

01323



FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Introducción al Derecho II: Teoría de la Argumentación Jurídica
Profesor Álvaro Fuentealba Hernández
Segundo Semestre

UNIDAD I: La Función Jurisdiccional y la Posición Institucional del Juez en el Derecho Contemporáneo

Bibliografía específica:

1. Alexy, Robert. "El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general". Teoría de la Argumentación Jurídica. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.
2. Alexy, Robert. "Sobre el uso de los precedentes". Teoría de la Argumentación Jurídica. 2ª Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2008.
3. Atienza, Manuel. "Una Visita a la Administración de Justicia". Tras la Justicia. Ariel. Barcelona, 2000.
4. Bascuñán Valdés, Antonio – Bascuñán Rodríguez, Antonio – Sierra Iribarren, Lucas "Los modos de creación de las normas jurídicas en el derecho chileno". Introducción.
5. Bulygin, Eugenio. "El Papel de la Verdad en el Discurso Normativo". Cuadernos de Filosofía del Derecho. Universidad de Alicante. Alicante, 2003.
6. Hart, H. L. A. "Capítulo VII: Formalismo y Escepticismo ante las Reglas". El Concepto de Derecho. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2004.
7. Prieto Sanchís, Luis. "Creación Judicial, Norma Hipotética y Regla de Reconocimiento". Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho. Palestra Editores. Lima, 2005.

340.1
A384t E
1989
C.2

DER

ROBERT ALEXY

Teoría de la argumentación jurídica

LA TEORIA DEL DISCURSO RACIONAL COMO
TEORIA DE LA FUNDAMENTACION JURIDICA

Traducción de
Manuel Atienza e Isabel Espejo

UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE,
BIBLIOTECA DE DERECHO

12 ENE 1998 COL-PR

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
MADRID, 1997

000001

2

176057



TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

INDICE

— Lista de los símbolos lógicos utilizados 13
 — Nota de los traductores 15
 — Prefacio 17

INTRODUCCION 21

1. El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas. 23
 1.1. Fundamentaciones jurídicas y valoraciones 27
 1.2. Sobre algunos intentos de solución 30
 2. Las ideas fundamentales de esta investigación 34
 3. Sobre la delimitación de la tópica 39
 4. Sobre la valoración de la necesidad de una teoría de la argu-
 mentación jurídica racional en la discusión metodológica ac-
 tual 43

A. SOBRE ALGUNAS TEORIAS DEL DISCURSO PRAC-
 TICO 49

1. *El discurso práctico en la ética analítica* 51
 1. Naturalismo e intuicionismo 52
 1.1. El naturalismo 52
 1.2. El intuicionismo 55
 2. El emotivismo 56
 2.1. El análisis de Stevenson de los juicios morales 57

2.2.	El análisis de Stevenson de la argumentación moral	59
2.3.	El problema de la validez de los argumentos prácticos ..	61
2.4.	Objeciones contra la teoría de Stevenson	62
3.	El discurso práctico como actividad guiada por reglas	63 X
3.1.	Los fundamentos de la filosofía lingüística: Wittgenstein y Austin	64
3.1.1.	El concepto de juego de lenguaje de Wittgenstein	65
3.1.2.	La teoría de los actos de habla de Austin	69 X
3.2.	La teoría de Hare	73
3.2.1.	La teoría de Hare sobre el lenguaje de la moral	73
3.2.2.	La teoría de Hare de la argumentación moral	79
3.2.3.	Sobre la crítica de la teoría de Hare de la argumentación moral	90
3.3.	La teoría de Toulmin	91
3.3.1.	La función de la ética	92
3.3.2.	El análisis de Toulmin de la argumentación moral	93
3.3.3.	La teoría general de la argumentación de Toulmin	94
3.3.4.	Problemas de la teoría de Toulmin	99
3.3.5.	Precisiones terminológicas	102
3.4.	La teoría de Baier	103
3.4.1.	El análisis de Baier de la argumentación moral	103
3.4.2.	El punto de vista moral	105
3.4.3.	Para una crítica de la teoría de Baier	108
4.	Algunos resultados provisionales	109
II. <i>La teoría consensual de la verdad de Habermas</i>		110
1.	La crítica de Habermas a la teoría de la verdad como correspondencia	111
2.	La conexión entre la teoría de los actos de habla y la teoría de la verdad	113 X
3.	La diferenciación entre acción y discurso	114 X
4.	La justificación de las proposiciones normativas	116
5.	La lógica del discurso	119
6.	La situación ideal de diálogo	126
7.	Discusión crítica de la teoría de Habermas	131
7.1.	Algunas objeciones de la teoría de sistemas	131
7.2.	La pretensión de fundamentabilidad	133
7.3.	Las reglas de razón	136

7.4.	Formas de argumento y reglas de fundamentación	137
7.5.	Discurso y falsabilidad	140
7.6.	Discurso y disenso	141
7.7.	Discurso y verdad	142
III. <i>La teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen</i>		143
1.	El programa del método constructivista	143
2.	El fin presupuesto en la ética constructivista	145
3.	Los principios de la ética constructivista	146
3.1.	El principio de razón	146
3.2.	El principio moral	150
4.	La génesis crítica de los sistemas normativos	152
5.	Puntos a retener	155
IV. <i>La teoría de la argumentación de Chaim Perelman</i>		156
1.	La teoría de la argumentación como una teoría lógica (en sentido amplio)	157
2.	La argumentación como función del auditorio	158
3.	Demostración y argumentación	159
4.	El concepto de auditorio universal	160
5.	Persuadir y convencer	164
6.	El análisis de Perelman de la estructura de la argumentación	164
7.	La racionalidad de la argumentación	168
8.	Puntos a retener	171
B. BOSQUEJO DE UNA TEORÍA DEL DISCURSO PRÁCTICO RACIONAL GENERAL		173
1.	Sobre el problema de la fundamentación de proposiciones normativas	175
2.	Teorías del discurso posibles	177
3.	La fundamentación de las reglas del discurso	178
3.1.	La fundamentación técnica	178
3.2.	La fundamentación empírica	180
3.3.	La fundamentación definitoria	181
3.4.	La fundamentación pragmático-trascendental o pragmático-universal	182

000002

3.5.	La relación entre estas formas de fundamentación	183
4.	Las reglas y formas del discurso práctico general	184
4.1.	Las reglas fundamentales	185
4.2.	Las reglas de razón	187
4.3.	Las reglas sobre la carga de la argumentación	191
4.4.	Las formas de argumento	193
4.5.	Las reglas de fundamentación	197
4.5.1.	Variantes del principio de generalizabilidad	197
4.5.2.	El argumento genético	199
4.5.3.	La necesidad de realizabilidad	200
4.6.	Las reglas de transición	200
5.	Los límites del discurso práctico general	201
C.	UNA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA ..	203
I.	<i>El discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general</i>	205
1.	Los tipos de discusiones jurídicas	205
2.	La tesis del caso especial	206
2.1.	La discusión jurídica como discusión sobre cuestiones prácticas	207
2.2.	La pretensión de corrección	208
2.3.	Los cánones de la interpretación	211
3.	Paso a la teoría de la argumentación jurídica	213
II.	<i>Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica</i>	213
1.	La justificación interna	214
2.	La justificación externa	222
2.1.	Los seis grupos de reglas y formas de justificación externa	223
2.2.	Sobre la argumentación empírica	224
2.3.	Los cánones de la interpretación	225
2.3.1.	Sobre las formas concretas de argumentos	226
2.3.2.	El papel de los cánones en el discurso jurídico ..	234
2.4.	La argumentación dogmática	240
2.4.1.	Sobre el concepto de dogmática jurídica	240
2.4.2.	Los enunciados de la dogmática jurídica	246
2.4.3.	El uso de los enunciados dogmáticos	250

2.4.4.	La fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos	251
2.4.5.	Las funciones de la dogmática	255
2.4.6.	Argumentación dogmática y argumentación práctica general	260
2.5.	Sobre el uso de los precedentes	261
2.5.1.	La regla de la carga de la argumentación	262
2.5.2.	Uso del precedente y argumentación jurídica ...	265
2.6.	Sobre el uso de formas de argumentos jurídicos especiales	266
2.7.	Sobre el papel de los argumentos prácticos generales en el discurso jurídico	271
III.	<i>Discurso jurídico y discurso práctico general</i>	272
1.	La necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general	273
2.	La coincidencia parcial en la pretensión de corrección	274
3.	La coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general	275
4.	La necesidad de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación jurídica	277
5.	Los límites y la necesidad de la teoría del discurso jurídico-racional	278
Apéndice: Tabla de las reglas y formas elaboradas		283
POSTFACIO: RESPUESTA A ALGUNOS CRITICOS		289
I.	<i>La concepción procedimental de la corrección práctica</i>	291
1.	Discurso y buenas razones	291
2.	La necesidad de la comunicación	295
3.	Procedimiento y corrección	299
3.1.	Concepto y criterio de corrección	299
3.2.	Discurso ideal	300
3.3.	Discurso real	303
4.	Sobre la fundamentación de las reglas del discurso	305
II.	<i>La tesis del caso especial</i>	311
1.	La argumentación jurídica como discurso práctico	312

1.1. Argumentación jurídica y cuestiones prácticas	312
1.2. La pretensión de corrección	313
1.3. Los límites del discurso jurídico	314
2. Discurso práctico y proceso judicial	317
Bibliografía	319
Índice de nombres	339
Índice de materias	343

LISTA DE LOS SIMBOLOS LOGICOS UTILIZADOS

- \neg = no (negación)
- \wedge = y (conjunción)
- \vee = o (disyunción)
- \rightarrow = si... entonces... (condicional)
- \leftrightarrow = si y sólo si... entonces (bicondicional)
- (x) = para todo x (cuantificador universal)
- O = es obligatorio que... (operador deóntico)

NOTA DE LOS TRADUCTORES

La teoría de la argumentación jurídica ha conocido en los últimos años un extraordinario desarrollo, sobre todo por obra de teóricos y filósofos del Derecho de diversos países europeos. Lo que hay de común en todos ellos es el esfuerzo por construir modelos de racionalidad que sirvan como guía para la toma de decisiones jurídicas. Y en este sentido, como bien ha escrito Neumann, la teoría (o las teorías) de la argumentación jurídica se sitúan en un punto intermedio entre el determinismo y el decisionismo; su problema fundamental, el de cómo fundamentar las decisiones jurídicas, es un problema que no se planteaba (o no se plantea) desde las otras concepciones: para unos, los deterministas, porque sería innecesario hacerlo; para otros, los decisionistas, porque sería imposible [cfr. U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstad, 1986, págs. 2 y 3].

En el ámbito de la cultura alemana, la teoría de la argumentación jurídica más ampliamente discutida es la formulada por Robert Alexy en su *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, editada por Shurkamp (Francfort del Meno, 1978; reimposición en 1983), y desarrollada en diversos artículos posteriores. Alexy parte concretamente de la teoría del discurso racional, tal y como ha sido elaborada básicamente por Jürgen Habermas, y desarrolla a partir de ahí la tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso práctico general. Su libro (que originariamente constituyó su tesis de doctorado) se ha convertido en un punto de referencia obligado para quienes se interesan (dentro y fuera de Alemania) por este campo de estudios, y que quizás no sean sólo filósofos y teóricos del Derecho. Una prueba de la importancia que se ha concedido a la obra de Alexy lo constituye, sin duda, su reciente traducción al inglés a cargo de Ruth Adler y Neil MacCormick, en la Oxford University Press.

En la presente edición castellana se incluye, además del libro mencionado —en donde se han efectuado algunas pequeñas correcciones sin mayor importancia—, un amplio trabajo escrito por Alexy expresamente para esta ocasión, *Antwort auf einige Kritiker*, y que contiene una defensa de sus tesis frente a las críticas de que ha sido objeto por parte de diversos autores de lengua alemana. Dicho trabajo se publica aquí como postfacio y presta un interés adicional a la versión castellana que realmente puede considerarse como una edición puesta al día respecto a la alemana y la inglesa.

PREFACIO

La Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal ha exigido en su resolución de 14 de febrero de 1973 (resolución de desarrollo del Derecho) que las decisiones de los jueces deben «basarse en argumentaciones racionales». Esta exigencia de racionalidad de la argumentación puede extenderse a todos los casos en los que los juristas argumentan. La cuestión de qué sea argumentación racional o argumentación jurídica racional no es por consiguiente un problema que haya de interesar sólo a los teóricos del Derecho o a los filósofos del Derecho. Se le plantea con la misma urgencia al jurista práctico, e interesa al ciudadano que participa en las cosas públicas. De que sea posible una argumentación jurídica racional depende no sólo el carácter científico de la Jurisprudencia, sino también la legitimidad de las decisiones judiciales.*

El objeto de esta investigación es la cuestión de qué haya que entender por argumentación jurídica racional, así como la de si, y con qué alcance, es ella posible. El subtítulo, «La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica», aclara de qué manera se contesta a la pregunta. La contestación se realiza en dos pasos. En la primera y en la segunda parte del trabajo se elabora una teoría de la argumentación práctica general, y en la tercera una teoría de la argumentación jurídica, que se construye a partir de aquélla. El que lo primero se trate en un número mayor de páginas que lo último se fundamenta en el hecho de haberse fijado el objetivo de fundar una teoría de la argumentación jurídica. Un posterior desarrollo de esta teoría no es sólo posible, sino también deseable. Si esta investigación logra su objetivo, habrá establecido también las bases para ello.

* B Verf GE 34, 269 (287).

El manuscrito de esta obra se presentó en 1976 como tesis de doctorado en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität de Göttingen. No se hubiese realizado sin la amistosa ayuda proveniente de varios lados. De entre los muchos que han prestado su ayuda al desarrollo del trabajo quisiera destacar especialmente al profesor Dr. Ralf Dreier. El me ha aportado diversas ideas, en el curso de una incesante discusión. Hago también extensivo mi agradecimiento al prof. Dr. Malte Diesselhorst, cuya crítica me ha preservado de bastantes errores. En especial quisiera dar las gracias en este lugar a mi maestro en filosofía profesor Dr. Günter Patzig. Me alegraría que su modelo de método fuera reconocible en esta investigación. Debo mostrar mi agradecimiento, finalmente, a la Studienstiftung des deutschen Volkes que me ha deparado durante muchos años ayuda ideológica y financiera.

Göttingen, enero de 1978

Robert Alexy

INTRODUCCION

I. EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACION DE LAS DECISIONES JURIDICAS

«Ya nadie puede... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas *no es sino* una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente»¹. Esta constatación de Karl Larenz señala uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea. La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente², en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas³ que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados.

Para esto existen, al menos, cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico⁴, (2) la posibilidad de conflictos de normas⁵, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente⁶, y (4) la

¹ K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., Berlin/Heidelberg/New York, 1975, p. 154.

² Sobre el concepto de consecuencia lógica cfr. A. Tarski, *On the Concept of Logical Consequence*, en: *Id.*, *Logic, Semantics, Metamathematics*, Oxford, 1956, pp. 409 y ss. Sobre la posibilidad de relaciones de deducibilidad entre enunciados normativos cfr. *infra* p. 185 y s.

³ La cuestión de qué haya que entender por «normas presupuestas como vigentes» puede quedar aquí abierta. La afirmación realizada en el texto es válida también si, junto al Derecho escrito y al consuetudinario, se reconocen otras fuentes del Derecho como, por ejemplo, el Derecho judicial.

⁴ Sobre esto cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1963, pp. 121 y ss.; *Id. Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, en *Id. Recht und Moral*, edición y traducción de N. Hoester, Göttingen, 1971, pp. 29 y ss.

⁵ Sobre esto, cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Wien, 1960, pp. 210 y ss.

⁶ Sobre esto cfr. K. Larenz, *Ibid.*, pp. 354 y ss.

posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales⁷.

Una decisión jurídica U, que se sigue lógicamente de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, N_1, N_2, \dots, N_n , y de los enunciados empíricos A_1, A_2, \dots, A_n , puede ser calificada de *fundamentable* a partir de N_1, N_2, \dots, N_n y A_1, A_2, \dots, A_n . Si hay decisiones que no se siguen lógicamente de N_1, N_2, \dots, N_n conjuntamente con A_1, A_2, \dots, A_n , entonces se plantea la cuestión de cómo pueden ser fundamentadas tales decisiones. Este es el problema de la metodología jurídica.

La metodología jurídica puede resolver el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas, si es capaz de proporcionar reglas o procedimientos según los cuales, o bien el paso de N_1, N_2, \dots, N_n y A_1, A_2, \dots, A_n a U es también admisible cuando dicha decisión no se sigue lógicamente de tales reglas o procedimientos, o bien, adicionalmente a las formulaciones que hay que presuponer como normas vigentes y a los enunciados empíricos que hay que aceptar, se pueden obtener otros enunciados con contenido normativo, N', N'', \dots, N'''' , de manera que U se siga lógicamente de éstos, juntamente con N_1, N_2, \dots, N_n y A_1, A_2, \dots, A_n . Los candidatos más discutidos para servir como reglas o procedimientos para la realización de esta tarea son los cánones de la interpretación.

Pero hasta su número es discutido. Así, Savigny diferencia entre el elemento gramatical, lógico, histórico y sistemático de la interpreta-

⁷ No sólo es posible que esta enumeración sea incompleta, sino que también se puede opinar que contiene demasiadas razones. Así, entre las razones señaladas por Kelsen para la «indeterminación de los actos de aplicación del Derecho» faltan, por un lado, (3) y (4), y, por otro lado, él indica junto a (1) y (2), la discrepancia entre la voluntad y la expresión de la autoridad normativa (5) (H. Kelsen, *Ibid.*, p. 348; *Id.*, *Zur Theorie der Interpretation*, en: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, editado por H. Klecatský, R. Marcic y H. Schambeck, Wien/Frankfurt/Zürich/Salzburg/München, 1968, vol. 2, p. 1365). (5) puede ser considerado como una razón para (4) o (1). Es problemático si las decisiones encuadradas en (3) y (4) son admisibles constitucionalmente, y en qué medida lo son. En ambos casos, el juez actúa en un campo que, según el principio de división de poderes, parece estar reservado al legislador. Este problema, sin embargo, no puede ser discutido aquí. Bastará con indicar que hay casos de (3) (violación positiva de exigencias), y (4) (reparación de daños inmateriales [§ 253 BGB]), en los que la obtención de nuevas normas jurídicas por la jurisprudencia, o la no aplicación de normas jurídicas, está reconocida en general y ha sido declarada no inconstitucional por el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG E 34, 269 [286 y s.]). El objeto de este trabajo no es el problema de la constitucionalidad de las decisiones encuadradas en (3) y (4), sino la cuestión de si también estas decisiones pueden ser racionalmente fundamentadas en el marco del método jurídico. La respuesta a esta pregunta podría, sin embargo, ser importante también para el problema de su admisión constitucional.

ción⁸. Según Larenz, hay cinco criterios: el sentido literal; el significado de la ley según el contexto; las intenciones, metas e ideas normativas del legislador histórico; los criterios teleológico-objetivos; y el mandato de interpretación conforme a la constitución⁹. Wolff, por mencionar otro ejemplo, conoce la interpretación filológica, lógica, sistemática, histórica, comparativa, genética y teleológica¹⁰.

Más importante que el problema del número de los cánones, es el problema de su ordenación jerárquica. Diversos cánones pueden conducir a resultados diferentes. Atendiendo a este hecho, sólo se pueden considerar adecuados para fundamentar con seguridad un resultado, si es posible establecer criterios estrictos para su ordenación jerárquica. Esto no se ha logrado, sin embargo, hasta hoy¹¹.

Otro problema es su indeterminación¹². Una regla como «interpreta cada norma de manera que cumpla su objetivo» puede conducir a resultados contrapuestos si dos intérpretes tienen diferentes concepciones sobre el objetivo de la norma en cuestión¹³.

Esta debilidad de los cánones de la interpretación no significa que carezcan de valor, pero impide el considerarlos como reglas suficientes para la fundamentación de las decisiones jurídicas.

Se podría, pues, pensar en buscar, en lugar de un *sistema de reglas de fundamentación*, un *sistema de enunciados*, del que puedan extraer-

⁸ Fr. C. v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 1, Berlín, 1840, pp. 212 y ss.

⁹ K. Larenz, *Ibid.*, pp. 307 y ss.

¹⁰ H. J. Wolff/O. Bachof, *Verwaltungsrecht*, vol. 1, 9.ª ed., München, 1974, § 28 IIIc. (La indicación del párrafo se refiere a la parte del manual elaborada por Wolff.)

¹¹ Cfr. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2.ª ed., Berlín, 1976, pp. 85 y ss.; J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2.ª ed., Frankfurt a. M., 1972, pp. 124 y ss. También Larenz, quien se esfuerza por una cierta graduación, constata que no hay «ninguna jerarquía» (*Id.*, *Ibid.*, p. 334). La dificultad de una ordenación jerárquica está estrechamente unida con las dificultades de determinación de la meta de la interpretación. La decisión sobre la meta de la interpretación presupone una teoría sobre la función de la jurisprudencia, y la respuesta a la pregunta de si es posible, y en qué medida lo es, el argumentar jurídicamente de un modo racional. En este sentido hay que dar la razón a Engisch cuando escribe que «hacen (falta) puntos de vista más profundos para atribuir a cada método interpretativo su derecho relativo y su especial lugar lógico» (K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 5.ª ed., Stuttgart/Berlín/Köln/Mainz, 1971, p. 84). La teoría de la argumentación aquí propuesta es un intento de encontrar tales puntos de vista más profundos.

¹² Sobre esto cfr. M. Kriele, *Ibid.*, p. 86.

¹³ Habida cuenta de la indeterminación de los cánones se puede dudar de si éstos son reglas. Así, éstos son entendidos por Müller como «designaciones abreviadas para determinadas orientaciones de investigación», y por Rottleuthner como indicaciones «para preguntar sobre los puntos de vista relevantes» (Fr. Müller, *Juristische Methodik*, 2.ª ed., Berlín, 1976, p. 167; H. Rottleuthner, *Richterliches Handeln*, Frankfurt a. M., 1973, p. 30). La cuestión del *status* lógico de los cánones se discutirá aún más ampliamente más adelante, en la p. 235 y s.

se o deducirse las premisas normativas que faltan y que son necesarias para la fundamentación. Tal fundamentación a partir de un sistema sería concluyente en cualquier caso si este sistema estuviera compuesto sólo de enunciados deducibles de las normas presupuestas. Pero en este caso, el sistema no incluiría ningún contenido valorativo que fuera más allá de los enunciados presupuestos¹⁴.

