alternativas sean equiparables. O, dicho de otra manera, el que no haya una respuesta buena no significa que no podamos decir que unas son peores que otras, de manera que lo que debemos –lo que un juez debe– hacer en tales situaciones es, sencillamente, optar por el mal menor. Esto, por cierto, es lo que, en mi opinión, habría hecho el juez del Juzgado número 4 de Madrid en una discutidísima sentencia de marzo de 1992, en la que absolvía a un joven objetor del delito de insumisión, por más que los hechos del caso y las normas aplicables al caso no ofrecieran, en principio, dudas: «El juez no podía, en el caso en cuestión, dictar una resolución que satisficiera todas las exigencias que el Derecho –ampliamente entendido– le planteaba y optó, de manera muy razonable, por el mal menor: evitó cometer una injusticia grave –castigar con una pena considerable una acción no sólo no reprobable moralmente, sino supererogatoria– y lo hizo afectando en la menor medida posible al ordenamiento jurídico» (Atienza, 1993, p. 178) (13). Ésta es también la solución a la que llega Gowens en su excelente presentación a la selección de escritos sobre dilemas morales: «En cualquier caso, si existen dilemas irresolubles, entonces no siempre es el caso de que hay una acción que es moralmente la mejor (en mi terminología, que debe ser hecha). Esto pone una obvia limitación en cuanto a la extensión con la que puede decirse que el juicio moral es objetivo. Sin embargo, del hecho de que en una determinada situación no sea el caso de que una acción es la mejor, no se sigue que en tal situación una acción sea tan buena o tan mala como cualquier otra. Puede ser todavía que algunas acciones sean mejores que otras. En general, donde quiera que haya una pluralidad de consideraciones que sean relevantes para una cuestión, pero indeterminadas en cuanto a su importancia relativa... podemos estar ante situaciones en las que, aunque no hay una respuesta correcta, algunas respuestas son claramente mejores que otras. Se ha argumentado, incluso, aunque en forma controvertida [Gowens se refiere a autores como Kuhn y Putnam], que las cuestiones científicas son a veces de esta naturaleza» (Gowens, 1987, pp. 29-30).

2. Una consecuencia de lo anterior es la necesidad que el juez que se enfrenta a un caso de este tipo –y probablemente también a otros casos difíciles pero no trágicos– tiene de recurrir a criterios de lo razonable, es decir, a criterios situados entre lo que podría llamarse racionalidad estricta (integrada tanto por el respeto a la lógica formal como a los principios de universalidad, coherencia, etc.) y la pura y simple arbitrariedad. Una decisión razonable, por lo demás, no es –claro está– una decisión que implique vulnerar alguno de los anteriores criterios –esa sería

(13) Como antes se ha señalado, eso significa, en cierto modo, transformar esa situación trágica de tipo *a)* en una de tipo *b)*.

una decisión sencillamente irracional, aunque pudiera ser justa desde el punto de vista de su contenido– sino la que logra volverlos operativos a través del recurso a una determinada filosofía política y moral (14); si el Derecho por sí mismo –el Derecho preexistente al caso– no provee ninguna solución correcta (y los anteriores criterios que podríamos considerar de alguna forma extrajurídicos tienen un carácter formal), no queda otra alternativa que acudir a esos otros ámbitos de la razón práctica.

3. Hay una serie de características de los sistemas jurídicos de los Estados contemporáneos (especialmente, y aunque esto resulte paradójico, de los Estados de Derecho con mayor carga social y democrática) que permite explicar por qué se producen casos trágicos. Por un lado, la ampliación de los derechos y, en particular, la irrupción de derechos de contenido social y económico se traduce normativamente en la proliferación de directrices y reglas que tienen una mayor fuerza expansiva –y, por tanto, una mayor propensión a generar contradicciones– que las «tradicionales» normas «condicionales» o normas de acción (cfr. Atienza y Ruiz Manero, 1996). Por otro lado, los órganos judiciales siguen estando configurados (a pesar del anterior cambio) como instancias que deben resolver conflictos no buscando simplemente un *compromiso* entre los intereses en juego, sino un *equilibrio* entre valores que no son negociables (cfr. Atienza, 1989); además, la tendencia creciente a fundamentar las decisiones en una forma cada vez más exigente dificulta que las posibles contradicciones puedan mantenerse ocultas. Finalmente, las Constituciones contemporáneas, en la medida en que tratan de representar todo el espectro de los valores vigentes en la sociedad, esto es, en la medida en que pretenden ser Constituciones «para todos», incorporan necesariamente valores –valores últimos– de signo contrapuesto; por ejemplo, en el caso de la Constitución española, tanto valores de tipo liberal como valores igualitarios de signo socialista en sentido amplio.