Si en lugar de esto se entiende por tal sistema —como por ejemplo hace Canaris— un sistema de principios generales de un ordenamiento jurídico (sistema axiológico-teleológico)¹⁵, surge inmediatamente la cuestión de cómo pueden obtenerse estos principios, ya que los mismos no se siguen lógicamente de las normas presupuestas. También es problemático el uso de tales principios para fundamentar decisiones jurídicas. «Los principios no rigen sin excepción, y pueden entrar en oposición o contradicción; no contienen una pretensión de exclusividad; sólo despliegan su contenido significativo propio en un juego conjunto de complemento y limitación recíprocos, y necesitan para su realización de concreción a través de principios subordinados y valoraciones particulares con contenido material independiente»¹⁶. El sistema axiológico-teleológico no permite, por sí solo, una decisión sobre cómo tiene que ser el juego de los principios en un caso concreto y qué valoraciones particulares hay que realizar¹⁷.

Esto no significa que no sea posible una argumentación a partir de un sistema axiológico-teleológico, o de cualquier otro sistema. Los argumentos a partir de sistemas, comoquiera que éstos se caractericen, juegan, tanto en la praxis judicial como también en la de la ciencia jurídica, un papel importante¹⁸. Sin embargo, ello pone de manifiesto que esta argumentación no tiene un carácter concluyente.

¹⁴ Cfr. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, *Ibid.*, p. 98.

¹⁵ C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlín, 1969, pp. 46 y ss.

¹⁶ *Ibid.*, p. 52 y s. (las cursivas son mías). Cfr. también Larenz, quien habla de que «en cualquier nivel de concreción son necesarias valoraciones adicionales que ha de realizar, primero, el legislador, y sólo después, en el marco del campo de decisión que a él le queda, el juez» (K. Larenz, *Ibid.*, p. 462).

¹⁷ Teniendo en cuenta esta situación, Wieacker indica si no sería recomendable «renunciar quizá al postulado de sistematicidad de un contexto de deducción (relativamente) cerrado» (Fr. Wieacker, Recensión: C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, en: «Rechtstheorie» I [1970], p. 112). Además cfr. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 100, quien habla de la «polivalencia de los contenidos valorativos de un principio», y constata: «Los que actúan no son principios, sino el aplicador del Derecho. La relación correcta no se puede «extraer» del sistema, sin interrogar a los conflictos de intereses.»

¹⁸ Sobre una serie de ejemplos en los cuales se resalta precisamente este punto, cfr. U. Diederichsen, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, «NJW» 19. (1960), p. 698 y ss.

1.1. Cuando hay supuestos en los que la decisión de un caso singular no se sigue lógicamente ni de las normas presupuestas, ni de enunciados sólidamente fundamentados de un sistema cualquiera (juntamente con enunciados empíricos), ni puede ser fundamentada concluyentemente con ayuda de las reglas de la metodología jurídica, entonces al decisor le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones, a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos no determinados ulteriormente.

De esta elección de quien decide depende qué enunciado normativo singular es afirmado (por ejemplo, en una investigación de la ciencia jurídica) o es dictado como sentencia. Tal enunciado normativo singular contiene una afirmación o determinación sobre lo que está ordenado, prohibido o permitido a determinadas personas¹⁹. La decisión tomada en cualquier nivel de la fundamentación es, así, una decisión sobre lo que debe o puede ser hecho u omitido. Con ella, una acción o comportamiento de una o varias personas es preferido a otras acciones o comportamientos de estas personas, o bien, un estado de cosas es preferido a otro. En la base de tal acción de preferir ésta, sin embargo, un enjuiciamiento de la alternativa elegida como mejor en algún sentido y, por tanto, una valoración^{20 21}.

En casi todos los escritos de metodología se acentúa actualmente

¹⁹ No se afirmará aquí que todas las decisiones jurídicas expresan directamente mandatos, prohibiciones o permisiones. Esto no es así, por ejemplo, respecto de los juicios de configuración. Tampoco se defenderá aquí la tesis más débil de que todas las decisiones se pueden reconducir a formas básicas que, como expresiones normativas, sólo contienen operadores deónticos básicos como «obligatorio», «prohibido» y «permitido». En este contexto es suficiente con que las decisiones jurídicas impliquen, al menos, mandatos, prohibiciones o permisiones. Sobre esta problemática cfr. junto a W. N. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, en: *Id.*, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and other Legal Essays*, New Haven, 1923, pp. 23 y ss., sobre todo A. Ross, *Directives and Norms*, London, 1968, pp. 106 y ss.

²⁰ Sobre los conceptos de «preferir», «elección» y «mejor», cfr. G. H. v. Wright, *The Logic of Preference*, Edingburgh, 1963, pp. 13 y ss. La expresión «valoración» puede ser utilizada tanto para designar la acción de preferir, como el enjuiciamiento de una alternativa como mejor, o también para referirse a las reglas de preferencia que están en la base de este enjuiciamiento (y por tanto del preferir). Sobre lo último cfr. A. Podiech, *Wertungen und Werten im Recht*, «AöR» 95 (1970), pp. 195 y s. Muchos lo usan para designar todo esto y aún más. Ya que no es importante una ulterior precisión, puede ésta omitirse.

²¹ Sobre esto cfr. Fr. Wieacker, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, en: *Xenion. Festschrift für P. J. Zepos*, Atenas, 1973, p. 407: «Fuera del núcleo de la ley susceptible de subsunción, y especialmente en la integración del Derecho... todos los problemas de aplicación del Derecho... puede ser formulados como decisiones entre alternativas valorativas.»

que la Jurisprudencia (en los dos sentidos de la expresión) no puede prescindir de tales valoraciones. Así, Larenz habla del «reconocimiento de que la aplicación de la ley no se agota en la subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador»²²; Müller es de la opinión de que «una Jurisprudencia sin decisiones ni valoraciones... (no sería) ni práctica, ni real»²³; Esser constata que «las valoraciones... (tienen) una importancia central en todas las decisiones de algún modo problemáticas»²⁴; Kriele llega al resultado de que no se puede «desconocer de ninguna manera el elemento valorativo, normativo-teleológico y político-jurídico, contenido en toda interpretación»²⁵, y Engisch tiene que reconocer que «las leyes mismas, en todas las ramas del Derecho, (están) actualmente construidas de tal manera que los jueces y funcionarios de la administración no encuentran y fundamentan sus decisiones a través de la subsunción bajo firmes conceptos jurídicos cuyo contenido se revela con certeza a través de la interpretación, sino que tienen que valorar autónomamente y que decidir y disponer como colegisladores»²⁶.

Con estas constataciones, sin embargo, más bien se ha mencionado que resuelto el problema. La cuestión es, dónde y en qué medida son necesarias valoraciones, cómo debe ser determinada la relación de éstas con los métodos de la interpretación jurídica y con los enunciados y conceptos de la dogmática jurídica, y cómo pueden ser racionalmente fundamentadas o justificadas estas valoraciones.

La respuesta a estas cuestiones es de gran importancia teórica y práctica. De ella depende, por lo menos en parte, la decisión sobre el carácter científico de la Jurisprudencia. Ella tiene, además, un gran peso en el problema de la legitimidad de la regulación de los conflictos sociales mediante decisiones judiciales. Esto es así porque cuando a las decisiones de los tribunales subyacen valoraciones (y aunque estas valoraciones no se puedan fundamentar racionalmente), las convicciones normativas fácticamente existentes o bien las decisiones de un grupo profesional²⁷ constituyen, al menos en numerosos casos, la base, no ulteriormente legitimada ni legitimable, de tales regulaciones de conflictos.

Las preguntas: (1) ¿dónde y en qué medida son necesarias valoraciones?, (2) ¿cómo actúan estas valoraciones en los argumentos cali-

²² K. Larenz, *Ibid.*, p. 150.

²³ Fr. Müller, *Juristische Methodik*, p. 134.

²⁴ J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 9.

²⁵ M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 96.

²⁶ K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, p. 107.

²⁷ Esto es así por lo menos con respecto a los juzgados ocupados exclusivamente por jueces profesionales.

ficados como «específicamente jurídicos»? y (3) ¿son racionalmente fundamentables tales valoraciones?, no pueden ser contestadas de antemano en esta introducción, sino que constituyen el objeto mismo de esta investigación.

Sin embargo, se adoptará postura de manera breve respecto de alguna de estas cuestiones, a fin de evitar algunos malentendidos que se producen fácilmente.

La tesis de que la Jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones no significa que no haya casos en los cuales no existe ninguna duda sobre cómo se debe decidir, sea por razón de las normas vigentes presupuestas, sea por referencia a enunciados de la dogmática o a precedentes. Puede incluso suponerse que estos casos son considerablemente más numerosos que los dudosos²⁸. La claridad de un caso no es, sin embargo, una cosa tan fácil²⁹. Quien afirma que una decisión es clara, da a entender que no cabe considerar argumentos que den lugar a dudas serias. Sin embargo, tales argumentos son siempre concebibles. La afirmación de que todos estos contraargumentos son malos o jurídicamente irrelevantes no podría, empero, seguirse concluyentemente, en todos los casos, de las normas presupuestas. Por ello, en relación con tales casos, se podría hablar de que su tratamiento como casos claros encierra una valoración negativa de todos los potenciales contraargumentos³⁰. Pero con esto se ha tocado un problema en el que no hace falta profundizar aquí.

En la literatura especializada se sugiere a veces que las valoraciones necesarias en las decisiones jurídicas deben considerarse como morales. Así, escribe Kriele: «Con esto ha caído el último velo: la aplicación del Derecho se orienta hacia consideraciones ético-sociales»³¹. Por otro lado, Hart representa la concepción de que el decisor se puede dejar guiar, en lugar de por razones morales, por cualquier otro objetivo social, cualquiera que pueda ser su valor moral³².

²⁸ Cfr. C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 147 y nota 58 de la p. 146.

²⁹ Cfr. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 212 y ss.

³⁰ La idea de tal valoración negativa se encuentra por ejemplo en Th. Heller, quien escribe: «En cada acto de subsunción jurídica se da por lo pronto un juicio de valor, en cuanto que se considera a la ley digna de ser aplicada en la forma recibida» (Th. Heller, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Berlin, 1961, p. 59). Además cfr. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 175: «en principio, el tenor literal de una norma jurídica sólo es "claro" cuando el resultado obtenido no resulta chocante».

³¹ M. Kriele, *Offene und verdeckte Urteilsgründe. Zum Verhältnis von Philosophie und Jurisprudenz heute*, en: *Collegium Philosophicum. Festschrift für J. Ritter*, Basel/Stuttgart, 1985, p. 112.

³² H. L. A. Hart, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, pp. 31 y ss. Además cfr. N. Hoerster, *Grundthesen analytischer Rechtstheorie*, en: «Jahrbuch für

Para resolver este problema, sería necesaria la clarificación de conceptos tales como «consideración ético-social», «razón moral», etc. Tal clarificación puede sin embargo omitirse, ya que aquí no se trata de la tesis fuerte de que las valoraciones necesarias se deben considerar siempre como morales, sino sólo del enunciado mucho más débil de que ellas siempre son *relevantes moralmente*.

Esto último no se puede negar, al menos si se admite que: (1) con cualquier decisión jurídica resultan afectados los intereses de, por lo menos, una persona, y (2), la cuestión de si está justificada la limitación de los intereses de una persona también puede plantearse como cuestión moral.

La constatación de que las valoraciones necesarias en muchas decisiones jurídicas son relevantes moralmente no dice todavía mucho, pero es el presupuesto de la tesis, que se fundamentará más adelante, de que el decisor se *debe* orientar en un sentido jurídicamente relevante de acuerdo con valoraciones moralmente correctas.

1.2. A partir del hecho de que la Jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones, sería un error deducir que, en la medida que éstas son necesarias, hay un campo libre para las convicciones morales subjetivas del o de los aplicadores del Derecho. Tal conclusión sólo sería necesaria si no existiera en absoluto ninguna posibilidad de objetar estas valoraciones. Para esto se han propuesto, y en parte se han intentado recorrer, las vías más diferentes. Tres de estas vías merecen especial interés en relación con esta investigación.

En primer lugar, parece plausible la idea de que quien decide se tiene que ajustar a los «valores de la colectividad o de círculos determinados»³¹. Contra esto se pueden plantear, sin embargo, una serie de

Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 2 (1972), p. 123. Hay que separar claramente la cuestión de si las valoraciones necesarias en las decisiones jurídicas (que no se pueden extraer directamente de la ley) deben ser consideradas como valoraciones morales, de la cuestión de si las decisiones jurídicas en general se pueden diferenciar de las decisiones morales. Lo último se deberá afirmar con firmeza, en relación con el carácter especial de las fundamentaciones jurídicas desplegado en la teoría del discurso jurídico (sobre esto cfr. W. K. Frankena, *Decisionism and Separatism in Social Philosophy*, en: *Rational Decision*, «Nomos», vol. 7 [1964], pp. 18 y ss.).

³¹ K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, p. 124. Cfr. también Ch. Perelman, *Fünf Vorlesungen über die Gerechtigkeit*, en: *Id., Über die Gerechtigkeit*, München, 1967, p. 144, quien exige que los jueces «ejercen su mandato de acuerdo con las metas de la colectividad que les ha llamado para estos cometidos». La búsqueda de valoraciones racionales se la quiere él atribuir al filósofo (*Id.*, pp. 146 y ss.). Esto se tratará con más profundidad. Cfr. R. Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 2.ª ed., München, 1974, quien recomienda averiguar primero «qué interpretación o integración se corresponde mejor con las ideas ético-jurídicas dominantes en la comunidad» (p. 76). En el caso de que de esta manera no se pueda encontrar ningún resultado

objecciones. Las valoraciones de la colectividad no se pueden determinar con exactitud en muchos casos. Incluso con la ayuda de los métodos de las ciencias sociales aparecen con frecuencia valoraciones que no son lo suficientemente concretas como para poder servir como fundamento de la decisión. La colectividad debería para esto familiarizarse con todos los casos a decidir. A menudo surgirán además valoraciones diferentes. ¿Cuáles debe seguir en estos casos el decisor? Lo mismo cabe decir para el caso en que uno se rija por las valoraciones de «círculos determinados», entre los cuales están especialmente los juristas o, dentro del círculo de los juristas, los jueces. Tampoco aquí son raras las concepciones diferentes. Quien se rige por las convicciones de círculos determinados tiene, además, que fundamentar por qué deben ser decisivas precisamente las concepciones de las personas pertenecientes a los mismos. Finalmente, hay que plantear la cuestión de si una convicción normativa, sólo por el hecho de que esté extendida, puede servir de fundamento a decisiones jurídicas. Contra esto estaría el hecho de que es posible que las convicciones normativas sólo estén extendidas porque los que las sostienen aún no han tenido ocasión suficiente de someterlas a una comprobación crítica. Sin embargo, esto es válido sólo limitadamente en relación con las convicciones de los juristas que, en el caso ideal, son el resultado de una duradera discusión crítica de tipo institucional.

Por otra parte, se debe constatar que al decisor no le deben ser indiferentes las convicciones de aquellos en cuyo nombre habla, ya que, si decide como juez, su decisión es pronunciada en «nombre de pueblo»³². Tampoco podrá prescindir, sin más, de los resultados de un proceso de discusión a lo largo de innumerables generaciones de juristas. De aquí se desprende claramente que la alternativa no puede ser: orientación hacia las propias ideas, o hacia las de aquéllos en cuyo nombre se aplica el Derecho, o bien hacia las de quienes discuten las cuestiones jurídicas desde hace tiempo. Más bien se debe exigir un modelo que, por un lado, permita tener en cuenta las convicciones extendidas y los resultados de las discusiones jurídicas precedentes y, por otro lado, deje espacio a los criterios de lo correcto. La teoría a desarrollar aquí pretende, entre otras cosas, ofrecer tal modelo.

Casi más atractivo todavía que la referencia a las opiniones generalizadas es el recurso al «sistema interno de valoraciones del ordena-

indubitable, debe el juez poder seguir «su propio sentimiento jurídico, sus personales ideas sobre lo que es más conveniente» (p. 85).

³² Cfr. R. Zippelius, *Ibid.*, p. 21: «La idea democrática supone ya que en la determinación del modelo social debe participar el mayor número posible, y que el juez, como representante de esta comunidad, debe seguir las ideas en ella reinantes.»

miento jurídico»³⁵, o al «sentido total del ordenamiento jurídico»³⁶. Esto es también tan correcto como insuficiente. Es insuficiente porque algo así como el sistema de valoraciones del ordenamiento jurídico no es ninguna medida fija, que sujete al que ha de decidir a una determinada valoración. Las diferentes normas son cristalizaciones de puntos de vista valorativos completamente diferentes y, a menudo, divergentes. Además, ningún principio está realizado ilimitadamente. A menudo ni siquiera está claro qué valoraciones recoge una norma, y esto significa que se debe decidir nuevamente sobre el peso que se debe atribuir a los diferentes puntos de vista valorativos que cabe encontrar.

Por estas razones, la decisión jurídica no puede fundamentarse estrictamente en el sistema de valoraciones del ordenamiento jurídico; sin embargo, no puede tampoco dudarse de que los puntos de vista valorativos formulados en la Constitución o en otras leyes, o expresados en numerosas normas o decisiones, son relevantes para la decisión a tomar. Como en el caso de las convicciones de la colectividad que hay que tener en cuenta, lo importante, también aquí, no es tanto el postular la observancia de estos puntos de vista valorativos, como, mucho más, el determinar exactamente las formas y las reglas según las cuales éstos pueden y deben entrar en la fundamentación de una decisión.

Una tercera posibilidad consistiría en apelar a un orden valorativo objetivo (bien exista independientemente del Derecho, o bien esté recogido en la Constitución o en el conjunto del ordenamiento jurídico) o a enunciados de Derecho natural objetivamente reconocibles, como lo han hecho el Tribunal Constitucional³⁷ y el Tribunal Supremo^{38,39}. Tal intento encierra, sin embargo, como se ha mostrado repetidamente, premisas filosóficas muy discutibles⁴⁰. Cuando se discuta el intuicionismo metaético se dirá todavía algo fundamental sobre esto. Igualmente importante es la objeción de que, a partir de un orden valorativo existente en algún sentido, difícilmente pueden deducirse los enuncia-

³⁵ Fr. Wieacker, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, p. 408; en forma parecida *Id., Über unstrange Verfahren der Rechtsfindung*, en: *Festschrift für W. Weber*, Berlín, 1974, p. 439.

³⁶ K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 420.

³⁷ Cfr., por ejemplo, BVerfG E 2, I (12); 6, 32 (40 s.); 7, 198 (205); 27, I (6); 30, 173 (193).

³⁸ Cfr., por ejemplo, BGHZ E 8, 243 (248); BGHSt E 6, 47 (53).

³⁹ Sobre la mezcla de elementos iusnaturalistas de tintes predominantemente teológicos con elementos de la ética de los valores de Scheler-Hartmann que está en la base de esta jurisprudencia, cfr. H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.ª ed., Göttingen, 1962, p. 225.

⁴⁰ Cfr. W. Weischedel, *Recht und Ethik*, Karlsruhe, 1956; H. Welzel, *Ibid.*, pp. 226 y ss.; A. Podlech, *Wertung und Werte im Recht*, pp. 201 y ss.

dos normativos, relativamente específicos, necesarios para fundamentar la decisión⁴¹.

Por otro lado, se debe reconocer que algunos de los enunciados obtenidos de esta manera, como por ejemplo el de que «la libertad y la igualdad son los valores fundamentales y permanentes de la unidad estatal»⁴², aunque extremadamente vagos, son, sin embargo, absolutamente aceptables. Lo que falta es una mejor fundamentación y un procedimiento para su precisión.

Las propuestas discutidas hasta ahora para la objetivización del problema de las valoraciones se pueden agrupar en tres clases diferentes:

- (1) basarse en convicciones y consensos fácticamente existentes, así como en normas no jurídicas fácticamente vigentes o seguidas;
- (2) referirse a valoraciones que, de alguna manera, pueden ser extraídas del material jurídico existente (incluidas las decisiones anteriores), y
- (3) recurrir a principios suprapositivos.

No se ha discutido otra vía:

- (4) apelar a conocimientos empíricos [excepto los presupuestos en (1)].

Tales conocimientos empíricos son de gran importancia en las fundamentaciones jurídicas, pero sólo de ellos no se pueden deducir premisas normativas⁴³.

Hay algunas razones para que ninguno de los procedimientos (1) a (4), ni tampoco la simple suma de éstos, pueda resolver el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas.

Al menos en las sociedades modernas, hay diferentes concepciones para casi todos los problemas prácticos. Los consensos fácticos son raros, al menos por lo que se refiere a cuestiones prácticas algo concretas. En el conjunto de un ordenamiento jurídico se pueden encontrar siempre valoraciones divergentes que pueden ponerse en relación, pero de manera distinta, con cada caso concreto. La apelación a la evidencia

⁴¹ Sobre esto cfr. Fr. Wieacker, *Gesetz und Richterkunst*, Karlsruhe, 1958, p. 10.

⁴² BVerfG E 2, I (12).

⁴³ Sobre el problema aquí aludido de la derivación del ser del deber cfr. el informe bibliográfico de E. Morscher, *Das Sein-sollen-Problem logisch betrachtet. Eine Übersicht über den gegenwärtigen Stand der Diskussion*, en «Conceptus», 8 (1974), pp. 5 y ss.; N. Hoerster, *Zum Problem der Ableitung eines Sollens aus einem Sein in der analytischen Moralphilosophie*, en: «ARSP», 55 (1969), pp. 11 y ss.; Fr. v. Kutschera, *Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen*, Freiburg/München, 1973, pp. 66 y ss., así como *infra*, pp. 53 y 74.

o a órdenes naturales preexistentes es un procedimiento —desde el punto de vista metódico— extremadamente dudoso. Los principios obtenidos de esta manera son además concretizables de modos diferentes. Finalmente, de los juicios fácticos pueden extraerse diferentes consecuencias normativas.

¿Se debe extraer de aquí la conclusión de que lo decisivo son las valoraciones, no comprobables intersubjetivamente, de quien decide, valoraciones que quizá puedan ser explicadas, pero no justificadas, sociológica o psicológicamente? Esta conclusión sería por lo menos no deseable en cuanto a la legitimación de la creación judicial del Derecho, y en cuanto al carácter científico de la ciencia jurídica (en la medida en que ésta se refiere a cuestiones normativas). Es verdad que esto no es una razón para no extraer esta conclusión, pero es una razón para buscar otros caminos.

2. LAS IDEAS FUNDAMENTALES DE ESTA INVESTIGACION

Tal búsqueda parece muy rica en posibilidades, habida cuenta de los resultados de las modernas discusiones éticas de la filosofía del lenguaje contemporáneo, así como de los de la teoría de la argumentación que se está desarrollando, y que convergen en muchos puntos. La meta de esta investigación es aprovechar para la indagación de los fundamentos jurídicos algunas de las teorías sobre la discusión crítica desarrolladas en estos campos⁴⁴.

La argumentación jurídica se concibe a tal efecto como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico-jurídica. De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar tal actividad como «discurso», y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como «discurso práctico». El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general⁴⁵.

El discurso jurídico puede ser contemplado de muy distintas maneras. Así, tales perspectivas pueden ser empíricas, analíticas, o normativas.

⁴⁴ Dreier caracteriza la teoría del Derecho actual, sumándose al teórico del Derecho sueco Ivar Agge, como una «disciplina fronteriza», que tiene la función de comprobar «las informaciones de las ciencias vecinas, tanto teórica como prácticamente, en cuanto a su importancia para la ciencia del Derecho en sentido estricto (R. Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen, 1975, p. 27). La presente investigación puede ser considerada como un intento de contribuir a esta tarea.

⁴⁵ Sobre la fundamentación de esta tesis cfr. *infra*, pp. 206 y ss.

La perspectiva es *empírica* si en ella se describen o explican, por citar sólo algunos ejemplos, la frecuencia de determinados argumentos⁴⁶, la correlación entre determinados grupos de hablantes, situaciones lingüísticas y el uso de determinados argumentos, el efecto de los argumentos, la motivación para el uso de determinados argumentos, o las concepciones dominantes en determinados grupos sobre la validez de los argumentos. Una teoría de este tipo es parte de una teoría del actuar jurídico, especialmente del judicial, a desarrollar con los métodos de las ciencias sociales⁴⁷.

La perspectiva es *analítica* si en ella se trata de la estructura lógica de los argumentos realmente efectuados o posibles. Es, finalmente, *normativa* si se establecen y fundamentan criterios para la racionalidad del discurso jurídico.

En la metodología jurídica tradicional se mezclan estas tres perspectivas. Esto no es sin más un defecto, ya que entre ellas existen en realidad muchas relaciones. Así, la perspectiva empírica presupone al menos una clasificación grosso modo de los diferentes argumentos. La normativa exige considerar la estructura lógica de los posibles argumentos. Más problemática es la relación entre la perspectiva normativa y la empírica. ¿Es por ejemplo la concepción dominante en un grupo sobre la validez de un argumento, un criterio para su racionalidad? Aquí sólo pueden plantearse cuestiones de este tipo, que se discutirán en el transcurso de esta investigación.

En el primer plano de las reflexiones a realizar aquí están los criterios para la racionalidad del discurso jurídico. La postura seguida en este trabajo puede denominarse «analítico-normativa», ya que la elaboración de tales criterios incluye un análisis de la estructura lógica de las fundamentaciones. Lo que se pretende desarrollar es una teoría analítico-normativa del discurso jurídico.

De importancia central para ello es la idea de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Lo que tienen en común los discursos jurídicos con el discurso práctico general consiste en que en ambas formas de discurso se trata de la corrección de enunciados normativos. Se fundamentará que tanto con la afirmación de un enunciado práctico general, como con la afirmación o pronunciamiento de un enunciado jurídico, se plantea una pretensión de corrección⁴⁸. En el discurso jurídico se trata de un caso *especial*, porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras.

⁴⁶ Sobre esto cfr., por ejemplo, E. Eichenhofer, *Frequenzanalytische Untersuchungen juristischer Argumentation*, en: *Rechtstheorie*, 5 (1974), pp. 216 y ss.

⁴⁷ Sobre esto cfr. H. Rottleuthner, *Richterliches Handeln*, Frankfurt a. M., 1973, pp. 61 y ss.

⁴⁸ Sobre esto cfr. *infra*, pp. 208 y ss.

Entre éstas, se deben mencionar especialmente la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como —lo que no concierne, sin embargo, al discurso científico-jurídico— las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal.

La pretensión planteada por un enunciado jurídico se refiere a que éste es racionalmente fundamentable bajo la consideración de estas condiciones limitadoras. Esta pretensión se corresponde con el mandato, recogido en el artículo 20 apartado 3 de la Ley Fundamental, de sujeción de la jurisprudencia a la «ley y al Derecho». La cuestión es: qué significa «racionalmente fundamentable bajo la consideración de estas condiciones limitadoras».

Para responder a esta pregunta es conveniente investigar, en primer lugar, qué puede significar el que un enunciado normativo sea racionalmente fundamentable.

A tal efecto, en este trabajo se discutirán a fondo una serie de teorías sobre el tema. Se trata de las teorías, en el campo de la ética analítica, de Stevenson, Hare, Toulmin y Baier, de la teoría consensual de la verdad de Habermas, de la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen, así como de la teoría de la argumentación de Perelman. Los resultados de estas discusiones se resumirán en una teoría general del discurso práctico racional. El núcleo de esta teoría lo forman cinco grupos de un total de veintidós reglas, explícitamente formuladas, así como una tabla de seis formas de argumentos⁴⁹. La formulación explícita de estas reglas y formas puede parecer pedante, superflua, o incluso inadecuada. Su objetivo quizá más importante consiste en hacer aparecer más claramente sus defectos. Tales defectos pueden referirse tanto al contenido de las reglas, a lo incompleto de su enumeración, al carácter superfluo de algunas reglas y formas, y también a la insuficiente precisión de su formulación. En el caso de que tales defectos no vuelvan absolutamente carente de sentido las reglas y formas formuladas, éstas representan algo así como un código de la razón práctica.

La utilidad de estas reglas y formas no debe ser ni sobrevalorada ni infravalorada. No se trata de axiomas de los que se puedan deducir determinados enunciados normativos, sino de un grupo de reglas y formas, con *status* lógico completamente diferente, y cuya adopción debe ser suficiente para que el resultado fundamentado en la argumentación pueda plantear la pretensión de corrección. Estas reglas no deter-

⁴⁹ Sobre esto cfr. *infra*, pp. 185 y ss. Sobre el concepto de forma de argumento cfr. *infra*, p. 102 y s. Sobre la diferencia entre reglas y formas cfr. *infra*, p. 184, nota 29.

minan, de ninguna manera, el resultado de la argumentación en todos los casos, sino que excluyen de la clase de los enunciados normativos posibles algunos (como discursivamente imposibles), y, por ello, imponen los opuestos a éstos (como discursivamente necesarios). En relación con numerosos enunciados normativos ocurre que, si se parte sólo de estas reglas, tanto tales enunciados como sus negaciones son compatibles con las reglas del discurso (son, por tanto, enunciados discursivamente posibles). Esto se explica porque las reglas del discurso práctico racional no prescriben de qué premisas deben partir los participantes en el discurso. El punto de partida del discurso lo forman en un comienzo las convicciones normativas, deseos e interpretaciones de necesidades dadas (es decir, existentes fácticamente), así como las informaciones empíricas de los participantes. Las reglas del discurso indican cómo se puede llegar a enunciados normativos fundamentados a partir de este punto de partida, pero sin determinar completamente cada paso para ello. Puesto que son posibles, como punto de partida, convicciones normativas, deseos e interpretaciones de necesidades completamente diferentes, y puesto que no está determinado por lo menos cómo se cambian las interpretaciones de necesidades, cómo deben ser modificadas las convicciones normativas y cómo se deben limitar los deseos, hay que concluir que son posibles diferentes resultados.

Se podría decir que las reglas del discurso definen un proceso de decisión en el que no está determinado qué debe tomarse como base de la decisión, y en el que no todos los pasos están prescritos. Esto es, por una parte, un defecto, y, por otra, una ventaja. El defecto es evidente. La ventaja consiste en que la base de la decisión y una serie de pasos concretos de ésta no son determinados por cualquier teórico de la decisión, que a su vez tendría que partir de sus propias concepciones, sino que queda encomendada al afectado. Se puede considerar como tarea de la teoría del discurso, precisamente el proponer reglas que, por una parte, sean tan débiles, es decir, que tengan tan poco contenido normativo que personas con concepciones normativas totalmente diferentes pudieran estar de acuerdo con ellas, pero que, por otra parte, sean tan fuertes que una discusión realizada de acuerdo con las mismas pueda ser calificada como «racional».

La indicada debilidad de las reglas del discurso resulta todavía reforzada por el hecho de que algunas de estas reglas están formuladas de tal manera que sólo pueden ser cumplidas de manera aproximada. Todo esto, sin embargo, no priva de sentido a tales reglas. Es verdad que no pueden producir ninguna certeza definitiva en el ámbito de lo discursivamente posible, pero son de enorme importancia como explicación de la pretensión de corrección, como criterio de la corrección de enunciados normativos, como instrumento de crítica de fundamen-

taciones no racionales, y también como precisión de un ideal al que se aspira.

Sólo esto acredita ya a la teoría del discurso como una empresa interesante para la teoría del Derecho. Una norma, o un mandato singular, que satisfagan los criterios determinados por las reglas del discurso, pueden ser calificados de «justos». La teoría del discurso es, por tanto, una de las varias formas que probablemente son posibles de análisis de este concepto tan central para la Jurisprudencia.

Ya se mencionó que el discurso jurídico se diferencia del discurso práctico general en que su libertad está limitada, en pocas palabras, por la ley, el precedente, la dogmática, y —en el caso del proceso—, por las leyes procedimentales.

La amplia zona de lo meramente posible discursivamente, la provisionalidad de cualquier resultado, así como la necesidad de decidir en tiempo limitado numerosas cuestiones prácticas, hacen aparecer estas limitaciones no sólo como aceptables, sino también como razonables y necesarias. Se puede suponer que los participantes en una deliberación racional que tenga por objeto los límites del discurso práctico general se decidirán tanto por la introducción de procedimientos para la obtención de reglas jurídico-positivas, como también de procedimientos para la elaboración científica y para la aplicación de estas reglas jurídicas (es decir, por la institucionalización del discurso científico-jurídico), y de alguna forma (no necesariamente la actualmente practicada) de discurso judicial. La introducción de reglas jurídico-positivas, su aplicación en forma judicial, así como su imposición coactiva, tiene, no en último lugar, la tarea de asegurar la posibilidad de discursos prácticos generales.

Con esto que se dice, de que el discurso jurídico tiene lugar bajo condiciones delimitadoras, no se ha dicho todavía cómo tiene que producirse esta delimitación. Para ello, es preciso determinar más exactamente las reglas según las cuales se tienen que considerar las condiciones delimitadoras, y las formas de argumentos que pueden ser tomadas como referencia.

Las reglas y formas que rigen para todos los tipos de discurso jurídico se pueden distinguir de las que son importantes sólo en determinadas formas de discurso. En esta investigación sólo pueden ser discutidas algunas de tales reglas y formas generales.

Un problema especialmente importante a discutir aquí es la cuestión de la relación de la argumentación jurídica con la argumentación práctica general. La tesis del caso especial puede significar al menos tres cosas diferentes.

En su primera significación afirma que el propio proceso de fundamentación o reflexión tiene que realizarse según los criterios del dis-

curso práctico general (y, en casos afortunados, así sucede), y que la fundamentación jurídica sólo sirve para la legitimación secundaria del resultado obtenido de esta manera. Esta tesis puede llamarse «tesis de la secundariedad». Según ella, el discurso jurídico, en todos los casos en los que la solución no puede extraerse concluyentemente de la ley, no sería otra cosa que un discurso práctico general con una fachada jurídica⁵⁰.

Al que rechaza la tesis de la secundariedad se le plantean dos posibilidades. Puede afirmar que la argumentación jurídica llega hasta un determinado punto en el que ya no son posibles otros argumentos específicamente jurídicos, y que aquí tiene que entrar en juego la argumentación práctica general. Esta afirmación puede ser denominada «tesis de la adición». Pero puede también ser de la opinión de que el uso de argumentos específicamente jurídicos debe unirse, en todos los niveles, con el de los argumentos prácticos generales. Esta concepción, que puede ser caracterizada con la expresión «tesis de la integración», será la que se adoptará aquí.

Sin embargo, con la afirmación de la tesis de la integración no se ha ganado mucho todavía. Queda la cuestión de cómo debe lograrse la conexión por ella exigida o, en palabras de Esser, cómo se debe determinar la relación del «control de corrección», con el «control de concordancia» en cuanto a la compatibilidad de la solución con el sistema jurídico positivo, habida cuenta de otras soluciones legislativas y del elemento dogmático⁵¹. Tal determinación es lo que se intentará en la teoría de la argumentación jurídica aquí presentada.

3. SOBRE LA DELIMITACION DE LA TOPICA

Quien propone una teoría de la argumentación jurídica se ve en seguida identificado con la tónica jurídica, que ha jugado un papel tan importante en la discusión metodológica de los últimos veinte años. Tal identificación podría conducir a que las objeciones a esgrimir contra la tónica sean traspasadas, sin ulterior examen, a la teoría aquí propuesta. Para prevenir esto, se debe entrar brevemente en la cuestión

⁵⁰ Müller ha afirmado que Kriele defiende esta tesis (Fr. Müller, *Juristische Methodik*, pp. 93 y ss., 196 y s.). Hay expresiones de Kriele que pueden ser entendidas de esta manera (cfr., por ejemplo, M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 218). El habla también, sin embargo, del «valor propio» de las fundamentaciones jurídicas, que pueden «influir en el resultado, al menos en sus variantes» (*Ibid.*, p. 220). Recientemente, Kriele se dirige expresamente contra la interpretación de Müller (*Id.*, *Nachwort zur zweiten Auflage der Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 319 y s.).

⁵¹ J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der richterlichen Rechtsfindung*, p. 19.

de cómo se relaciona la teoría aquí desarrollada con la tesis de Viehweg⁵² de que la Jurisprudencia debe entenderse como tópica.

Para contestar a esta pregunta es necesario saber qué se debe entender por tópica⁵³. Siguiendo a Otte⁵⁴, puede entenderse por «tópica» tres cosas diferentes: (1) una técnica de búsqueda de premisas, (2) una teoría sobre la naturaleza de las premisas y (3) una teoría del uso de estas premisas en la fundamentación jurídica.

Como técnica de búsqueda de premisas, la tópica propone la búsqueda de todos los puntos de vista que se puedan tener en cuenta. Aquí pueden ser de gran ayuda los catálogos de topoi⁵⁵. Struck ha reunido, quizá con finalidad crítica, un catálogo de sesenta y cuatro topoi. En él se encuentran cosas tan heterogéneas como «lex posterior derogat legi priori»⁵⁶, «lo inaceptable no puede ser exigido»⁵⁷, y «propósito»⁵⁸. Incluso el valor heurístico de esta yuxtaposición puede ponerse en duda⁵⁹. En cualquier caso, no se pretende nada parecido en esta investigación.

La concepción de la tópica como una teoría sobre la naturaleza de las premisas es más interesante. Quien argumenta tópicamente no parte, por un lado, de enunciados demostrados como verdaderos, pero, por otro lado, tampoco parte de enunciados arbitrariamente establecidos, sino de εὐδοξία⁶⁰, es decir, de enunciados verosímiles, plausibles, generalmente aceptados, o probables⁶¹. Esto es, en parte, correcto, pero se presta a malentendidos, es demasiado general y es, en parte, falso. Es demasiado general, porque no se diferencia suficientemente entre las diferentes premisas que se utilizan en las fundamentaciones

⁵² Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., München, 1974 (1.ª ed., München, 1953).

⁵³ Sobre esto, entre la amplia literatura sobre la tópica, cfr. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 114-153; G. Otte, *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben*, en: *Xenion. Festschrift f. P. J. Zepos*, Atenas, 1973, pp. 391 y ss.; A. Bokeloh, *Der Beitrag der Topik zur Rechtsgewinnung*, tesis doctoral, Göttingen, 1973.

⁵⁴ G. Otte, *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion*, p. 184.

⁵⁵ Th. Viehweg, *Ibid.*, p. 35.

⁵⁶ G. Struck, *Topische Jurisprudenz*, Frankfurt a. M., 1971, p. 20.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 33.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 34.

⁵⁹ Sobre esto cfr. G. Otte, *Ibid.*, p. 187.

⁶⁰ Cfr. Aristóteles, *Topik*, 100 b.

⁶¹ Las traducciones de εὐδοξία oscilan. Rolles usa la expresión «probable» (Aristóteles, *Topik*, traducción de E. Rolles, Hamburg, 1922, p. 1), Viehweg prefiere frente a esto «plausible» (*Ibid.*, p. 21), Kriele considera muy adecuadas las traducciones al inglés como «generally accepted opinions» (M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 135), y Wieacker considera «probable» como una propuesta libre pero adecuada (Fr. Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, en: *Hermeneutik und Dialektik. Festschrift für H.-G. Gadamer*, vol. 2, Tübingen, 1970, p. 328, nota 46).

jurídicas. La frase de Struck «la ley es un topos entre otros, sólo que mucho más importante»⁶², no se ajusta al papel de las normas jurídicas presupuestas como vigentes en el discurso jurídico⁶³. En esta debilidad radica la impotencia de la tópica para dar cuenta del encuadre de la argumentación jurídica tanto dentro de la dogmática jurídica institucionalmente elaborada⁶⁴, como también en el contexto de los precedentes⁶⁵. Una teoría adecuada de la argumentación jurídica tiene, sin embargo, que incluir una teoría tanto de la dogmática jurídica, como también de la valoración del precedente.

Junto a la falta de importancia de la ley, de la dogmática, y del precedente, es ante todo problemática la orientación de la tópica hacia la estructura superficial de los argumentos standard. El catálogo de topoi elaborado por Struck es, en este sentido, típico. Con fórmulas como «propósito» y «lo inaceptable no puede ser exigido» se puede hacer muy poco, donde lo que cuenta es el análisis lógico de tales argumentos. Sólo de esta manera pueden éstos ser entendidos como estructuras compuestas de enunciados diversos, pero especialmente también de enunciados normativos, que han de ser el objeto característico de la discusión, si ésta ha de ser racional⁶⁶.

Pero si se penetra en la estructura profunda del uso de topoi tales como «lo insoportable no es de derecho»⁶⁷, que en una formulación general pueden contarse plausiblemente entre los «que parecen verdaderos a todos, o a la mayoría, o bien a los sabios, y de entre los sabios a su vez, a todos, a la mayoría, o bien a los más conocidos y prestigiosos»⁶⁸, entonces se encuentran enunciados normativos más especiales a

⁶² G. Struck, *Ibid.*, p. 7.

⁶³ Sobre este punto crítico cfr. C.-W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, pp. 142 y ss.; U. Diederichsen, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, en: *«NJW»*, 19 (1966), p. 702.

⁶⁴ Sobre esto cfr. sobre todo U. Diederichsen, *Ibid.*, pp. 698 y ss.

⁶⁵ Este problema no es resuelto por la idea mencionada por Viehweg de un sistema tópico. Un sistema tópico, tal como lo entiende Viehweg, puede ser definido mediante cuatro características: (1) orientación al problema, (2) ordenación de los topoi correspondientes a los problemas, (3) movimiento constante a través de (4) una argumentación racional (Th. Viehweg, *Some Considerations Concerning Legal Reasoning*, en: *Law, Reason and Justice*, ed. de G. Hughes, New York/London, 1969, p. 268; en forma parecida, *Id.*, *Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung*, en: *System und Klassifikation in Wissenschaft und Dokumentation*, ed. de A. Diemer, Meisenheim am Glan, 1968, p. 104). La introducción de un concepto de sistema tópico definido de esta manera no es otra cosa que la introducción de un nuevo nombre para lo que antes se llamaba simplemente «tópica».

⁶⁶ Sobre la exigencia de «otorgar preferencia a valoraciones abiertas frente a fundamentaciones tópicas», cfr. Fr. Wieacker, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, p. 409.

⁶⁷ Struck, *Ibid.*, p. 33.

⁶⁸ Aristóteles, *Topik*, 100 b.

los que, en ningún caso, son aplicables sin más estos criterios. Pero lo importante son estos enunciados, ya que con un enunciado como «lo insoportable no es de derecho» no se puede hacer nada, por lo menos cuando surge una disputa sobre qué es insoportable. Dirimir esta disputa con otras formulaciones de este nivel de generalidad significa dejar a un lado el problema.

Finalmente, la teoría esbozada por la tópica sobre el uso de premisas en la fundamentación de juicios singulares resulta problemática. La regla aquí vigente de considerar todos los puntos de vista⁶⁹ no dice nada sobre qué punto de vista debe prevalecer, y ni siquiera determina cuáles son los puntos de vista a considerar. En este sentido, es totalmente consecuente la constatación de Viehweg de que «la discusión queda, obviamente, como la única instancia de control»⁷⁰; pero ¿qué significa «instancia de control»? ¿Debe suponer cualquier consenso fácticamente alcanzado la garantía de la corrección? Esto no puede ser así por el simple hecho de que en una ulterior discusión puede resultar el carácter defectuoso de un consenso anterior. Habría que exigir, por lo menos, que en tales discusiones se respeten determinadas reglas que las caractericen como racionales. Struck indica algunas de tales reglas⁷¹. Pero estas reglas no son suficientes, porque no contienen nada sobre el papel de la ley, la dogmática y el precedente.

Quizá el cuadro de la tópica aquí dibujado sea demasiado negativo. Pese a todo, se podría decir que esta investigación asume, en cierto sentido, las intenciones de la tópica jurídica⁷². Precisamente por esto es necesario descubrir sus carencias con toda precisión. Una teoría de la argumentación jurídica se podrá medir por el rasero de si puede evitar estos defectos, y en qué medida puede hacerlo. Estos defectos consisten, por repetirlo una vez más, en la infravaloración de la importancia de la ley, de la dogmática jurídica, y del precedente, en la insuficiente penetración en la estructura profunda de los argumentos, así como en la insuficiente precisión del concepto de discusión.

Sin embargo, debe mantenerse la tesis de la tópica de que incluso

⁶⁹ Cfr. G. Struck, *Ibid.*, p. 7.

⁷⁰ Th. Viehweg, *Ibid.*, p. 43.

⁷¹ G. Struck, *Ibid.*, p. 99 y ss.

⁷² Esto es así especialmente respecto a la propuesta realizada por Viehweg de una tópica formal. El objeto de tal tópica formal lo sería las reglas de la pragmática del lenguaje. Por «pragmática» entiende Viehweg, en conexión con la conocida diferenciación de Morris, la teoría de la relación entre signos, hablante y situación (cfr. Ch. W. Morris, *Foundations of the Theory of Signs*, en: *International Encyclopedia of Unified Science*, vol. I, n. 2, pp. 1 y ss., Chicago, 1938). Viehweg remite sobre esto a las modernas investigaciones lógicas sobre filosofía del lenguaje y sobre filosofía moral (Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5.ª ed., pp. 111 y ss.). Esta indicación es aceptada en esta investigación.

donde no son posibles fundamentaciones concluyentes, el campo no debe quedar abandonado a la decisión irracional, así como la idea de que el concepto de fundamentación racional está estrechamente entrelazado con el de discusión racional.