4. Una consecuencia de lo anterior es que la presencia (o el aumento) de casos trágicos no es necesariamente indicio de una mayor injusticia del sistema jurídico en que se plantean; por ejemplo, en un sistema puramente liberal, sin ningún tipo de protección social, probablemente no se producirían las discriminaciones por razón de nacionalidad que antes discutía a propósito del artículo de Hierro: no habría mayor problema en extender a todos los «beneficios» de la nacionalidad. Por lo demás, la sensibilidad de los jueces para detectar y convivir con lo trágico en el Derecho no debe pensarse que sea un elemento particularmente perturbador o disfuncional. Un argumento que se esgrime con alguna frecuen-

(14) La contraposición entre lo racional y lo razonable debe verse, creo yo, como una contraposición entre niveles de abstracción distintos: lo racional opera en un nivel más abstracto y lo razonable en uno más vinculado con la resolución de problemas concretos; por eso –porque operan en niveles distintos– podría decirse que no existe propiamente contradicción, sino simplemente oposición (como la que se da entre la universalidad y la equidad: cfr. MacCormick, 1978, pp. 97 y ss.).

cia en la teoría moral para defender la existencia de genuinos dilemas morales (Williams, 1973) es que, de otra forma, no podría explicarse la existencia, en supuestos de conflicto moral, de sentimientos de pesar (por lo que se deja de hacer, y aunque se piense que se ha hecho lo que, dadas las circunstancias, debía hacerse). En tales casos –se afirma– ese sentimiento de pesar cumple una función importante, porque nos motiva en el futuro a evitar que surjan situaciones dilemáticas (Marcus, 1980, y Gowens, 1987, pp. 15-16). Aplicado al caso de los jueces (y de los operadores jurídicos en general), la conciencia de lo trágico –y el sentimiento de malestar que lo acompaña– puede muy bien servir de revulsivo para incitar al juez a cumplir con sus deberes como ciudadano, esto es, con su deber de contribuir a modificar el mundo social de manera que disminuya lo trágico en el Derecho (en ese sentido, cabe decir que no se puede ser buen juez si no se es también un buen ciudadano). Entre tanto, quizá no esté de más recordar que si hay algo de cierto en el famoso aserto del juez Holmes de que «la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia» (1963, p. 5), quizá no lo haya menos en la frase de Unamuno de que «la vida es tragedia, y la tragedia es perpetua lucha, sin victoria ni esperanza de ella; es contradicción» (1994, p. 58). Y si esto es así, es muy probable que no tengamos ninguna razón para prescindir de la experiencia de lo trágico en el Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÓN, 1986: MANUEL ARAGÓN: «La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986.

ATIENZA, 1989: MANUEL ATIENZA: «Sobre lo razonable en el Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.

ATIENZA, 1991: MANUEL ATIENZA: *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ATIENZA, 1993: MANUEL ATIENZA: *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993.

ATIENZA Y RUIZ MANERO, 1996: MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

BARAK, 1987: AHARON BARAK: *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven y Londres, 1987.

BAYÓN, 1985: JUAN CARLOS BAYÓN: «El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber)», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 4, 1985.

CALABRESI Y BOBBIT, 1978: GUIDO CALABRESI y PHILIP BOBBIT: *Tragic Choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scare resources*, Norton, Nueva York, 1978.

DWORKIN, 1986a: RONALD DWORKIN: *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

DWORKIN, 1986b: RONALD DWORKIN: *Law's Empire*, Fontana Press, Londres, 1986.

GOWANS, 1987: CRISTOPHER W. GOWANS (ed.): *Moral Dilemmas*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 1987.

HIERRO, 1995: LIBORIO HIERRO: *Las huellas de la desigualdad en la Constitución*, en M. Reyes Mate (ed.), *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica*, Argentaria/Visor, Madrid, 1995.

HOLMES, 1963: OLIVER W. HOLMES: *The Common Law* (ed. de M. De Wolfe), Little Brown and Co., Boston-Toronto-Londres, 1963; el texto de Holmes fue escrito en 1888.

KENNEDY, 1986: DUNCAN KENNEDY: «Freedom and Constraint in Adjudication», en *Journal of Legal Education*, 36, 1986.

LUCAS, 1994: JAVIER DE LUCAS: *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994.

MACCORMICK, 1978: NEIL MACCORMICK: *Legal reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

MARCUS, 1980: RUTH BARCAN MARCUS: «Moral Dilemmas and Consistency», en *The Journal of Philosophy*, núm. 77, 1980; este trabajo está reproducido en GOWENS, 1987.

MARMOR, 1991: ANDREI MARMOR: *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

MORESO, 1996: JOSÉ JUAN MORESO: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (inédito).

MUGUERZA, 1994: JAVIER MUGUERZA: «El tribunal de la conciencia y la conciencia del tribunal», en *DOXA*, núms. 15-16, t. 2, 1994.

NAVARRO, 1993: PABLO E. NAVARRO: «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del Derecho», en *DOXA*, núm. 14, 1993.

NINO, 1989: CARLOS S. NINO: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989.

POSNER, 1988: RICHARD A. POSNER: «The Jurisprudence of Scepticism», en *Michigan Law Review*, núm. 86, 1988.

RICOEUR, 1995: PAUL RICOEUR: *Le juste*, Éditions Esprit, París, 1995.

TUGENDHAT, 1980: ERNST TUGENDHAT: «Zur Entwicklung von moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht», en *ARSP*, nueva serie, cuaderno 14, 1980.

UNAMUNO, 1994: MIGUEL DE UNAMUNO: *Del sentimiento trágico de la vida (en los hombres y en los pueblos)* –escrito en 1911-1912–, introducción de P. CEREZO-GALÁN, Colección Austral, 6.ª ed., Madrid, 1994.

WILLIAMS, 1973: BERNARD WILLIAMS: «Ethical Consistency», en *Problems of the Self: Philosophical Papers 1956-1972*, Cambridge University Press, 1973; este trabajo está reproducido en GOWENS, 1987.