4. SOBRE LA VALORACION DE LA NECESIDAD DE UNA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA RACIONAL EN LA DISCUSION METODOLOGICA ACTUAL

La teoría de la argumentación jurídica aquí propuesta puede ser entendida como la continuación de una serie de referencias que se pueden encontrar en la literatura sobre metodología jurídica. No es sólo Viehweg quien considera necesaria la elaboración de una «teoría retórica de la argumentación contemporánea ampliamente desarrollada»⁷³. Hassemer habla de que una teoría de la argumentación jurídica pertenece «a los desiderata más urgentes de la ciencia jurídica»⁷⁴. Rottleuthner considera que «la ciencia jurídica como disciplina normativa... se (tiene que entender) como teoría de la argumentación»⁷⁵. Rüdiger indica que «sólo en base al arte de extraer conclusiones lógicamente correctas... no (puede) el juez fallar en un juicio». «Este debe, por eso, poder argumentar racionalmente también en zonas en las que no se dan los presupuestos de la demostración lógica. Es claro que tales zonas existen, pero mucho menos claro es el método de argumentar "racionalmente"» en ellas⁷⁶.

También algunas consideraciones del Tribunal Constitucional Federal, en una reciente decisión, hacen aparecer como deseable una clarificación de lo que se pueda entender por «argumentación racional». El Tribunal constata, primero, que en consideración al artículo 20 apartado 3 de la Ley Fundamental «el Derecho... no (se) identifica con el conjunto de las leyes escritas». El juez no está, por tanto, «constreñido por la Ley Fundamental a aplicar al caso concreto las indicaciones del legislador dentro de los límites del sentido literal posible». La tarea de la aplicación del Derecho puede «exigir, en especial, poner de manifiesto y realizar en decisiones mediante un acto de conocimiento valorativo en el que tampoco faltan elementos volitivos, valoraciones que

⁷³ Th. Viehweg, *Ibid.*, p. 111.

⁷⁴ W. Hassemer, *Juristische Argumentationstheorie und juristische Didaktik*, en: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 2 (1972), p. 467.

⁷⁵ H. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Frankfurt a. M., 1973, p. 188.

⁷⁶ J. Rüdiger, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, Berlin/Heidelberg/New York, 1973, p. 116.

son immanentes al orden jurídico constitucional, pero que no han llegado a ser expresadas en los textos de las leyes escritas, o lo han sido solo incompletamente. El juez debe actuar aquí sin arbitrariedad; su decisión debe descansar en una *argumentación racional*. Debe haber quedado claro que la ley escrita no cumple su función de resolver justamente un problema jurídico. La decisión judicial llena entonces esta laguna, según los criterios de la *razón práctica* y las "concepciones generales de justicia consolidadas en la colectividad"⁷⁷.

Estas consideraciones del Tribunal Constitucional Federal pueden dar que pensar por razones jurídico-constitucionales. Bajo el aspecto teórico-jurídico surge la pregunta de qué se puede entender por «argumentación racional» y «razón práctica». Esta cuestión es la que se analizará aquí. Sin embargo, la respuesta a esta pregunta es también importante para la problemática jurídico-constitucional.

Si resulta que no existe algo así como una argumentación racional, o que su utilidad es muy pequeña, se intentará más bien limitar el alcance de la competencia judicial.

Especialmente Esser y Kriele afirman que es posible algo así como una argumentación racional relevante jurídicamente.

En su libro *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Esser trata de mostrar «que, en realidad, se da tal *racionalidad del argumentar* fuera del sistema dogmático y sus "métodos", en tanto *la producción de un consenso sobre la racionalidad de una solución* en el marco de las alternativas legalmente dadas constituye el auténtico proceso de convicción sobre el "Derecho"⁷⁸. Pero Esser no analiza propiamente ni el concepto de argumentación racional ni el de consenso, por lo que subsisten algunos puntos oscuros. No queda clara, en especial, la relación de la argumentación práctica general, que corresponde a lo que él designa como «control de corrección», con la argumentación jurídica específica del «control de coherencia»⁷⁹. También quedan abiertas algunas cuestiones en relación con el concepto de consenso. Algunas manifestaciones de Esser permiten suponer que él entiende por tal el consenso fáctico. En este sentido habla de la «corrección social, para la cual el consenso es el único indicio verificable»⁸⁰. Por otra parte, habla de una «anticipación a una idea colectiva que hay que producir o afianzar»⁸¹, y de «interlocutores que responden a argu-

⁷⁷ BVerfG E 34, 269 (287); cursivas mías.

⁷⁸ J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 9.

⁷⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 19.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 28; además cfr. pp. 132 y 165.

⁸¹ *Ibid.*, p. 23.

mentos racionalmente comprensibles»⁸². Sobre esto hay que hacer una aclaración más amplia.

Para Kriele, el concepto de razón es uno de los conceptos centrales de la ciencia jurídica; «las referencias a lo racional dominan el Derecho de punta a cabo»⁸³. En la argumentación racional que Kriele considera posible y necesaria juega un papel decisivo la consideración de las consecuencias de las máximas que fundamentan la sentencia. Estas consecuencias deben ser valoradas según el punto de vista del *interés general* o, en el caso de intereses enfrentados, según el del *interés fundamental*⁸⁴. Esta fórmula no es ningún criterio utilizable directamente. Su uso presupone la respuesta a la pregunta de a qué corresponde el interés general, o qué debe considerarse como interés fundamental⁸⁵. A tal efecto, es preciso indicar criterios o reglas más precisos. El mismo Kriele indica el camino para encontrarlos al proponer un intercambio plural más intenso entre la ética contemporánea y la teoría del Derecho⁸⁶. Para esto, se refiere expresamente a las teorías de la escuela de Erlangen, de Habermas, y de Perelman, a los resultados de la moderna filosofía del lenguaje, así como a los nuevos trabajos sobre el principio de generalizabilidad. La incardinación de estos postulados en la discusión fundamental teórico-jurídica constituye el objeto de esta investigación.

También hay, desde luego, autores que piensan que un camino como el emprendido en este trabajo no puede alcanzar su objetivo. Aquí hay que mencionar, ante todo, a Luhmann: «En la medida en que esté justificada la posición de Viehweg, Perelman, Kriele, Habermas y otros de rechazar como construcción equivocada de la teoría de la ciencia la tesis de la existencia de un abismo, presuntamente infranqueable, entre la lógica racional y la decisión valorativa irracional, hay en la zona de lo meramente experimental formas racionales de clarificación discursivas, de posiciones valorativas aceptables o inaceptables. En las condiciones actuales de un mundo muy rico en posibilidades, no se puede sostener ya el presupuesto fundamental de la filosofía práctica, de que en el argumentar sobre lo que hoy se llaman valores cabría aproximarse más al *actuar*; la forma de selección de la experiencia se diferencia para esto demasiado fuertemente de la del *actuar*»⁸⁷. La adopción del «mito de la razón»⁸⁸ es inadecuada habida cuenta de la

⁸² *Ibid.*, p. 25.

⁸³ M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 227.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 198 y 314.

⁸⁵ Sobre esto cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 146.

⁸⁶ M. Kriele, posfacio a la 2.^a ed. de *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 343 y ss.

⁸⁷ N. Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, en: «Rechtstheorie», 4 (1973), p. 144, nota 33.

⁸⁸ *Id.*, *Die Systemreferenz von Gerechtigkeit. In Erwiderung auf die Ausführungen von Ralf Dreier*, en: «Rechtstheorie», 5 (1974), p. 203.

complejidad de las sociedades modernas. Así, por lo que se refiere a la legitimidad de las decisiones, lo importante «no son tanto las convicciones motivadas sino, mucho más, una... aceptación libre de motivación, independiente de las peculiaridades de las personalidades individuales»⁸⁹.

No es posible discutir aquí la teoría de Luhmann. En la discusión de las concepciones de Habermas se entrará limitadamente en ella. Entonces se mostrará que la posición de la teoría de sistemas es compatible, en un cierto sentido, con la aquí presentada. Por ello, no se puede considerar esta investigación como un ataque directo contra la posición de Luhmann. En el caso de que la teoría aquí elaborada sea sostenible, ello tendría como resultado, ciertamente, un importante argumento contra la pretensión de totalidad de la teoría de sistemas.

La investigación que sigue se articula en tres partes. La primera parte está dedicada a la discusión a fondo de las teorías de Stevenson, Hare, Toulmin, Baier, Habermas, Lorenzen y Schewemmer, y Perelman. Los resultados de estas discusiones son resumidos, en una segunda parte, en una teoría general del discurso práctico racional. En la tercera parte, se esbozan sobre esta base las líneas fundamentales de una teoría del discurso jurídico racional.

De ello resultará con claridad qué es lo que queda todavía por hacer. Ante todo, son necesarios estudios analíticos sobre la estructura argumental de las diferentes decisiones⁹⁰ y de las discusiones científicas, sobre las reglas seguidas y formas de argumentos usados⁹¹ en las diversas áreas jurídicas, sobre la estructura de la argumentación de cadenas de decisiones⁹², así como sobre la estructura de la argumentación en el proceso⁹³. Estas investigaciones analíticas se deberán completar con investigaciones empíricas sobre la acción de tomar una decisión jurídica.

El que aquí no se haga todo esto puede ser considerado un defecto. Sin embargo, todo no se puede hacer de una vez. Sería suficiente con que las investigaciones aquí realizadas pudieran ser una contribución para la fundación de una teoría de la argumentación jurídica racional, de una teoría de la cual se pudiera esperar que un día esté tan firme-

⁸⁹ *Id.*, *Legitimation durch Verfahren*, 2.^a ed., Darmstadt/Neuwied, 1975, p. 32.

⁹⁰ Sobre tal análisis cfr. K. Lüderssen, *Erfahrung als Rechtsquelle*, Frankfurt a. M., 1972, pp. 109 y ss.

⁹¹ Sobre esto cfr. E. v. Savigny/J. Rahl/U. Neumann, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München, 1976.

⁹² Sobre esto cfr. M. Dicsselhorst, *Die Natur der Sache als aussergesetzliche Rechtsquelle, verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie*, Tübingen, 1968, pp. 50 y ss.

⁹³ Sobre los conceptos de «estructura de argumento», «forma de argumento» y «estructura de la argumentación», cfr. *infra*, p. 102 y s.

mente fundamentada y tan ampliamente elaborada que no sólo pueda arrojar luz sobre el carácter de la ciencia jurídica como disciplina normativa, sino que pueda servir también al jurista práctico de apoyo en su actividad.

ejemplo un status jurídico de esclavos. En este sentido es posible hablar de «*imposibilidad discursiva*» o bien de «*necesidad discursiva*»⁸⁷. Para la fundamentación de tales reglas, necesarias o imposibles discursivamente, pueden usarse como premisas las reglas del discurso.

En los casos en que, sin contravenir las reglas del discurso⁸⁸, pueden fundamentarse dos proposiciones normativas o reglas incompatibles entre sí, puede hablarse de «*posibilidad discursiva*». Esta situación puede a su vez ser objeto de un discurso práctico. En tales discursos se fundamentan reglas que permiten decidir entre dos soluciones contradictorias discursivamente posibles. Tales reglas pueden ser, por ejemplo, las reglas de legislación parlamentaria que se apoyan en el principio de representación y de mayoría. Reglas como éstas, y también las reglas jurídicas establecidas por medio de procedimientos regulados por ellas, son necesarias y razonables, en cuanto que la posibilidad de alcanzar soluciones vinculantes en el discurso práctico está limitada⁸⁹. Los límites del discurso práctico general fundamentan la necesidad de reglas jurídicas⁹⁰. Con ello se produce el paso al discurso jurídico.

⁸⁷ Cfr. *supra*, pp. 37 y 137 y s.

⁸⁸ El concepto de violación de una regla del discurso debe determinarse de manera distinta según el carácter distinto de las diferentes reglas. En el caso de reglas no ideales como por ejemplo (1.1) (no contradicción), (1.3') (universabilidad) y (5.3) (realizabilidad) es en principio siempre determinable si existe o no violación. Las reglas ideales como (2.1) (universalidad de participación) y (5.1.2) (universalidad de acuerdo) por el contrario se cumplen sólo de manera aproximada. Aquí se hablará por ello de cumplimiento si en la situación dada existe una adecuación a la regla en una medida óptima.

⁸⁹ Una idea semejante se encuentra en Kant, cuyo principio de la «libertad de cada miembro de la sociedad en cuanto hombre» (I. Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, Akademie-Ausgabe vol. 8, p. 290) exige que «sólo (puede) ser legisladora la voluntad unida y consensuada de todos, en la medida en que uno decide lo mismo para todos y todos deciden lo mismo para cada uno; por lo tanto, sólo la voluntad general y unida del pueblo» (*Id.*, *Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe, vol. 6, p. 313 y s.). Kant establece que tal consenso «de todo un pueblo no puede esperarse; por consiguiente, lo único que se puede esperar alcanzar es sólo una mayoría de votos y ciertamente (en un gran pueblo) no directamente de los votantes, sino sólo de los delegados para ello como representantes del pueblo: así, el principio mismo de conformarse con esta mayoría, aceptado con el acuerdo general y por tanto mediante un contrato, debe ser el principio supremo para el establecimiento de una constitución civil» (*Id.*, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, p. 296).

⁹⁰ Tales reglas jurídicas tienen por lo demás no sólo la función de hacer posible soluciones donde no puede alcanzarse ningún acuerdo discursivo, sino también la de asegurar los presupuestos que hacen posible fácticamente la realización de discursos. Sobre este requisito cfr. W. Wieland, *Praxis und Urteilskraft*, pp. 40 y ss. El que las reglas jurídicas puedan asegurar la posibilidad de realización de discursos no significa, sin embargo, que no sea accesible la justificación discursiva.

C. UNA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA

I. EL DISCURSO JURIDICO COMO CASO ESPECIAL DEL DISCURSO PRACTICO GENERAL

I. LOS TIPOS DE DISCUSIONES JURIDICAS

Hay tipos totalmente distintos de discusiones jurídicas. Se pueden distinguir así las discusiones de la ciencia jurídica (de la dogmática)¹, las deliberaciones de los jueces, los debates ante los tribunales, el tratamiento de cuestiones jurídicas en los órganos legislativos, en comisiones y en comités, la discusión de cuestiones jurídicas (por ejemplo, entre estudiantes, entre abogados y entre juristas de la administración o de empresas), así como la discusión sobre problemas jurídicos en los medios de comunicación en que aparezcan argumentos jurídicos.

Las diferencias entre estas formas de discusión, que pueden a su vez dividirse en muchas subcategorías, son de muy diverso tipo. Algunas, como los debates ante los tribunales y las deliberaciones judiciales, están institucionalizadas. En otras, como en la discusión de cuestiones jurídicas entre abogados, no es éste el caso. En algunas formas se trata

¹ Con el concepto de discusión científico-jurídica (dogmática) hay que entender aquí las discusiones de la ciencia del Derecho elaborada institucionalmente que se refieren directamente a la solución de casos jurídicos reales o imaginarios, o bien en las que se justifican o critican enunciados dogmáticos, construcciones y teorías que tienen al menos alguna relación con la solución de casos jurídicos. El concepto de dogmática jurídica se discutirá con más detalle más adelante en las pp. 240 y ss. Para una terminología distinta cfr. O. Ballweg quien designa como «Jurisprudencia» lo que aquí se ha llamado «ciencia jurídica dogmática», y restringe la expresión «ciencia jurídica» al análisis y la teoría de la Jurisprudencia (O. Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel, 1970, pp. 77 y ss. 90 y ss. y 123).

de alcanzar un resultado en un tiempo limitado; en otras, como en las discusiones de la ciencia jurídica (de la dogmática), no hay ningún límite temporal. Algunas tienen como consecuencia decisiones vinculantes, mientras que en otras tan sólo se proponen, se preparan o se critican decisiones. En algunas formas, como en la discusión pública de decisiones judiciales, está permitido pasar en cualquier momento de la argumentación jurídica a la argumentación práctica general; en otras, como en las discusiones de la ciencia jurídica (de la dogmática), esto no es posible, al menos sin limitaciones.

Las semejanzas y conexiones son tan diversas como las diferencias. El aspecto común más importante consiste en que en todas las formas (al menos en parte) se argumenta *jurídicamente*.

La cuestión de cómo se distingue la argumentación jurídica de la argumentación práctica general es una de las cuestiones centrales de la teoría del discurso jurídico. Aquí se puede ya establecer un punto: la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoriedad, como quiera que deba determinarse, al Derecho vigente.

Con ello se menciona una de las principales diferencias entre la argumentación jurídica y la argumentación práctica general. En las disputas jurídicas no se someten todas las cuestiones a discusión. Dichas disputas tienen lugar bajo ciertas limitaciones.

La amplitud y los tipos de limitaciones son muy distintos en las diferentes formas. La más libre es la discusión de la ciencia jurídica. En el proceso se dan las mayores limitaciones. Aquí los roles están desigualmente distribuidos, la participación, por ejemplo, del acusado no es voluntaria², y el deber de veracidad está limitado. El proceso de argumentación está limitado temporalmente³ y está reglamentado por medio de las reglas procesales. Las partes pueden orientarse según sus intereses. Con frecuencia, quizás como regla, no se trata de que la sentencia sea correcta o justa para las partes, sino ventajosa. Las otras formas pueden situarse, por lo que respecta a la extensión de las distintas limitaciones, entre estos dos extremos.

2. LA TESIS DEL CASO ESPECIAL

Anteriormente se estableció la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general⁴. Esto se fundamentaba: (1)

² Sobre ello H. Rottluthner, *Zur Soziologie richterlichen Handelns II*, en: «Kritische Justiz», 4 (1971), pp. 81 y ss.

³ Cfr. sobre ello Fr. Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, en: Hermeneutik und Dialektik. Festschr. für H.-G. Gadamer*, Tübingen, 1970, vol. 2. p. 329, y K. Makkonen, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*, Turku, 1965, p. 26.

⁴ *Supra*, pp. 34 y 38 y s.

en que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, y (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se trata de un caso especial, porque la discusión jurídica (3) tiene lugar bajo condiciones de limitación del tipo mencionado.

La tesis del caso especial puede por ello ser atacada de tres maneras. Puede afirmarse que en las discusiones jurídicas: (1) no se trata de cuestiones prácticas, (2) no se suscita ninguna pretensión de corrección, o (3) se suscita ciertamente tal pretensión, pero las limitaciones vigentes en la discusión jurídica no justifica que se las designe como «discurso».

2.1. La más fácil de contrarrestar es la primera objeción. Es cierto que hay muchas discusiones que se refieren a cuestiones jurídicas y en las que no se trata de la fundamentación de enunciados normativos, sino del establecimiento de hechos. Aquí se incluyen no sólo investigaciones de historia del Derecho, de sociología jurídica y de teoría del Derecho, sino también descripciones del Derecho vigente y prognosis sobre la conducta futura de los jueces⁵. No se va a discutir aquí sobre si, y hasta qué punto, son posibles estas actividades sin entrar en cuestiones prácticas. Lo único importante es que, junto a estas actividades, existe la argumentación jurídica referida a la solución de cuestiones prácticas. Esta argumentación juega un papel central no sólo en la praxis, sino también en la ciencia jurídica⁶. De ello es de lo que aquí se trata.

⁵ Cfr. sobre ello la exposición sobre el concepto de dogmática jurídica *infra*, pp. 240 y ss.

⁶ En este lugar hay que señalar que el concepto amplio de ciencia jurídica usado aquí, que incluye la argumentación referida a la solución de cuestiones prácticas, expresa ciertamente lo que por tal entienden la mayor parte de los juristas que elaboran la dogmática, pero no es de ninguna manera evidente. Según Kelsen, por ejemplo, la ciencia jurídica tiene que limitarse al conocimiento y descripción de las normas jurídicas positivas (cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Wien, 1960, pp. 72 y ss.). La tarea de la ciencia jurídica es la «descripción avalorativa» del Derecho válido (*ibid.*, p. 84). Kelsen ve ciertamente que una norma jurídica nunca puede hacer posible para cada caso una decisión inequívoca, ya por el hecho de la vaguedad de las expresiones utilizadas para su formulación. Sin embargo, la tarea de la ciencia jurídica debe limitarse, cuando se presentan casos dudosos, a la elaboración de los diversos significados posibles (*ibid.*, p. 353 y s.). La opción por una de las varias decisiones posibles debe quedar reservada a la «interpretación auténtica» del juez (*ibid.*, pp. 242 y ss, 350 y s.), pues aquí se trata de un juicio de valor y no de una cuestión de verdad científica (*ibid.*, p. 353). La concepción de Kelsen se basa en la convicción de que los juicios de valor y de deber no son susceptibles de verdad o fundamentables racionalmente y, por ello, no pueden ser objeto de tratamiento científico. La tesis de esta investigación es que esto último no es acertado. En el caso, y sólo en el caso, de que esta tesis sea sostenible, está justificado utilizar el concepto amplio manejado arriba de ciencia jurídica.

2.2. La pretensión de corrección que se plantea en los discursos jurídicos se distingue claramente de la del discurso práctico general. No se pretende que el enunciado jurídico normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino sólo que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado. Qué significa esto exactamente es lo que hay que aclarar en el marco de una teoría del discurso jurídico.

Se puede aducir una serie de argumentos totalmente diversos en favor de la tesis de la pretensión de corrección. En primer lugar, puede comprobarse que en todas las formas de discurso jurídico se efectúan fundamentaciones. Pero quien fundamenta algo pretende que su fundamentación es acertada y, por ello, su afirmación correcta⁷. En el discurso jurídico, al igual que en el discurso práctico general, no resulta admisible afirmar algo y después negarse a fundamentarlo, sin indicar razones para ello. Con los enunciados jurídicos se plantea por tanto, como con los enunciados normativos generales, una pretensión de corrección —que puede satisfacerse ciertamente de diferentes formas⁸. Esta pretensión de corrección no decae por el hecho de que quien fundamenta algo persigue únicamente sus intereses subjetivos. Aquí vale algo similar al caso de la promesa. El que yo, al hacer una promesa, tenga secretamente la intención de no cumplirla, no afecta a la obligación que surge objetivamente de la promesa.

La exigencia de fundamentación y la pretensión de corrección ligada a ella pueden fundamentarse además, al menos en lo que concierne a las decisiones judiciales, a través del Derecho positivo. Según el Derecho vigente en la actualidad en la República Federal de Alemania y quizás en la mayor parte de los Estados, los jueces están obligados a fundamentar sus decisiones⁹. Por ello, la decisión judicial, en virtud del Derecho positivo, cae bajo la pretensión de corrección. Otra fundamentación para ello la proporciona el art. 20, par. 3, de la Ley Fundamental que vincula a la jurisdicción a la «ley y al Derecho».

⁷ Cfr. *supra*, pp. 136 y s. y 187 y s.

⁸ Cfr. sobre ello *supra* pp. 133 y ss., así como K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 276, quien refiriéndose a Hare y Frankena señala: «Pero si ya los juicios morales, según su sentido, plantean una pretensión de poder ser afirmados por cualquier persona juiciosa y de ser en este sentido "válidos", entonces esto debe valer todavía más para los juicios de valor jurídicos.»

⁹ Cfr. por ejemplo § 30, par. 1, BVerfGG; § 313, par. 1 nr. 6, ZPO; §§ 267 y 275, par. 1 StPO; § 117, par. 2, nr. 5, VwGO; §§ 60, par. 2 y 75, par. 2 y 96, par. 2, ArbGG; así como J. Brüggemann, *Die richterliche Begründungspflicht*, Berlin, 1971, pp. 91 y ss. Sobre la limitación del deber de fundamentación judicial cfr. el § 313a ZPO, válido desde 1.7. 1977. Sus estrictos presupuestos, especialmente el requisito de la renuncia de las partes a una fundamentación, muestran sin embargo que el § 313a ZPO parte también de una obligación básica de fundamentación. Para su crítica cfr. H. Putzo, *Die Vereinfachungs-Novelle*, NJW, 1977, p. 5 y s.

Cuestión distinta es la de si esta pretensión se plantea necesariamente con las decisiones judiciales. Así sería si el concepto de decisión judicial incluyera el concepto de pretensión de corrección. La respuesta a esta cuestión depende de cómo se defina el concepto de decisión judicial. Hay buenas razones para definir este concepto en el marco de una teoría jurídica analítica, de manera que no abarque esta pretensión¹⁰. Por otro lado, hay que decir que un fallo judicial como «En nombre del pueblo, se condena al señor N a diez años de privación de libertad, aunque no hay para ello buenas razones» es defectuoso no sólo por razones morales. Su defecto se asemeja más bien al de una expresión como: «El gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo»¹¹. Es en verdad posible que un fallo semejante, sobre todo si permanece como un caso aislado, se aplique de hecho y se acepte por los miembros de una comunidad jurídica. Pero esto no altera en nada sus defectos. Por tanto, hay razones para opinar que la falta de la pretensión de corrección de una decisión no la priva necesariamente de su carácter de decisión judicial válida, pero la hace ser defectuosa en un sentido relevante no sólo moralmente.

Otra cuestión completamente distinta es la de en qué medida la pretensión de corrección que se plantea con las decisiones y con las fundamentaciones jurídicas se toma realmente en serio y resulta satisfecha, y si, y en qué medida, depende de esta pretensión la aceptación de decisiones judiciales. Para contestar a esta pregunta serían necesarias amplias investigaciones de ciencias sociales¹². Tales investigaciones llevan, entre otras cosas, a una comprobación empírica de las opiniones de Luhmann, quien afirma que la decisión y justificación jurídicas, así como también la aceptación de estas decisiones y fundamentaciones, sólo puede ser captada adecuadamente abandonando los conceptos tradicionales de racionalidad, verdad, corrección o justicia en favor de una teoría de sistemas funcional-estructuralista¹³.

¹⁰ Para esto pueden aducirse razones que, de manera muy general, hablan en favor de utilizar la expresión «norma jurídica» de manera que no incluya ninguna referencia a normas morales. Cfr. sobre esto H.L. A. Hart, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, pp. 39 y ss. Sobre la tesis de que no existe ninguna conexión necesaria entre Derecho y capacidad de justificación cfr. también M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 168.

¹¹ Sobre el carácter defectuoso de esta expresión cfr. J. L. Austin, *How to do things with Words*, pp. 48 y ss.; *Id.*, *The Meaning of a Word*, en: *Philosophical Papers*, pp. 63 y ss.

¹² Cfr. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., 1972, p. 13: «La investigación concéntrica se necesita además en la cuestión, considerada por mí como central, de la necesidad de consenso sobre la legitimidad y adecuación jurídica de la decisión.»

¹³ Cfr. N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, pp. 57 y ss.; *Id.*, *Rechtssystem*

Aquí pueden darse sólo algunas razones en favor de la suposición de que las investigaciones empíricas mostrarían que la pretensión de corrección es constitutiva de la praxis de la fundamentación y decisión jurídicas, con lo cual la tesis de Luhmann no se ajusta a la realidad.

En primer lugar, puede señalarse el hecho de que hay deliberaciones jurídicas en las que se discute larga e intensamente sobre la corrección de una decisión y que son también concebidas por los participantes como la búsqueda de una decisión correcta¹⁴. Por lo demás, hay razones para pensar que, por ejemplo, la discusión sobre una decisión en la literatura científico-jurídica o en la prensa puede ser perfectamente considerada como una disputa sobre la corrección de esa decisión. Puede ser además que los procedimientos judiciales tengan también la función de «aislar al afectado en cuanto fuente del problema y hacer al orden social independiente de su aceptación o rechazo»¹⁵. Pero la fundamentación judicial puede también cumplir otras funciones: «tratar a un ser racional racionalmente, es decir, como un ser racional, explicándole por medio de razones por qué se ha llegado a una decisión que afecta negativamente a sus intereses»¹⁶. El propio Luhmann considera necesario «que los no participantes lleguen al convencimiento de que todo sucede con normalidad, de que la verdad y el Derecho se determinan con un esfuerzo serio, sincero y arduo y que también ellos, si se diera el caso, podrían hacer valer su derecho con ayuda de esta institución»¹⁷. Esto puede ser interpretado como una perfrasis de la pretensión de corrección.

Todo esto no es ninguna prueba, pero sin embargo es adecuado para fortalecer la suposición de que la referencia a la razón expresada en la pretensión de corrección todavía no ha sido «sobrepasada por la

und Rechtsdogmatik, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1974, pp. 15 y ss.; *Id.*, *Rechtssoziologie*, vol. 2, Reinbek, 1972, pp. 259 y ss.

¹⁴ Cfr. sobre ello Fr. Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, p. 330: «De una forma completa en las deliberaciones objetivas de los órganos judiciales colegiados o en las disputas científicas entre juristas profesionales, el intercambio de argumentos se convierte en un medio de aproximación conjunta a una verdad práctica.

¹⁵ N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, p. 121.

¹⁶ J. Ladd, *The place of Practical Reason in Judicial Decision*, en: *Rational Decision, «Nomos»* vol. 7, ed. de C. J. Friedrich, New York 1964, p. 144; cfr. también Fr. Müller, *Juristische Methodik*, p. 106, quien habla de que la fundamentación debe «convencer» a los afectados», así como K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 347 nota 83.

¹⁷ *Ibid.*, p. 123. Cfr. también R. Zippelius, quien expone la afirmación empírica de que una judicatura que no pueda basarse en razones que sean aceptadas tiene que «perder pronto el acuerdo general, el consenso global sobre el que quiere fundamentar Luhmann la legitimidad del sistema» (R. Zippelius, *Legitimation durch Verfahren?* en: *Festschrift für K. Larenz*, München, 1973, p. 302).

evolución» y que todavía no se ha impuesto un «modo de socialización» «desvinculado de normas que necesitan justificación»¹⁸.

2.3. Lo dicho hasta aquí no es todavía suficiente para fundamentar la tesis del caso especial. Se podría admitir que en las decisiones jurídicas contempladas aquí se trata de cuestiones prácticas y que en ellas se plantea la pretensión de corrección y que ésta tiene incluso importancia de hecho; pero igualmente, con la referencia a las limitaciones existentes en las discusiones jurídicas, se podría negar que éstas tengan algo que ver con las formas del discurso. Esto lleva a preguntarse si semejante objeción es atendible.

Lo más sencillo es contestar esta pregunta en relación con la forma más libre de discusión jurídica, los debates de la ciencia jurídica. Ciertamente aquí no se pretende que las proposiciones normativas a fundamentar encuentren el acuerdo de todos en una discusión sin limitaciones, pero sí que se pretende que todo el que orienta su comportamiento según el ordenamiento jurídico vigente debe estar de acuerdo con estas proposiciones¹⁹. Lo que se toma como referencia es este tipo de argumentación que tiene lugar bajo estas condiciones limitativas pero que, sin embargo, es una argumentación racional. Esta referencia a la argumentación racional no sólo justifica, sino que hace que parezca necesario hablar de discurso jurídico, en tanto no desaparezcan las condiciones limitativas²⁰.

Por ello, en relación con las discusiones de la ciencia jurídica pueden aducirse buenas razones en favor de la tesis del caso especial. Mucho más problemático es si esto vale también para la argumentación que tiene lugar en los distintos tipos de proceso. En contra de ello estarían las limitaciones por medio de las reglas de los ordenamientos procesales, los límites de tiempo y la frecuente, si no regular, motivación real de los participantes que a menudo no tienen que ver con un juicio correcto o justo, sino con un juicio ventajoso para ellos, así como, por lo que se refiere al proceso penal, la distribución asimétrica

¹⁸ Sobre este problema, cfr. J. Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, pp. 130, 162 y ss.; cfr. además *supra*, p. 140.

¹⁹ Por lo demás, esto es enteramente compatible con el hecho de que una proposición jurídica puede ser afirmada no como obligatoria, sino solamente como posible. En ese caso se requiere el acuerdo de que ella es posible.

²⁰ A ello se añade que precisamente en los trabajos científico-jurídicos se introducen en amplia medida contraargumentos. La medida de la consideración y ponderación de los contraargumentos se ve como un criterio para la calidad de las investigaciones y dictámenes de la ciencia jurídica. Los trabajos de la ciencia jurídica son en esa medida —como también muchas otras investigaciones científicas— una forma escrita de discurso interno. Sobre este concepto cfr. *supra*, p. 177.

de roles ya mencionada anteriormente. Por ello, Habermas interpreta el proceso no como discurso, sino como acción estratégica²¹.

A primera vista, estas razones parecen ser incontrovertibles. Sin embargo, hay que considerar que aunque (por ejemplo, en el proceso civil) pueda ocurrir que las partes persigan su propio provecho, éstas no negocian sin embargo sobre esto, en la medida en que no pretenden llegar a un compromiso. La argumentación ante los tribunales se distingue básicamente de la que, por ejemplo, tiene lugar en las negociaciones de contratos. Las partes o sus abogados plantean con sus intervenciones una pretensión de corrección, aunque sólo persigan intereses subjetivos. Lo que exponen como razones en favor de una determinada decisión podría, al menos en principio, estar incluido en un tratado de ciencia jurídica. No es infrecuente, sobre todo en procedimientos ante altos tribunales, que las fundamentaciones procedan de discusiones científicas. Además, los argumentos formulados ante el tribunal son recogidos frecuentemente en la fundamentación judicial; y resulta difícil poner en duda que ésta se sitúa bajo la pretensión de corrección.

Los distintos tipos de proceso no parece por ello que se puedan calificar sin más ni como discurso, ni como acción estratégica. Esto lleva a suponer que la distinción es demasiado simple. La misma no hace justicia a una serie de fenómenos que no pueden ser claramente clasificados como lo uno o lo otro.

Esta especial situación intermedia del proceso excluye ciertamente que se lo pueda designar simplemente como discurso, pero significa por otro lado que el proceso no puede ser comprendido teóricamente sin referencia al concepto de discurso. Lo último se conecta sobre todo con la pretensión de las partes de argumentar racionalmente. Así, por ejemplo en el proceso civil, las partes no quieren por lo general convencerse unas a otras —esto ya se ha mostrado anteriormente como imposible— sino que pretenden, por así decirlo, que toda persona racional deba estar de acuerdo con ellas. Pretenden al menos que sus argumentos son de tal naturaleza que encontrarían acuerdo bajo condiciones ideales. Por tanto, la teoría del discurso no resulta sólo adecuada, sino incluso necesaria para la comprensión teórica de la argumentación.

Con ello resulta claro que la teoría del discurso racional, como teoría de la argumentación jurídica, no presupone que todas las disputas jurídicas deban verse como discursos en el sentido de una comunicación sin coacción y sin restricciones, sino solamente que en las disputas

²¹ J. Habermas, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?* en: J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?*, pp. 200 y ss. [Habermas, sin embargo, ha cambiado de opinión en su *Teoría de la acción comunicativa* (versión española de M. Jiménez, t. 1, Madrid, 1988, p. 60). (N. T.)]

jurídicas las discusiones tienen lugar bajo la pretensión de corrección y por ello, teniendo como referencia condiciones ideales²².

3. PASO A LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA

El núcleo de la tesis del caso especial consiste por ello en sostener que la pretensión de corrección también se plantea en el discurso jurídico; pero esta pretensión, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco de ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas. ¿Pero qué es una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente?

Para contestar a esta pregunta, en lo que sigue se trazarán los rasgos fundamentales de una teoría de la argumentación jurídica. Por ello puede recurrirse en una medida considerable a los resultados alcanzados hasta ahora.

II. RASGOS FUNDAMENTALES DE LA ARGUMENTACION JURIDICA

En los discursos jurídicos se trata de la justificación²³ de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas. Puede distinguirse dos aspectos de la justificación: la *justificación interna* (internal justification) y la *justificación externa* (external justification)²⁴

²² Una cuestión que hay que separar de esta es la de si pueden considerarse racionales las actuales estructuras de las distintas formas de proceso. A ello no puede contestarse negativamente, sencillamente con la indicación de que la libertad de quienes discuten está limitada. Lo decisivo es más bien si, vistas las necesidades de decisión existentes, las limitaciones normativizadas a través de las reglas del proceso ofrecen una suficiente oportunidad para alcanzar el resultado que también se alcanzaría bajo condiciones ideales (cfr. *supra*, p. 190). En favor de la actual estructura habla por ejemplo el hecho de que, al argumentar los participantes unos contra otros, el juez queda vinculado en una forma particularmente fuerte por las razones en favor y en contra de una determinada decisión (cfr. sobre ello M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 147). Rottluthne: por ejemplo, (*Zur Soziologie richterlichen Handelns*, II, pp. 83 y ss.) ha expuesto razones en contra de la racionalidad del actual proceso penal, e indica las distorsiones para la comunicación allí existentes. Sólo por medio de amplias investigaciones empíricas podrá descubrirse qué estructuras de los distintos tipos de procesos cumplen en forma óptima los criterios antes indicados.

²³ En lugar de «justificación» [Rechtsfertigung] aquí cabría hablar también de «fundamentación» [Begründung]. Sobre el carácter ampliamente intercambiable de estos conceptos cfr. *supra*, p. 52.

²⁴ Sobre estos conceptos cfr. J. Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, en: «Rechtstheorie» 5 (1974), pp. 39 y ss.; *Id.*, *Legal Decision and its Justification*, en: *Le raisonnement Juridique*. Actas del Congreso mundial de filosofía jurídica y social, Bruselas, 1971, ed. de H. Hubien, Bruselas, 1971, pp. 412 y ss.

En la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación²⁵; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas²⁶.

1. LA JUSTIFICACION INTERNA

Los problemas ligados con la justificación interna han sido ampliamente discutidos bajo el rótulo de «silogismo jurídico». Ahora existe una serie de publicaciones en las que se trata este círculo de problemas aplicando los métodos de la lógica moderna²⁷.

La forma más simple de justificación interna tiene la siguiente estructura:

- (J.1.1) · (1) $(x) (x \rightarrow ORx)$
 · (2) Ta
 (3) ORa (1), (2)²⁸

«x» es una variable de individuo en el dominio de las personas naturales y jurídicas, «a» una constante de individuo, por ejemplo un nombre propio, «T» un predicado tan complejo como se quiera que representa el supuesto de hecho de la norma (1) en cuanto propiedad de personas, y «R» un predicado, igualmente tan complejo como se quiera, que expresa lo que tiene que hacer el destinatario de la norma.

Hay cuestiones jurídicas en las que es suficiente una justificación de la forma (J.1.1). Un ejemplo de ello sería:

- (1) El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio (§ 13, ap. 1 de la Ley del soldado).

²⁵ Cfr. *Id.*, *Legal Decision and its Justification*, p. 412: «Internal justification deals with the validity of inferences from given premisses to legal decision taken as their conclusion.»

²⁶ *Ibid.*, p. 412: «External justification of legal decision tests not only the validity of inference, but also the soundness of premisses.»

²⁷ Cfr. por ejemplo U. Klug, *Juristische Logik*, 3.^a ed. Berlin/Heidelberg/New York, 1966, pp. 47 y ss.; G. Rödig, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, Berlin/Heidelberg/New York, 1973, pp. 163 y ss.; J. Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, pp. 33 y ss.; R. Schreiber, *Logik des Rechts*, Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1962, pp. 24 y ss.; para el análisis del silogismo jurídico con los medios de la lógica tradicional cfr. sobre todo K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2.^a ed., Heidelberg, 1960.

²⁸ Sobre los problemas ligados con este esquema de deducción así como sobre la explicación de los símbolos cfr. *supra*, pp. 81 y ss. Para un esquema de deducción de este tipo en cuanto forma básica de la inferencia jurídica» cfr. U. Klug, *Juristische Logik*, pp. 52 y ss.

- (2) El señor M es un soldado.

- (3) El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio. (1) (2).

(J.1.1) satisface la justificación mediante reglas universales²⁹ requerida por el principio de universalidad (1.3'). El principio de universalidad sirve de base al principio de justicia formal. El principio de justicia formal exige «observar una regla que formula la obligación de tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría»³⁰. Para observar una regla en una fundamentación jurídica se exige que, como en (J.1.1), la decisión jurídica se siga lógicamente de esta regla. En otro caso, si bien se podría ciertamente aducir una regla en el curso de la fundamentación, se podría sin embargo afirmar cualquier conclusión. Por ello, pueden formularse, como concreción del principio de universalidad, las siguientes reglas de la justificación interna:

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.

(J.2.1) y (J.2.2), justamente como el principio de universalidad, no deben ser sobrevaloradas. No establecen cómo deba ser la norma universal y tampoco excluyen que la norma universal sea cambiada, por ejemplo, mediante la introducción de una cláusula de excepción. Sin embargo, esta cláusula de excepción tiene de nuevo que valer universalmente.

Es de gran importancia que (J.2.1) y (J.2.2) valgan tanto en los casos en los que puede utilizarse para la fundamentación una norma del Derecho positivo, como también en los casos en que no haya una tal norma de Derecho positivo. Si no se puede extraer ninguna regla de la ley, entonces hay que construirla³¹.

²⁹ Cfr. sobre ello *supra*, p. 80 y s.

³⁰ Ch. Perelman, *Eine Studie über die Gerechtigkeit*, p. 58.

³¹ Por ello (J.2.1) y (J.2.2) sirven para asegurar lo que Luhmann llama «praxis de decisión universalista» (N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 29). La universalidad es vista por Wieacker como característica necesaria de la decisión jurídica. Cfr. Fr. Wieacker, *Über strengere und unstrengere Verfahren der Rechtsfindung*, pp. 440 y ss.; *Id.*, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, pp. 411 y ss. Wieacker proporciona aquí no sólo argumentos conceptuales (analíticos), sino también una fundamentación de Derecho positivo: Puesto que las fundamentaciones exigidas por las leyes procesales, por ejemplo por el § 312 parr. 1 Nr. 4 ZPO, son comprobables por los jueces de instancia, deben ser intelectualmente objetivizadas (en

000015

30

El esquema de fundamentación (J.1.1) es insuficiente en todos los casos complicados. Tales casos complicados se presentan, por ejemplo: (1) cuando una norma, como por ejemplo el § 823 ap. 1 del BGB, contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho, (2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas³², (3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas³³, o (4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones.

Un ejemplo sencillo puede aclarar esto. Es un hecho que «a» ha matado a su mujer mientras esta dormía y que no existe ni circunstancias ni razones especiales que justifiquen este hecho o que excluyan o disminuyan la culpa. El juez tiene que probar —justamente como el científico del Derecho que discute el caso— si es de aplicación la norma expresada en el § 211 ap. 1 del StGB («El asesino será castigado con la pena de cadena perpetua»)³⁴. Esta norma puede formularse en la siguiente forma lógica³⁵:

$$(1) (x) (Tx \rightarrow ORx)$$

T está definido en el § 211 ap. 2 por medio de nueve características ($M_1 - M_9$)³⁶. El § 211 ap. 2 puede ser reducido a la siguiente forma:

este sentido: racionales); y como son comprobadas por los tribunales de apelación por «infracciones de ley» (cfr. §549 ZPO) y por «no aplicación o no correcta aplicación de la ley» (cfr. §550 ZPO), deben permitir que se reconozca como razón para la determinación de una regla general (ley o principio jurídico; art. 2 EGBGB; art. 20 GG)» (*Ibid.*, *Über strengere und unstrengere Verfahren der Rechtsfindung*, p. 442). Cfr. además H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed. p. 250: «Sólo en cuanto aplicación de una tal norma general no positiva es justificable jurídicamente la norma individual establecida judicialmente.»

³² Sobre estos conceptos cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., pp. 239 y ss. Tales reglas aclarativas, limitativas o extensivas pueden a su vez tomarse de la ley o formularse por los aplicadores del Derecho.

³³ Cfr. sobre ello J. Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, pp. 43 y ss.

³⁴ Sobre la posibilidad de expresar normas, como sucede en el código penal, mediante enunciados en indicativo, cfr. G. H. v. Wright, *Norm and Action*, p. 101 y s.

³⁵ Hay que destacar que son posibles muchas otras formalizaciones del § 211 parr. 1 StGB. Así, se podría entender como una norma sobre la aplicación de las sanciones dirigida a los jueces, y establecer que el juez es considerado como destinatario de la norma en el campo de los operadores deónticos. Cfr. sobre ello K. Makkonen, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*, Turku, 1965, pp. 27 y ss., así como H. H. Keuth, *Zur Logik der Normen*, Berlin, 1972, pp. 25 y ss.). Aquí no es necesario decidir qué formalización sea la mejor. La mencionada en el texto no es imposible: «... será castigado con la pena de privación perpetua de libertad» puede considerarse como predicado, y ello es suficiente para los objetivos de esta investigación.

³⁶ El índice «1» en « M_1 » significa que aquí se trata de una característica del primer nivel del desarrollo; el índice «9», que « M_9 » es la novena de varias características.

$$(2) (x) (M_1 x \vee M_2 x \vee \dots M_9 x \leftrightarrow Tx).$$

De (1) y (2) se sigue:

$$(3) (x) (M_1 x \vee M_2 x \vee \dots M_9 x \leftrightarrow ORx).$$

(3) dice que si se da al menos una de las propiedades, se produce la consecuencia jurídica ORx . « M_1 » significa «... ha matado a un hombre con alevosía». De (3) se sigue ahora

$$(4) (x) (M_3 x \leftrightarrow ORx).$$

Según la definición usada por los tribunales, mata alevosamente quien «se aprovecha conscientemente de la buena fe e indefensión de su víctima para matarla» (M_3)³⁷.

Por tanto vale:

$$(5) (x) (M_3 x \leftrightarrow M_1).$$

« M_3 » por su lado se da si el autor mata a alguien que no espera ser atacado y que sólo tiene una reducida posibilidad de defenderse del ataque (M_3)³⁸.

Por tanto vale:

$$(6) (x) (M_3 x \leftrightarrow M_3 x).$$

Resulta ahora obvio que alguien que mata a una persona dormida, sin que existan especiales circunstancias, como medidas de seguridad de la víctima (S), debe considerarse como alguien que cumple « M_3 » y, por tanto, hay que aceptar

$$(7) (x) (Sx \rightarrow M_3 x)^{39}$$

Establecido como presupuesto

$$(8) Sa$$

³⁷ BGHSt 23,119 (120); en forma semejante BGHSt 9,385 (390); 11,139 (143).

³⁸ BGHSt 23,119 (120); cfr. además A. Schönke/H. Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 18.ª ed. München 1976, § 211 subs. 13 a.

³⁹ BGHSt 23,119 (120).

De (1)-(8) se sigue

(9) ORa.

Aquí no está en juego la corrección de las premisas utilizadas para la fundamentación de (9). Esto es objeto de la justificación externa. En este contexto sólo es importante la comprensión de la estructura de la justificación interna que permite este ejemplo.

Y lo más importante que permite ver es que con ayuda de cada una de las premisas (2), (5), (6) y (7) que sirven para el desarrollo de la norma a aplicar (1), se puede obtener una norma cada vez más concreta. La cadena de las normas cada vez más concretas puede especificarse de la siguiente manera:

- | | |
|--|-----------------|
| (3) (x) (M ₁ x v M ₂ x v...M _n x → ORx) | (de [1] y [2]) |
| (4) (x) (M ₁ x → ORx) | (de [3]) |
| (5') (x) (M ₂ x → ORx) | (de [3] y [5]) |
| (6') (x) (M ₃ x → ORx) | (de [5'] y [6]) |
| (7') (x) (Sx → ORx) | (de [6] y [7]) |

Cada una de estas normas, junto con las condiciones dadas en el antecedente, es suficiente para fundamentar la decisión jurídica en cuestión. Esto muestra la relevancia normativa de las premisas (2), (5), (6) y (7). Estas premisas pueden entenderse como reglas para el uso de las expresiones utilizadas en los anteriores pasos de la fundamentación. Sin proceder a ulteriores diferenciaciones, pueden denominarse «reglas de uso de las palabras». Tales reglas de uso de las palabras pueden tener, como lo muestra el ejemplo, una forma fuerte (x) (Fx ↔ Gx) y una forma débil (x) (Fx → Gx). Las premisas de forma fuerte pueden ser sustituidas, en la fundamentación, por las de forma débil. Por ello, la forma débil puede verse como forma standard.

Si no es seguro si a es un T al que por tanto no le es aplicable sin más la forma más simple de justificación interna antes indicada (J.1.1), entonces hay que aducir al menos reglas de la forma standard para el uso de T. Sin tales reglas sería posible tratar a dos individuos a y b, iguales en todos los aspectos relevantes, una vez como T y otra vez como no T. Esto contradice el principio de universalidad. La exigencia de aducir reglas de uso de las palabras puede fundamentarse, por tanto, a través del principio de universalidad. Dicha exigencia no vale sólo para el caso en que es dudoso si a es un T, sino también para los casos en que se plantean dudas en otros niveles de fundamentación. Rige en consecuencia la regla siguiente, la tercera de justificación interna:

(J.2.3) Siempre que exista duda sobre si a es un T o un M', hay que aducir una regla que decida la cuestión⁴⁰.

(J.2.3) proporciona, junto con (J.2.2), la siguiente forma de justificación interna que es, al mismo tiempo, rudimentaria y general:

- (J.1.2) · (1) (x) (Tx → ORx)
 · (2) (x) (M¹x → Tx)
 · (3) (x) ((M²x → (M¹x))
 · (4) (x) (Sx → Mⁿx)
 · (5) Sa
 (6) ORa (1)–(5)⁴¹

(J.1.2) es rudimentaria porque no tiene en cuenta la posibilidad de estructuras más complicadas de supuestos de hecho y consecuencias jurídicas. (J.1.2) es general porque aclara la estructura lógica de cada desarrollo de una específica característica siguiendo la descripción de los hechos (Sa)⁴².

Surge ahora la pregunta de cuántos pasos de desarrollo son necesarios. Para esto se pueden formular dos reglas:

⁴⁰ Para una exigencia que se corresponde con (J.2.3) cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 300: «Incluso si el juez tiene que interpretar de nuevo una determinada expresión o un determinado enunciado jurídico en el caso a decidir por él, puede hacerlo no sólo precisamente para este caso, sino de tal manera que su interpretación pueda mantenerse también para todos los otros casos semejantes. Contradiría a la exigencia de justicia de tratar igual a los casos iguales, así como también a la seguridad jurídica procurada por la ley, si los jueces interpretaran las mismas disposiciones en casos semejantes, ahora de una manera, ahora de otra.

⁴¹ El esquema (J.1.2) muestra con claridad que la cuestión de si la interpretación depende de la obtención de la premisa mayor o menor puede tratarse como un problema terminológico. A partir de (2)-(5) en (J.1.2) se sigue «Ta» (5'). A partir de (1) y (5') se sigue (6). Ahora podría considerarse a (1) como premisa mayor, a (5') como premisa menor y a (2)-(5) como la fundamentación de la premisa menor. Una alternativa a ello consistiría en considerar como premisa mayor a la norma «(x) (Sx → ORx)» (4') que se obtiene a partir de (1)-(4), como premisa menor a (5), y como fundamentación de la premisa mayor a (1)-(4). (4') sería algo así como la norma de decisión de Ehrlich (cfr. E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München/Leipzig, 1913, pp. 104 y ss.). Entre estas posibilidades, un número creciente de pasos de desarrollo da lugar a un número creciente de nuevas soluciones.

⁴² En (J.1.2) se trata de la fundamentación de una obligación. (J.1.2) se podría entender fácilmente de forma totalmente general, de manera que pudiera sustituirse al operador deóntico «O» por una variable de operadores deónticos. De esta manera (J.1.2) representaría también la forma lógica de fundamentación de prohibiciones y permisos. Aquí no se usa tal variable únicamente por razones de simplificación.

(J.2.4) Son necesarios los pasos de desarrollo que permitan formular expresiones cuya aplicación al caso en cuestión no sea ya discutible.

En este caso, Mⁿ se convierte en S⁴³. Muy pocos y muy amplios pasos de desarrollo pueden hacer resaltar sólo oscuramente el contenido normativo de estos pasos. Por un lado, son fácilmente atacables; por otro lado, tales ataques serán con frecuencia no específicos. Efectuar muchos pasos es en verdad engorroso, pero arroja claridad. Tiene por tanto pleno sentido exigir:

(J.2.5) Hay que articular el mayor número posible de pasos de desarrollo.

Las reglas y formas descubiertas hasta ahora se refieren a la estructura formal de la fundamentación jurídica. El punto decisivo es el de la seguridad de la universalidad. Pueden designarse por ello como «reglas y formas de la justicia formal».

Las anteriores observaciones pueden dar lugar a algunos malentendidos. El malentendido más grave sería interpretar la exigencia de deducibilidad lógica expresada a través de (J.2.2), de manera que la fundamentación jurídica consista sólo en la deducción a partir de las normas previamente dadas. El ejemplo indicado muestra que lo que se afirma no es esto. Muestra claramente que en los casos más complicados se necesita, para la fundamentación de las decisiones jurídicas, una serie de premisas como (5), (6) y (7) que no pueden ser deducidas de ninguna ley. En muchos casos, la norma con que se comienza no es ni siquiera una norma de Derecho positivo. La exigencia de la deducción lleva precisamente a lo contrario del encubrimiento de la parte creativa de la aplicación del Derecho: las premisas no extraídas del Derecho positivo aparecen claramente en toda su extensión. Este es quizás el aspecto más importante de la exigencia de justificación interna. El justificar estas premisas no extraídas directamente del Derecho positivo es tarea de la justificación externa.

Otra equivocación sería pensar que el modelo antes establecido no toma suficientemente en consideración la interrelación entre hecho y norma. Parte demasiado unilateralmente de la norma a desarrollar y por ello no hace justicia a la exigencia del «ir y volver de la mirada»⁴⁴.

⁴³ Cfr. sobre ello J. Rüdig, *Die Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahren*, p. 183.

⁴⁴ Este concepto fue introducido por Engisch en la discusión del método jurídico con una observación más bien casual (cfr. K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, p. 15, así como su aclaración en: *Id.*, *Einführung in das juristische Denken*, p. 203 [nota 361], p. 206 [nota 54]). Fue acogida en particular por la hermenéutica jurídica (cfr.

Tampoco esto parece acertado. Para fundamentar las reglas necesarias para cada particular nivel de desarrollo, es necesario entrar en profundidad tanto en las especificidades de los hechos como en las particularidades de la norma. Esto ocurre en la justificación externa, en la que son posibles todos los argumentos admisibles en el discurso jurídico. Las reglas expuestas de la fundamentación interna que tienden un puente sobre el abismo existente entre la norma y la descripción del hecho pueden, si así se desea, ser vistas como el resultado del proceso caracterizado con la metáfora del ir y volver de la mirada.

Con ello resulta al mismo tiempo claro que las formas de la justificación interna no pretenden reproducir el curso de las deliberaciones efectuadas de hecho por los órganos decisorios. Hay que distinguir claramente entre el proceso de descubrimiento (process of discovery) y el proceso de justificación (process of justification)⁴⁵. Como descripción del proceso de descubrimiento puede valer el modelo elaborado por Kriele de hallazgo y comprobación de hipótesis de normas⁴⁶. Aquí sólo interesa que las deliberaciones del decisor o de los decisores deben llevar a una justificación que se corresponda con las formas señaladas. Por ello, claro está, las exigencias del proceso de justificación repercuten en el proceso de descubrimiento.

Es muy fácil además sobrevalorar o infravalorar el significado de las formas y reglas de la justificación interna.

Engisch indica con razón que «extraer una conclusión como tal... (supone) un esfuerzo mínimo: la principal dificultad estriba en hallar las premisas»⁴⁷. Sin embargo, la exigencia de justificación interna no carece de sentido. En la justificación interna debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente. Presupuestos que de otra manera quedarían escondidos, deben ser formulados explícitamente⁴⁸.

(cfr. sobre ello K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pp. 183 y ss., 263 y ss.). Juega también un papel relevante en el modelo de Kriele de decisión jurídica (cfr. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 197 y ss.). Esser observa críticamente que con esta fórmula no se ha ganado aún mucho. Para que el camino de ida y vuelta no se convierta en un «camino sin fin» son necesarios criterios «que permitan encarrilarse en favor de una determinada subsunción» (J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 79). Señalar tales criterios es tarea de la teoría de la justificación externa.

⁴⁵ Cfr. sobre ello R. A. Wasserstrom, *The Judicial Decision*, Stanford, 1961, p. 27.

⁴⁶ Cfr. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 197 y ss.

⁴⁷ K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, p. 13; de manera semejante Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 51; J. Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, p. 43.

⁴⁸ Cfr. sobre ello J. Rüdig, *Über die Notwendigkeit einer besonderen Logik der Normen*, p. 178; *Id.*, *Theorie des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens*, p. 151. Cfr. además U. Diederichsen, *Die «reductio ad absurdum» in der Jurisprudenz*, en: *Festschrift für K. Larenz*, München, 1973, p. 156: «Puesto que el jurista... también está vinculado por las

Esto aumenta la posibilidad de reconocer y criticar errores⁴⁹. El aducir reglas universales facilita la consistencia de la decisión y contribuye, por ello, a la justicia y a la seguridad jurídica.

(J.1.1) y (J.1.2), así como (J.2.1)-(J.2.5), aseguran por ello sin duda una cierta medida de racionalidad. La racionalidad que garantizan es ciertamente relativa a la racionalidad de las premisas. El juicio sobre la racionalidad de una decisión pertenece, pues, al campo de la justificación externa. De ello hay que tratar ahora.

2. LA JUSTIFICACION EXTERNA

El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos. Se puede distinguir: (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo.

Estos distintos tipos de premisas se corresponden con distintos métodos de fundamentación. La fundamentación de una regla en tanto regla de Derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. En la fundamentación de premisas empíricas puede recurrirse a una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de la presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso. Finalmente, para la fundamentación de las premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo sirve lo que puede designarse como «argumentación jurídica».

En particular, existen múltiples relaciones entre estos tres procedimientos de fundamentación. Así, en la fundamentación de las premisas que no tienen un carácter jurídico-positivo ni empírico juegan un papel considerable las reglas del Derecho positivo y los enunciados empíricos. En la fundamentación de una norma según los criterios de validez de un ordenamiento jurídico puede ser necesario interpretar las reglas que definen los criterios de validez. Esto tiene especial importancia si entre los criterios de validez se encuentran límites constitucionales; por ejemplo, un catálogo de derechos fundamentales⁵⁰. La argumentación

leyes fundamentales del pensamiento, la parte valorativa de la decisión de un problema jurídico, por la que él debe asumir la responsabilidad con su fundamentación, sólo resulta clara del todo si se tienen presente previamente las estructuras... de validez general de la fundamentación de la decisión.»

⁴⁹ Cfr. R. A. Wasserstrom, *The Judicial Decision*, p. 173.

⁵⁰ Cfr. sobre ello H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 102 y s.

jurídica puede ser de una importancia decisiva no sólo en la interpretación de una norma válida, sino también en el establecimiento de la validez de esa norma. Finalmente, esto vale también para el establecimiento de hechos empíricos. Así, de la interpretación de una regla de la carga de la prueba puede depender qué sea lo que se considere como hecho en la fundamentación. Precisamente, estas variadas interrelaciones hacen necesario, si uno no quiere confundirlo todo, distinguir cuidadosamente los tres métodos de fundamentación mencionados. Sólo así pueden analizarse sus interconexiones.

En la exposición que sigue se resaltarán la fundamentación de las premisas que no son ni reglas de Derecho positivo, ni enunciados empíricos. Cuando en lo que sigue se hable de «justificación externa» hay por ello que referirlo a la justificación de estas premisas.

2.1. Los seis grupos de reglas y formas de justificación externa

Las formas de argumentos⁵¹ y las reglas de justificación externa pueden clasificarse grosso modo en seis grupos: reglas y formas (1) de interpretación, (2) de la argumentación dogmática, (3) del uso de los precedentes, (4) de la argumentación práctica general y (5) de la argumentación empírica⁵²; así como (6) las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos⁵³. Si uno quisiera designar estos grupos con una sola palabra, podría elegir las palabras: (1) ley, (2) dogmática, (3) precedente, (4) razón, (5) empirie y (6) formas especiales de argumentos jurídicos.

Tarea de una teoría de la justificación externa es, en primer lugar, el análisis lógico de las formas de argumentación que se reúnen en estos grupos. El principal resultado de este análisis es la comprensión de la necesidad y posibilidad de su vinculación. La investigación de las interconexiones entre argumentos de distintas formas debe aclarar ante todo el papel de la argumentación empírica y de la argumentación práctica general en el discurso jurídico.

⁵¹ Sobre el concepto de forma de argumento cfr. *supra*, pp. 102 y s.

⁵² La argumentación empírica sirve tanto directamente para la justificación de los enunciados empíricos que se emplean en la justificación interna, como también para la justificación de los enunciados empíricos que se emplean en la justificación externa de enunciados no empíricos.

⁵³ Para la clasificación de las reglas y formas de la justificación externa cfr. Fr. Müller, quien distingue los seis grupos siguientes de «elementos de concreción»: (1) elementos metodológicos, (2) elementos del campo normativo, (3) elementos dogmáticos, (4) elementos de teoría, (5) elementos de técnicas de solución de problemas y (6) elementos de política constitucional y jurídica (Fr. Müller, *Juristische Methodik*, pp. 266, 146 y ss.).

2.2. Sobre la argumentación empírica

La argumentación empírica en sí misma no puede examinarse aquí en detalle. Sólo puede señalarse su relevancia, que consiste en que casi todas las formas de argumentación jurídica —al igual que casi todas las formas de argumentación práctica general— incluyen enunciados empíricos. Aquí hay que tomar en consideración enunciados de tipos completamente distintos. Así, algunas formas de argumentación presuponen enunciados sobre hechos singulares, sobre acciones concretas, motivos de los actores, sucesos o estados de cosas. En otros se requieren enunciados sobre regularidades de las ciencias naturales o de las ciencias sociales. Además, se puede distinguir entre enunciados sobre acciones, sucesos o estados de cosas pasados, presentes y futuros. Estos enunciados pueden corresponder de nuevo a diversos campos científicos, como la economía, la sociología, la psicología, la medicina, la lingüística, etc.⁵⁴

De ello resulta claramente que una teoría que tenga en cuenta consecuentemente la argumentación empírica necesaria en las fundamentaciones jurídicas tendría que ocuparse de casi todos los problemas del conocimiento empírico⁵⁵. A ello se añaden los problemas de la inclusión del conocimiento empírico en la argumentación jurídica, que sólo pueden resolverse mediante una cooperación interdisciplinaria⁵⁶.

En la teoría del discurso práctico general se toma en cuenta la importancia del conocimiento empírico por medio de la regla de transición (6.1): «Cualquier hablante puede en cualquier momento pasar a un discurso teórico (empírico).» Esta regla rige también en el discurso jurídico. Al igual que en el discurso práctico general, también aquí queda abierta la cuestión de cómo hay que proceder en el discurso empírico.

Tanto en el discurso práctico general como en el discurso jurídico surge el problema de que frecuentemente el conocimiento empírico necesario no puede obtenerse con la certeza deseable. En esta situación se

⁵⁴ Para un análisis de los enunciados empíricos usados por el Tribunal Constitucional Federal cfr. K. J. Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1971. Para los distintos tipos de conocimientos necesarios en la argumentación jurídica cfr. además Chr. Starck, *Empirie in der Rechtsdogmatik*, en: «JZ» 1972, p. 614. Sobre la importancia del conocimiento científico-social sólo se citará, de entre la amplia literatura existente, K.-D. Opp, *Soziologie im Recht*, Reinbek, 1973, pp. 79 y ss., y W. Naucke, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, Frankfurt a. M., 1972, pp. 34 y ss.

⁵⁵ En este lugar habría que referirse a toda la teoría de la ciencia, así como a toda la literatura psicológica y sociológica que se ocupa del proceso de conocimiento.

⁵⁶ La capacidad de cooperación interdisciplinaria presupone desde luego una adecuada formación. Sobre esto cfr. por todos K.-D. Opp, *ibid.*, pp. 219 y ss.

necesitan reglas de la presunción racional. Al mismo tiempo, la relevancia del conocimiento empírico para las argumentaciones jurídicas difícilmente puede ser sobrevalorada⁵⁷. En numerosas disputas jurídicas la apreciación de los hechos juega el papel decisivo. Si hay acuerdo sobre los enunciados normativos que hay que aceptar, la decisión depende únicamente de qué hechos hay que tomar como base.

Ciertamente, sería equivocado pensar que se puede reducir el discurso jurídico a un discurso empírico. Esto es tan poco posible en el caso del discurso jurídico como en el caso del discurso práctico general. Las razones que se exponen para ello en la teoría del discurso práctico general valen también para el discurso jurídico.

Aunque en las consideraciones que siguen se pondrá también siempre de manifiesto la relevancia de los argumentos empíricos, sin embargo, el punto esencial reside en la relación de las formas de argumentación práctica general y las formas de argumentación jurídica. Se procurará analizar la interrelación de las distintas formas de argumentación desde esta perspectiva.

2.3 Los cánones de la interpretación

Los cánones de la interpretación han sido, desde Savigny⁵⁸, objeto de muchas discusiones. Hasta hoy no hay acuerdo en cuanto a su número, su formulación precisa, su jerarquía y su valor. Tiene poco sentido tomar postura en esta disputa sin saber lo que son estos cánones. Por ello, hay que tratar en primer lugar de su estructura lógica.

Es conveniente discutir la estructura lógica de los cánones mediante un modelo lo más sencillo posible de justificación interna. En lo que sigue se utilizará la expresión abreviada de (J.1.2.)

- (J.1.2.) · (1) (Tx → ORx) (R)
 · (2) (Mx → Tx) (W)
 · (3) Ma
 · (4) ORa (1)-(2)

A partir de (1), la norma R, y de (2), la regla de uso de las palabras, W, se sigue la norma concreta R'

- (2') (x) (Mx → ORx)

⁵⁷ Sobre ello cfr. por ejemplo R. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, pp. 205 y ss.

⁵⁸ Fr. C. v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 1, Berlin 1840, pp. 212 y ss.

R' puede designarse como «interpretación de R a través de W» (I_W^R).

Una de las tareas más importantes de los cánones consiste en la fundamentación de tales interpretaciones. Sin embargo, su función no se agota aquí. Se pueden utilizar también directamente en la fundamentación de normas no positivas, así como en la fundamentación de muchos otros enunciados jurídicos.

La discusión sobre los cánones que sigue no tiene la finalidad de suministrar un análisis ni completo ni detallado de las formas de argumentación que se sintetizan tradicionalmente con los argumentos interpretativos. Su sentido consiste simplemente en aclarar la función de estas formas de argumentación en el discurso jurídico. A tal efecto, es suficiente con destacar algunas características típicas de algunas formas. Para ello, los cánones pueden agruparse en seis grupos: los de la interpretación semántica, genética, histórica, comparativa, sistemática y teleológica⁵⁹. Se mostrará que estos grupos constituyen clases bastante distintas de formas de argumentos.

2.3.1. Sobre las formas concretas de argumentos

(1) Puede hablarse de *argumento semántico* cuando se justifica, se critica o se afirma como posible, con referencia al uso del lenguaje, una interpretación R' de R. La regla W debe entenderse aquí como una *especificación* del lenguaje natural o de un lenguaje técnico, en particular el de la Jurisprudencia. Si W supone una *determinación*⁶⁰ de la decisión en relación con uno de estos lenguajes, entonces no existe ningún argumento semántico, pues tal determinación no puede justificarse por referencia a un uso existente. Para esto se necesitan otros argumentos adicionales.

Los argumentos semánticos pueden usarse para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible, al menos semánticamente. De acuerdo con ello, se pueden distinguir tres formas de argumentos:

(J.3.1) R' debe aceptarse como interpretación de R, sobre la base de W₁.

(J.3.2) R' no puede aceptarse como interpretación de R sobre la base de W₁.

⁵⁹ Para otras clasificaciones cfr. *supra*, pp. 24 y s.

⁶⁰ Sobre los conceptos de especificación [Festsellung] y determinación [Festsetzung] de un lenguaje cfr. E. v. Savigny, *Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren*, München, 1970, p. 22.

(J.3.3) Es posible aceptar R' como interpretación de R, y es posible no aceptar R' como interpretación de R, pues no rigen ni W₁ ni W₂.

El uso de argumentos de esta forma implica la afirmación de la validez o de la no validez de W₁ y/o W₂. Aquí no hay que discutir sobre cómo pueda fundamentarse la afirmación de que una regla semántica tiene o no validez. Pueden imaginarse tantas formas distintas, como distintas sean las invocaciones del hablante a su competencia lingüística, la investigación empírica y la referencia a la autoridad de diccionarios.

Los argumentos de la forma (J.3.1) y (J.3.2) son definitivos si, sobre la base de una regla semántica, se establece que a cae bajo la norma R o bien que no es este el caso. El argumento semántico es suficiente aquí para la fundamentación de una decisión por medio de R⁶¹. La situación es bastante distinta en el caso de aplicabilidad de (J.3.3). Aquí, la interpretación semántica lleva al resultado de que, sólo con medios semánticos, no se puede alcanzar ninguna decisión⁶². Sólo se puede determinar que T es vago y que a cae dentro del campo de vaguedad de T⁶³. La cuestión de si a cae bajo T no puede contestarse por medio de una especificación del lenguaje, sino por medio de una determinación. Las formas de argumentos que ahora se van a discutir sirven, entre otras cosas, para justificar tales determinaciones.

(2) Se tiene un *argumento genético* cuando se justifica una interpretación R' de R, porque la misma se corresponde con la voluntad del legislador. Se pueden distinguir dos formas fundamentales de argumentos genéticos. La primera existe cuando se dice que $I_W^R = R'$ era el objeto directo de la voluntad del legislador; la segunda, cuando se

⁶¹ Argumentos de la forma (J.3.1) y (J.3.2) sustentan la fundamentación de una decisión sólo relativamente a una norma R (aquí; R₁). Si no se quiere aceptar este resultado fundamentado por medio de argumentos semánticos de las formas indicadas, es posible modificar R₁. En caso de aplicabilidad indeseada de R₁, esto puede tener lugar limitando R₁ ((x) [T₁x → ORx]), con ayuda de una característica F adecuada para á, a R₂ ((x) [T₁x ∧ ¬Fx → ORx]) (reducción teleológica). En caso de inaplicabilidad indeseada de R₁, es posible, por ejemplo por medio de la forma de argumento por analogía, fundamentar una norma N₃ ((x) [T₂x → ORx]) en la que a cae bajo T₂ en forma diferente que bajo T₁. Se puede establecer por ello de manera general que quien quiere argumentar contra una decisión fundamentada a través de (J.3.1) o (J.3.2), debe estar en condiciones de fundamentar una norma no jurídico-positiva como R₂ o R₃.

⁶² Cfr. sobre ello la pertinente observación de Savigny sobre el conocimiento de la vaguedad: «Pero precisamente por ello, termina con la clara comprensión de la naturaleza de la duda existente y al mismo tiempo no se cierra con su disolución» (Fr. C. v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 1, Berlin, 1840, p. 228).

⁶³ Sobre el concepto de vaguedad cfr. W. P. Alston, *Vagueness*; en: *The Encyclopedia of Philosophy*, vol. 8, pp. 218 y ss.; con bibliografía adicional.

afirma que el legislador persiguió con R los fines Z_1, Z_2, \dots, Z_n en la combinación K ($\{Z_1, Z_2, \dots, Z_n\}$ K), y la validez de R en la interpretación I_w^R es necesaria para la realización de (Z_1, Z_2, \dots, Z_n) K. Esta segunda forma fundamental viene a ser una variante del argumento teleológico. Si se escribe (Z_1, Z_2, \dots, Z_n) K abreviadamente como Z, entonces ambas formas tienen la siguiente estructura:

(J.4.1) · (1) $R' (= I_w^R)$ es querido por el legislador

(2) R'

(J.4.2) · (1) Con R el legislador pretende alcanzar Z

(2) $\neg R' (= I_w^R) \rightarrow \neg Z$

(3) R'

Ni en (J.4.1) ni en (J.4.2), R' se sigue lógicamente de la o de las premisas mencionadas. En (J.4.1) es necesaria una premisa adicional o regla de inferencia⁶⁴ que tenga, por ejemplo, el siguiente contenido:

(a) El que el legislador desee que R se interprete mediante W ($I_w^R = R'$) es una razón para la validez de R' .

Más interesantes son las premisas o reglas de inferencia presupuestas en (J.4.2):

(b) El que el legislador persiga con R el fin Z es una razón para que en la aplicación de R sea obligatorio perseguir Z.

(c) Si es obligatorio perseguir el fin Z, entonces también es obligatorio cualquier medio necesario para la realización de Z.

(a) y (b) están formulados en forma relativamente débil. La voluntad del legislador es sólo una razón para una interpretación. Esto abre la posibilidad de razones en contra. Más interesante es la regla de inferencia (c) que se basa en el esquema⁶⁵:

(S) · (1) OZ

(2) $\neg M \rightarrow \neg Z$

(3) OM

⁶⁴ Sobre la cuestión de si reglas como (a)-(c) deben clasificarse como premisas o como reglas de inferencia cfr. *supra*, pp. 95 y ss.

⁶⁵ Un argumento de la forma (S) puede reducirse sin dificultades a una forma como (4.2) o (4.3). En un caso de (4.2), se aduce por ejemplo como razón para N la consecuencia F de una acción a que, a través de N, se afirma como ordenada. La descripción de la consecuencia F en (4.2) se corresponde con Z en (S). En (4.2) R significa que una acción está ordenada si tiene como consecuencia a F. Esto se expresa en (S) no aduciendo una

En el lenguaje ordinario, (S) se puede formular, entre otras, de la forma siguiente:

(1) Es obligatorio lograr el estado de cosas Z

(2) Si no se da M, entonces no se logra tampoco Z (es decir, M es una condición para Z)

(3) Es obligatorio que se dé M.

(S) puede verse como una variante de un silogismo práctico⁶⁶. Para probar la validez de (S) serían necesarias consideraciones fundamentales en relación tanto con la lógica deóntica como con la teoría de la relación medio-fin. Tales consideraciones no pueden efectuarse aquí. La intuitiva plausibilidad de (S), sin embargo, permite suponer que tales investigaciones llevarían a muchas precisiones, modificaciones y limitaciones que, sin embargo, no afectarían básicamente a la validez de (S)⁶⁷. Con esta restricción puede aceptarse (S) y, por tanto, (c) y (J.4.2).

Las formas de la interpretación semántica incluyen enunciados sobre la validez de las reglas semánticas; las de la interpretación genética, enunciados sobre la voluntad del legislador. Estos enunciados no son frecuentemente explícitos. Se afirma sencillamente que una determinada interpretación expresa el tenor de la norma, la voluntad del legislador o el fin de la norma. En tal caso, el argumento es incompleto. Para completarlo son necesarios enunciados del tipo indicado. Esto puede llamarse «requisito de saturación». La validez de los argumentos en las diversas formas depende de la validez de los enunciados que se establecen para dicha saturación. Para fundamentar la validez de estos enunciados son necesarios argumentos de nuevas formas.

La fundamentación de los enunciados necesarios para la saturación de las formas del argumento genético es a menudo muy difícil y, con frecuencia, imposible. Ello va unido al hecho de que, por un lado, no

regla, sino por medio de OZ. La premisa $\neg M \rightarrow \neg Z$ está presupuesta en (4.2), al afirmar que F es una consecuencia de a. En (4.2) N significa que a está ordenado. En (S) la correspondiente a está ordenada en cuanto al medio M para Z (OM).

En este lugar hay que subrayar una vez más que tanto (4.2) como también (S) son las formas básicas más simples. No sólo se pueden distinguir muchas otras formas, sino que estas mismas formas pueden analizarse con un detalle considerablemente mayor. Aquí sólo es importante el hecho de que argumentos de las formas de argumento antes mencionadas (S), como también (J.4.2), pueden transformarse, de la manera descrita, en las formas correspondientes a (4.2) o (4.3). Esto vale también para las otras formas de argumentos jurídicos, aún por elaborar, que se basan en (S).

⁶⁶ Sobre los distintos significados de este concepto cfr. *supra*, p. 99.

⁶⁷ Para un esquema como (S) cfr. O. Weimberger, *Rechtslogik*, Wien/New York, 1970, p. 219 y s., quien considera tal esquema «bastante convincente, aunque no por encima de toda duda».

es claro quién deba considerarse como sujeto de la «voluntad del legislador», y a que, por otro lado, no es posible con frecuencia determinar claramente el contenido de esta voluntad. ¿Es la totalidad de los parlamentarios el sujeto de la voluntad en cuestión? Si es así, ¿qué ocurre si la mayoría de los parlamentarios no tiene ninguna idea sobre una determinada prescripción de uno de los productos legislativos. ¿Deben adoptarse las interpretaciones de quienes, por ejemplo en un ministerio, han redactado la ley y han debatido en distintos comités y comisiones? ¿Qué ocurre si se expresaron distintas opiniones o si la propia expresión de estas opiniones necesita a su vez de interpretación?⁶⁸

Estas preguntas muestran claramente las dificultades de las argumentaciones genéticas⁶⁹. Aquí sólo puede señalarse que tanto en la determinación de la voluntad de quienes participan en el proceso de la legislación como en la especificación de un uso del lenguaje, de lo que se trata es de establecer hechos⁷⁰. Por ello, la argumentación semántica y la genética aparecen como casos especiales de la argumentación empírica.

(3) Se puede hablar de *argumento histórico* cuando se aducen hechos que se refieren a la historia del problema jurídico discutido, en cuanto a razones en favor o en contra de una interpretación. Aquí se aludirá a una forma especialmente interesante de argumento histórico. Consiste en exponer que: (1) ya una vez se practicó una determinada solución del problema discutido; (2) ésta condujo a la consecuencia F; (3) F es indeseable; (4) las situaciones no son entre sí tan distintas como para que F no ocurra ya hoy, y (5) por tanto, la solución en cuestión no es hoy aceptable. Se trata aquí de un caso de aprendizaje de la historia. Lo importante es que un argumento de esta forma no presupone sólo conocimiento histórico, sociológico y económico, sino que con (3) se incluye también una premisa normativa, que tiene que fundamentarse.

(4) En los *argumentos comparativos* se toma como referencia, en lugar de un estado de cosas jurídico anterior, uno de otra sociedad. La forma de argumento recién mencionada puede transformarse, mediante una pequeña modificación, en una de tipo comparativo. Una forma tal

⁶⁸ Sobre estos problemas cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pp. 315 y ss., así como A. Mennicken, *Das Ziel der Gesetzesauslegung*, Bad Homburg/Berlin/Zürich, 1970, pp. 30 y ss. con numerosas indicaciones bibliográficas.

⁶⁹ Para un caso típico de argumentación crítica genética cfr. J. Esser, *Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs*, en: «JZ» 1975, pp. 555 y ss.

⁷⁰ Cfr. por ejemplo Fr. Wicacker, *Über strengere und unstrengere Verfahren der Rechtsfindung*, p. 432, quien habla de la «intención empírica del legislador histórico».

de argumento comparativo incluye, precisamente como en la del argumento histórico, además de numerosas premisas empíricas, al menos una premisa normativa.

(5) Con la expresión *argumento sistemático* se comprende tanto la referencia a la situación de una norma en el texto legal⁷¹, como la referencia a la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, fines y principios. Aquí sólo se tratará de lo último. Cuando entran en juego relaciones teleológicas estamos ante un argumento sistemático-teleológico⁷². Estos argumentos se entienden mejor en el contexto de la argumentación teleológica. En sentido estricto, sólo deben considerarse como argumentos sistemáticos aquellos que se refieren únicamente a las relaciones lógicas entre normas.

La forma más importante de argumento sistemático en este sentido estricto es la indicación de una contradicción normativa⁷³. Si la interpretación de R₁ por medio de W, R₁, contradice a la norma R₂ que debe reconocerse como válida, entonces tiene que abandonarse R₁. La indicación de una contradicción lleva a un resultado, sólo si todas las interpretaciones de R, menos una están excluidas por otras normas. Con frecuencia, no es este el caso:

(6) Un esclarecimiento completo del concepto de *argumento teleológico* presupone un análisis detallado de los conceptos de fin y de medio, así como de los conceptos vinculados a éstos de voluntad, intención, necesidad práctica y fin⁷⁴.

Aquí no puede emprenderse semejante análisis de detalle. Sin embargo, es posible, incluso sin una investigación completa, efectuar algunas consideraciones sobre la estructura de la argumentación teleológica, que son importantes para este trabajo.

En el contexto de la discusión sobre la interpretación genética se mostró que hay argumentos teleológicos en los que quienes argumen-

⁷¹ Para esta argumentación a partir del «sistema externo» cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 313.

⁷² Para la conexión entre los argumentos sistemáticos y teleológicos cfr. K. Larenz, *ibid.*, p. 315; K. Engisch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, p. 79.

⁷³ Los argumentos relacionados con la evitación de contradicciones normativas son casos de aplicación de la regla general del discurso (1.1); Cfr. *supra*, pp. 185 y ss.

⁷⁴ Para un análisis de este tipo cfr. W. Stegmüller, *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, vol. I *Wissenschaftliche Erklärung und Begründung*, ed. corregida, Berlin/Heidelberg/New York, 1974, pp. 518 y ss.; G. H. v. Wright, *On So-Called Practical Inference*, «Acta Sociologica» 15 (1972/73), pp. 39 y ss.; De entre los escritos jurídicos cfr., en cuanto toma de postura crítica, R. Driber, *Zum Begriff der «Natur der Sache»*, Berlin, 1965, pp. 103 y ss.

tan pueden aludir directamente a los fines del legislador histórico. Aquí se consideran aquellos argumentos teleológicos en los que esto no es posible. Siguiendo a Larenz, se denominarán «teleológico-objetivos»⁷⁵.

Los argumentos teleológico-objetivos se caracterizan porque quien argumenta se refiere no a fines de personas realmente existentes en el pasado o en el presente, sino más bien a fines «racionales» o «prescritos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente». Con ello surge la cuestión de qué fin hay que contemplar como racional o como prescrito objetivamente en el marco del ordenamiento jurídico vigente. La respuesta de la teoría del discurso consiste en afirmar que son fines racionales o prescritos objetivamente en el marco del ordenamiento jurídico vigente aquellos que establecerían quienes deben tomar decisiones en el marco del ordenamiento jurídico vigente sobre la base de la argumentación racional. La comunidad de quienes deben tomar decisiones en el marco del ordenamiento jurídico vigente, sobre la base de la argumentación racional, es el sujeto hipotético de los fines propuestos en los argumentos teleológico-objetivos. Las afirmaciones finalistas de los intérpretes son hipótesis sobre los fines establecidos por este sujeto hipotético. Su corrección debe fundamentarse por medio de la argumentación racional.

Los fines de que se trata en la interpretación teleológica no son por ello fines que se determinen empíricamente, sino fines caracterizados normativamente. Dicho fin caracterizado normativamente debe entenderse aquí como un estado de cosas prescrito o un suceso prescrito⁷⁶.

Que un estado de cosas o un suceso está prescrito puede simbolizarse mediante «OZ». Que la interpretación $I_W^R = R'$ es necesaria para alcanzar Z (por tanto, que es un medio para Z)⁷⁷, puede indicarse a través de una expresión de la forma $\neg R' (= I_W^R) \rightarrow \neg Z$. La expresión más simple de un argumento teleológico-objetivo tiene por ello la siguiente forma:

- (J.5) · (1) OZ
 · (2) $\neg R' (= I_W^R) \rightarrow \neg Z$
 · (3) R'

(J.5) se corresponde con la forma de argumento genético (J.4.2) salvo en el hecho de que Z no es querido por el legislador, sino que

⁷⁵ Cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 322.

⁷⁶ Sobre los conceptos «estado de cosas» y «sucesos» cfr. G. H. v. Wright, *Norm and Action*, pp. 25 y ss.

⁷⁷ Que $I_W^R = R'$ es un medio para Z puede significar varias cosas: (1) la aplicación de R' en un caso concreto es un medio para Z, (2) el seguimiento general de R' es un medio para Z, (3) la validez de R' es un medio para Z. Aquí se partirá de que la validez de R' es un medio para Z.

debe ser afirmado como algo objetivo⁷⁸. El esquema general en que se basa, precisamente como en (J.4.2), es

- (S) · (1) OZ
 · (2) $\neg M \rightarrow \neg Z$
 · (3) OM

(J.5) presupone la validez de dos premisas completamente distintas. «OZ», (1), es un enunciado normativo, y « $\neg M \rightarrow \neg Z$ », (2), un enunciado empírico. Para fundamentar la verdad de (2) es necesario el conocimiento de legalidades empíricas. Los argumentos teleológico-objetivos remiten por ello a argumentaciones empíricas. Si, lo que no es raro, no existe disputa sobre (1), entonces la decisión depende sólo de argumentaciones empíricas. Esto muestra la considerable importancia de las argumentaciones empíricas en el discurso jurídico.

Aquí sólo interesa la fundamentación de (1). (1) es casi siempre fundamentado en relación con la norma a aplicar. Se afirma que, causa de la validez de R, está prescrita la realización del estado de cosas Z. Frecuentemente, Z se fundamenta no por referencia a una única norma, sino por referencia a un grupo de normas. En ninguno de estos casos, sin embargo, Z se sigue lógicamente de las normas que se alude en la fundamentación. Se necesitan por ello nuevos argumentos. Únicamente no es así, si una norma prescribe directamente la consecución de Z.

Usualmente ocurre que a una norma o un grupo de normas puede atribuirse no un fin, sino diversos fines, que o bien se excluyen entre sí, o bien sólo pueden realizarse limitándose mutuamente⁷⁹. Aquí es necesario mostrar como obligatoria una determinada combinación de fines ($[Z_1, Z_2, \dots, Z_n]$ K). Esto presupone la aplicación de reglas de preferencia.

Los problemas más difíciles de la argumentación teleológica surge si Z o (Z_1, Z_2, \dots, Z_n) K — en lo que sigue, una vez más, sólo hablaremos de Z — no puede describirse únicamente a través de expresiones

⁷⁸ (J.5) se corresponde con la combinación de las formas de argumento analizada por Dreier bajo la denominación de argumentación «práctica técnica» y «argumentación práctica objetiva a partir de la naturaleza de la cosa». (J.5) es práctica objetiva en la medida en que Z se contemple como objetivamente debido. (J.5) es práctica técnica porque (J.5) incluye la proposición de que si R debe servir al fin Z, entonces R debe estar investido de la propiedad «interpretado a través de W» (cfr. R. Dreier, *Zum Begriff der «Natur der Sachen»*, pp. 106 y ss., 120 y ss. y 124).

⁷⁹ Para la comprensión de que una norma en ningún caso está sólo ordenada a un fin, cfr. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 102; K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, p. 80.

empíricas. Este es el caso cuando Z es un estado de cosas que es definido de manera que en él rigen determinadas normas⁸⁰.

Un caso límite de tal estado de cosas se da cuando Z puede dominarse de manera que se trata de un estado de cosas en el que rige la norma fundamental R'. En este caso, la referencia a Z sólo puede cumplir la función de aclarar qué significa la validez de R'.

Por regla general, para la descripción de un tal estado de cosas son necesarias normas de tipo general o principios⁸¹. Z es entonces el estado de cosas en que rigen los principios P₁, P₂, ..., P_n. La argumentación teleológica se vuelve con ello argumentación a partir de principios⁸². El problema de la argumentación a partir de principios no consiste tanto en la justificación de los principios cuanto, mucho más, en que la norma a fundamentar no se sigue por regla general de los principios. Se necesita una concreción de los principios con ayuda de nuevos enunciados normativos.

2.3.2. El papel de los cánones en el discurso jurídico

Para clarificar el papel de los cánones en el discurso jurídico hay que distinguir seis puntos: (1) el campo de su aplicabilidad, (2) su status lógico, (3) el requisito de saturación, (4) las diversas funciones de las diversas formas, (5) el problema de su jerarquía y (6) la resolución del problema de la jerarquía en la teoría del discurso jurídico.

(1) Las distintas formas de argumentos han sido consideradas hasta ahora como formas de argumentos en favor o en contra de una

⁸⁰ Cfr. sobre ello *supra*, p. 228.

⁸¹ Por «principios» debe entenderse aquí proposiciones normativas de un alto nivel de generalidad como: «debe respetarse la dignidad humana», «supuestos de hecho iguales deben tratarse igual» y «cada uno debe responder por las deficiencias en sus círculos comerciales». Debido a su alto grado de generalidad, estas proposiciones no son utilizables directamente para fundamentar una decisión. Se necesitan premisas normativas adicionales. Sobre el concepto de principio cfr. J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1965, pp. 87 y ss.; *Id.*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der richterlichen Rechtsfindung*, p. 42; C. -W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, pp. 48 y ss.; K. Larenz, *Ibid.*, p. 458. Sobre el concepto de generalidad cfr. R. M. Hare, *Principles*, p. 2 y s., así como *supra*, p. 81.

⁸² Cfr. por ejemplo K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pp. 323 y ss., quien —desde luego sin distinguir entre estados de cosas y principios— incluye a principios como el de igualdad de trato y a los principios éticos entre los «criterios de interpretación teleológico-objetivos». Cfr. además K. Engisch, *ibid.*, 81 quien por razones como las arriba mencionadas defiende la idea de que la denominación «interpretación a partir de razones» sería más adecuada que la de «interpretación a partir de fines».

determinada interpretación I de una norma R presupuesta, a través de una regla de uso de las palabras, W (I_W=R'). Con la excepción de la interpretación semántica, todas las formas de argumentos pueden además utilizarse en una multitud de nuevos contextos. Tales contextos son, en particular, el conflicto de normas, la restricción del campo de aplicación de las normas, y la fundamentación de normas que no pueden deducirse de la ley. Así, por ejemplo, en un conflicto de normas puede aducirse que el legislador asignó a una norma una especial importancia. En caso de fundamentación de una interpretación restrictiva son posibles referencias a regulaciones paralelas y ya acreditadas en otros Estados, y en caso de fundamentación de una norma que no se extrae del Derecho positivo puede aducirse como argumento un fin que debe perseguirse. La caracterización tradicional de las formas de argumentos que se discuten dentro de los cánones de la interpretación es demasiado estrecha.

(2) Cuál sea el status lógico de los cánones es una cuestión discutida. Rottleuthner les niega carácter de regla. Sólo pueden tener la función de «informar sobre puntos de vista relevantes, de indicar líneas de investigación»⁸³. Hart los designa como «reglas generales para el uso del lenguaje»⁸⁴. Müller habla de «elementos de concreción» y de «momento(s) de un único proceso de interpretación»⁸⁵. Larenz de «puntos de vista rectores a los que se asigna un peso variable»⁸⁶.

Las anteriores consideraciones han mostrado que las distintas formas de argumentos no son en realidad reglas. No indican qué deba hacerse o que haya que tratar de alcanzar condicionada o incondicionalmente. Por otro lado, son más que simples puntos de vista o líneas de investigación. Como mejor cabe designarlas, para usar un concepto de Perelman, es como esquemas de argumentos (schèmes d'arguments)⁸⁷. Se trata de esquemas de enunciados de una forma determinada, a partir de los cuales se sigue lógicamente un enunciado de forma determinada, o bien dicho enunciado puede ser fundamentado de acuerdo con una regla presupuesta. Por esta razón se les designa como «formas de argumentos»⁸⁸.

En cuanto formas de argumentos, los cánones caracterizan a la estructura del ordenamiento jurídico. Un análisis completo de todas las

⁸³ H. Rottleuthner, *Richterliches Handeln*, p. 30; *Id.*, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, p. 197.

⁸⁴ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 123.

⁸⁵ Fr. Müller, *Juristische Methodik*, p. 145.

⁸⁶ K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 332.

⁸⁷ Ch. Perelman/L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, p. 252.

⁸⁸ Sobre el concepto de forma de argumento cfr. *supra*, p. 102.

formas de argumentos posibles en el discurso jurídico daría algo así como una gramática de la argumentación jurídica. Con ello, para proseguir con la analogía, ciertamente no se habría dicho todavía nada sobre lo que deba afirmarse por medio del lenguaje construido según esa gramática. Sin embargo, ello mostraría cómo debe procederse para alcanzar un resultado racional.

(3) Un argumento de una determinada forma sólo es completo si contiene todas las premisas pertenecientes a esa forma. A ello se le llama el requisito de saturación⁸⁹. Las premisas que necesitan ser saturadas son de distinto tipo. Con ello se corresponden maneras completamente distintas de fundamentación.

Un papel relevante lo juegan las fundamentaciones empíricas. Deben fundamentarse empíricamente la especificación de un uso del lenguaje, las afirmaciones sobre la voluntad del legislador o de las personas que participan en el proceso de la legislación, sobre anteriores estados de cosas jurídicos o sobre el estado del Derecho en otros Estados, así como las hipótesis que sirven de base a las afirmaciones sobre consecuencias.

Además de los enunciados empíricos, las formas de argumentos contienen premisas normativas que no se extraen de la ley. Esto vale, por ejemplo, para las formas de interpretación histórica, comparativa y teleológica, que presuponen la caracterización de estados de cosas. En la fundamentación de estos presupuestos normativos no hay que recurrir siempre, de ninguna manera, directamente al medio del discurso práctico general. Así, para la fundamentación puede utilizarse ante todo un argumento comparativo. Para la fundamentación de la valoración presupuesta en este argumento puede hacerse referencia a fines que están unidos a otras normas. Sólo en este punto pueden ser necesarios argumentos prácticos de tipo general.

La exigencia de saturación asegura la racionalidad del uso de los cánones. Ello excluye la simple afirmación de que un argumento pueda ser el resultado de una determinada interpretación literal, histórica o finalista de la norma. Siempre es necesario aducir premisas empíricas o normativas, cuya verdad o corrección puede ser en cualquier momento objeto de nuevas discusiones. La regla:

(J.6) Debe resultar saturada toda forma de argumento que haya que contar entre los cánones de la interpretación,

impide por ello habladorías vacías.

⁸⁹ Cfr. *supra*, p. 229.

(4) Las distintas formas cumplen diferentes funciones. Las formas de la argumentación semántica y genética se refieren a la vinculación de los órganos decisores, respectivamente, con el tenor de la ley y con la voluntad del legislador. Las formas históricas y comparativas permiten la incorporación de la experiencia del pasado y de otras sociedades. La interpretación sistemática sirve, entre otras cosas, para liberar de contradicciones al ordenamiento jurídico. Finalmente, las formas teleológicas abren el campo a la argumentación práctica racional de tipo general. Con ello se caracteriza respectivamente sólo una función particularmente importante de los distintos grupos de formas.

(5) La distinta función de las distintas formas permite aclarar ya que argumentos de formas distintas puedan llevar, en el contexto de la discusión de un problema, a soluciones completamente distintas. De ello resulta una doble inseguridad en el uso de los cánones. Una forma puede ser saturada de distintas maneras, y puede emplearse distintas formas para la fundamentación de diferentes conclusiones.

La cuestión de la relación entre los argumentos de formas distintas se discute como un problema de establecer un catálogo de grados o una jerarquía de los cánones. Hasta hoy, ninguna propuesta de un tal catálogo ha encontrado un reconocimiento general⁹⁰. La posibilidad, y también la necesidad, de tal ordenación es valorada de maneras distintas. Según Esser, hay que «juzgar fracasada la esperanza de que se pueda indicar un catálogo de grados en la serie de los pasos de interpretación»⁹¹. Kriele ha presentado sobre ello una serie de importantes argumentos⁹². Larenz se esfuerza por conseguir una cierta determinación de la relación entre los cánones, pero también él llega a la conclusión de que no hay «una relación de orden invariable» entre las distintas formas. «Están en una relación de reciprocidad y sus pesos respectivos se determinan, y no en último término, de acuerdo con lo que resulta en cada caso»⁹³. Müller fundamenta una primacía de los argumentos semánticos y sistemáticos desde una perspectiva del Estado de Derecho⁹⁴. Engisch es de la opinión de que si la determinación de la ordenación de los métodos de interpretación es «sencillamente imposible de resolver», entonces ya no hay «en absoluto ninguna vaga confianza en que basar la superación de los problemas de la aplicación del Derecho»⁹⁵. El plantea para la discusión un catálogo de prioridades

⁹⁰ Cfr. Fr. Müller, *Juristische Methodik*, p. 198.

⁹¹ J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 124 y s.

⁹² M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 85 y ss.

⁹³ K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 334 y s.

⁹⁴ Fr. Müller, *Ibid.*, p. 202 y ss.

⁹⁵ K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, p. 225 (nota: 82 d).

según el cual, en primer lugar, de acuerdo con la teoría subjetiva, debe ser decisiva la voluntad del legislador, y sólo si ésta no puede determinarse con seguridad son pertinentes argumentos teleológico-objetivos⁹⁶. Sin embargo, limita el valor de este catálogo al declarar que la polémica entre las teorías objetiva y subjetiva de la interpretación «aún no ha sido definitivamente resuelta y, como todos los verdaderos problemas de fundamentos, nunca podrá resolverse de manera definitiva»⁹⁷.

(6) La teoría del discurso no puede tampoco ofrecer una solución del problema, por ejemplo mediante la elaboración de un catálogo de grados y decidiéndose en favor de la teoría objetiva o subjetiva de la interpretación, o mediante la construcción de una fórmula que ponga ambas cosas en relación. Pero puede efectuar una contribución a la desactivación del problema al mostrar de qué manera hay que usar oportunamente las distintas formas de argumentos.

Aquí aparecen como ventajosas dos características de la teoría del discurso. La primera de estas características consiste en que la teoría del discurso da cuenta también de la dimensión pragmática de la fundamentación; la segunda, en que en ella no se pretende proporcionar criterios tan fuertes como para que pueda determinarse con seguridad un resultado, simplemente sobre la base del conocimiento de la teoría del discurso⁹⁸. Lo que se indica son reglas y formas cuyo cumplimiento o utilización hace que aumente la probabilidad de que en una discusión se llegue a una conclusión correcta, es decir, racional. Pero tan sólo sobre la base de estas reglas y formas no puede decirse —fuera de los casos de necesidad discursiva— cuál deba ser el resultado. Para ello hay que proceder a una discusión real o imaginaria.

Para asegurar la vinculación de esta discusión con el Derecho vigente, hay que exigir que los argumentos que expresan una vinculación tengan *prima facie* un mayor peso. Si un proponente (P) apela, en favor de su propuesta de solución, al tenor literal o a la voluntad del legislador histórico, y el oponente (O) en cambio aduce un fin racional en favor de una propuesta de solución divergente, entonces los argumentos de P deben prevalecer, a no ser que O pueda aducir no sólo buenas razones en favor de sus afirmaciones, sino también buenas razones en favor de que sus argumentos son más fuertes que los de P. En la duda, tienen preferencia las razones de P. La siguiente regla de carga de la prueba en la argumentación rige por tanto como regla pragmática:

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 230 y ss.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 96. Sobre la disputa entre la teoría subjetiva y objetiva de la interpretación cfr. A. Mennicken, *Das Ziel der Gesetzesauslegung*, pp.30 y ss., 75 y ss.

⁹⁸ Sobre ello Cfr. *supra*, pp. 36 y ss., y 201 y ss.

(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.

Esta regla deja abierta la cuestión de cuándo existen motivos racionales para asignar un menor peso a los argumentos que expresan una vinculación. Esto queda librado a los participantes en el discurso jurídico. Sin embargo, ello no significa que esta decisión sea arbitraria. Sólo son motivos racionales los que pueden justificarse en una discusión jurídica racional. En una tal discusión sobre el uso de los argumentos jurídicos son admisibles todos los argumentos posibles en el discurso jurídico. Aquí ciertamente jugarán un papel decisivo los argumentos prácticos de tipo general pues, en todo caso, los argumentos jurídicos sobre los que se discute no pueden ser empleados en esta discusión. El problema de la jerarquía aparece por ello como un problema a resolver, ante todo, por medio de la argumentación práctica general.

El hecho de delegar la decisión en la razón de quienes argumentan no significa que la determinación de la relación entre los cánones esté siempre abierta y deba efectuarse de nuevo en cada caso. Las determinaciones de peso a efectuar por los participantes en el discurso en los distintos contextos de interpretación valen por ello, porque deben tener lugar a partir de razones, no sólo para el caso discutido, sino para todos los casos iguales en los aspectos relevantes⁹⁹. El principio de universalidad, en cuanto principio básico de la teoría del discurso, exige por ello el uso de las formas de argumentos tenga lugar según reglas que establezcan una relación entre los mismos que sea fundamentada racionalmente. Surge por ello la regla siguiente como variante del principio de universalidad:

(J.8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según reglas de ponderación.

Tales reglas sólo pueden desarrollarse con referencia a determinados contextos de interpretación y determinados sectores del Derecho. Además, puesto que los contextos de interpretación y los sectores del Derecho cambian, nunca llega a tenerse una certeza definitiva.

(J.8) es una regla del discurso práctico general acerca del uso de los cánones. Se puede especificar todavía de manera análoga otra regla general del discurso.

⁹⁹ Cfr. *supra*, pp. 79 y ss.

(2.2.a) y (2.2.b) aseguran, con la exigencia de libertad de discusión, la admisibilidad de todos los argumentos. En relación con la argumentación jurídica, esto significa que hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible formular. Rige por ello la regla:

(J.9) Hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de la interpretación¹⁰⁰.

Se puede decir, en resumen, que los cánones no ofrecen una garantía de que se «encuentre el único resultado correcto... con una seguridad relativamente grande»¹⁰¹, pero sin embargo son más que simples instrumentos de legitimación secundaria de una decisión, la cual se puede encontrar y fundamentar de distintas maneras. Son formas de las que tiene que servirse la argumentación jurídica si quiere cumplir con la pretensión de corrección que se plantea en ella y que, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, se refiere también de manera especial a la vinculación a la ley.

2.4. La argumentación dogmática

2.4.1. Sobre el concepto de dogmática jurídica

Para descubrir qué son los argumentos dogmáticos y qué papel juegan en el discurso jurídico, hay que saber qué se debe entender por «dogmática jurídica» o «dogmática del Derecho». Y esto es cualquier cosa menos algo claro. Ciertamente, hay un número creciente de publicaciones sobre este tema, pero no hay a la vista una teoría de la dogmática jurídica aceptada de manera general.

Si se sigue el uso de las palabras dominante entre los juristas, por «dogmática jurídica» o «dogmática del Derecho» hay que entender la ciencia del Derecho en sentido más estricto y propio¹⁰², tal como es elaborada realmente por ellos¹⁰³. Esta ciencia del Derecho en su sentido

¹⁰⁰ Para una exigencia paralela cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 335.

¹⁰¹ Cfr. M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 85.

¹⁰² Cfr. sobre ello G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 7.ª ed. Stuttgart, 1970, p. 209.

¹⁰³ En lugar de partir de la terminología actual y de los objetos para cuya designación se usan las expresiones «dogmática jurídica» y «dogmática del Derecho», se podría empezar con un análisis del concepto de dogmática, con una investigación sobre su historia y su utilización en otras disciplinas, particularmente en la teología. Este es el camino emprendido por una serie de autores (cfr. por ejemplo U. Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? Zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft*, Tübingen,

más estricto y propio es una mezcla de, al menos, tres actividades: (1) la descripción del Derecho vigente, (2) su análisis sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos. De ello resulta claramente que la dogmática jurídica es una «disciplina pluridimensional»¹⁰⁴.

En correlación con estas tres actividades pueden distinguirse tres dimensiones, una empírico-descriptiva, otra analítico-lógica y otra práctico-normativa¹⁰⁵. Dentro de cada una de estas dimensiones existen distintos modos de proceder. En el marco de la dimensión empírico-descriptiva se puede distinguir ante todo la descripción y prognosis de la praxis de los tribunales y la averiguación de la voluntad fáctica del legislador¹⁰⁶. La dimensión analítico-lógica incluye tanto el análisis de los conceptos jurídicos como también la investigación de las relaciones entre las distintas normas y principios. Finalmente, procede según una dimensión práctico-normativa, por ejemplo, quien propone y fundamenta una interpretación de una norma, una nueva norma o una nueva institución, o quien critica una decisión judicial sobre la base de sus

1973, pp. 7 y ss.; H. Albert, *Erkenntnis und Recht. Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus*, en: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 2 [1972], pp. 82 y ss.; E. J. Thui, *Die Denkform der Rechtsdogmatik*, en: «ARSP», 46 [1960], pp. 241 y ss. Cfr. también D. de Lazzer, *Rechtsdogmatik als Kompromissformular*, en: *Dogmatik und Methode. Festschrift f. J. Esser*, Kronberg, 1975, p. 87). Una tal combinación de consideraciones analítico-conceptuales, histórico-conceptuales y comparativas puede ciertamente proporcionar perspectivas importantes mientras no tenga lugar una decisión sobre lo que es dogmática jurídica antes de llegar a tener a la vista la cosa misma. Tales consideraciones sin embargo sólo tienen sentido si se elaboran con la suficiente profundidad. Ello no puede tener lugar aquí y se pospone hasta una observación que se efectuará en su momento.

¹⁰⁴ R. Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen, 1975, p. 15. Cfr. además U. Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, p. 41, quien habla de una «mezcla de muy distintas actividades», así como K. Adomeit, *Zivilrechtslehre und Zivilrechtsdogmatik - mit einem Beitrag zur Theorie der subjektiven Rechte*, en: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, vol. 2 (1972), p. 504, especialmente nota 8, quien intenta dar cuenta del «carácter mixto» de la dogmática jurídica en un «modelo de 8 operaciones».

¹⁰⁵ En algunos autores se encuentra, en lugar de una división tripartita, una división bipartita, por ejemplo, entre una dimensión teórico-descriptiva y una división práctico-normativa (cfr. R. Dreier, *Ibid.*, p. 15) o entre proposiciones que informan o que proponen algo. (cfr. K. Adomeit, *Ibid.*, p. 503 y ss.). Esto podría justificarse en el sentido de que el trabajo lógico-analítico es necesario ya para la descripción o ya para la elaboración de las propuestas de normativización. Por otro lado, hay que conceder que la dimensión lógico-analítica juega, justamente en el marco de la dogmática jurídica, un papel que, aunque va unido ciertamente con las otras dimensiones, es sin embargo claramente distinguible de aquéllas.

¹⁰⁶ Cfr. R. Dreier, *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft*, en: «Rechtstheorie» 2 (1971), pp. 41 y ss., quien distingue en este sentido la función de la ciencia jurídica de descripción del Derecho judicial y la función positivista legal.

defectos prácticos, y elabora una contrapropuesta. Entre estas tres dimensiones existen numerosas relaciones. Así, la descripción del Derecho vigente presupone un determinado instrumental conceptual, el análisis lógico del Derecho vigente no es posible sin su descripción, y para elaborar propuestas de normas y de decisiones, puesto que éstas tienen lugar en el marco del ordenamiento jurídico existente, es necesario el conocimiento de este ordenamiento jurídico.

El centro de gravedad de una actividad dogmático-jurídica puede distribuirse en forma distinta entre, y dentro de, estas dimensiones. Su distribución depende de los intereses prácticos del dogmático, de sus concepciones de teoría del Derecho y de las peculiaridades del campo de trabajo. Así, un dogmático que escribe un comentario para prácticos aborda ante todo la descripción de la práctica de los tribunales, mientras que quien emprende una vez más una investigación sobre el concepto de declaración de voluntad, es de suponer que ponga un especial énfasis en consideraciones analíticas. Para quien entiende que sólo es Derecho en sentido estricto la voluntad del legislador, los argumentos prácticos de tipo general juegan un papel completamente distinto que para quien concibe el Derecho ante todo como un ordenamiento racional de la vida en común de los hombres.

Al lado de este concepto muy amplio de dogmática jurídica, que comprende todo el campo de la ciencia del Derecho en su sentido más estricto y propio, hay una serie de conceptos más estrictos. Aquí interesan sobre todo los conceptos más estrictos que se pueden designar por medio de expresiones como «conceptual», «lógica» y «sistemática»¹⁰⁷. Si se buscan, por ejemplo, caracterizaciones más coloristas de estos conceptos más estrictos de dogmática, entonces se tropieza con expresiones como «la “matemática social” de la dogmática jurídica» o «el instrumental argumentativo considerado con absoluta lógica»¹⁰⁸.

La dogmática en cuanto matemática social fue practicada en su forma más pura por la Jurisprudencia de conceptos del XIX. Característico de ello son las siguientes observaciones de Windscheid: «Si la interpretación ha terminado su tarea, queda el desarrollo de los conceptos que se contienen en las proposiciones jurídicas que se obtienen a

¹⁰⁷ En particular se subraya la relación del concepto de dogmática con el de sistema. Así, Wieacker habla del «concepto de sistema que (es) el constituyente formal de la dogmática» (Fr. Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, p. 319, nota 22). Esser señala que la «dogmatización de una materia jurídica... (impulsa) a la construcción del sistema» (J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 97) y Raiser considera la sustitución de la expresión «dogmática jurídica» por la denominación «ciencia jurídica sistemática» (L. Raiser, *Wozu Rechtsdogmatik?*, en: «DRiZ» 1968, p. 98).

¹⁰⁸ Sp. Simitis, *Die Bedeutung von System und Dogmatik — dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs*, en: «AcP» 172 (1972), p. 132.

través suyo. La propia noción de proposición jurídica se representa también en conceptos, es decir, en agrupaciones de elementos de pensamiento; se trata de descomponer los conceptos en sus partes constituyentes, de mostrar los elementos de pensamiento contenidos en ellos. Se puede ir más o menos lejos en esta operación; los elementos descubiertos pueden a su vez presentarse como una combinación de otros elementos más simples, y así sucesivamente. La nueva ciencia del Derecho tiene la decidida tendencia de ir lo más allá posible en la descomposición de los conceptos. Y en esto consiste su mérito. Pues, de hecho, de la exhaustiva comprensión del contenido de los conceptos que se contienen en las proposiciones jurídicas depende no sólo la total comprensión del Derecho, sino también la seguridad en su aplicación... La decisión final es el resultado de un cálculo, cuyos factores son los conceptos jurídicos; el cálculo, naturalmente, producirá un resultado más seguro cuanto más determinado esté el valor de los factores. Al mismo tiempo, es obvio que sólo a partir de la completa comprensión de los conceptos jurídicos puede revelarse el verdadero sistema de los Derechos, la unión interna de sus proposiciones»¹⁰⁹.

La dogmática tiene entonces tres tareas: (1) el análisis lógico de los conceptos jurídicos, (2) la reconducción de este análisis a un sistema, y (3) la aplicación de los resultados de este análisis en la fundamentación de las decisiones jurídicas.

Un programa semejante de dogmática jurídica ha sido objeto, desde Jhering, de numerosas críticas¹¹⁰. La objeción más importante consiste en que únicamente con los medios del análisis lógico y de la deducción lógica no pueden alcanzarse nuevos contenidos normativos. El uso por la Jurisprudencia de conceptos de formas y de procedimientos aparentemente lógicos para fundamentar decisiones y normas que no pueden extraerse inmediatamente de la ley significa por ello encubrir las premisas normativas que son necesarias para una fundamentación que sea verdaderamente concluyente desde el punto de vista lógico. Esto es lo que tenía en mente Jhering cuando se volvió contra el «culto de la lógica que pretende transformar la Jurisprudencia en una matemática del Derecho»¹¹¹.

¹⁰⁹ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.ª ed., preparada por Th. Kipp; vol. 1, Frankfurt a. M., 1906, p. 110 y s.; de manera parecida P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2.ª ed., en: *Handbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 2, Freiburg/Leipzig, 1984, pp. 1-276, prólogo.

¹¹⁰ Cfr. por ejemplo la documentación en el artículo de W. Krawietz: *Begriffsjurisprudenz*, en: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 1, Basel, 1971, columnas 809 y ss.

¹¹¹ R.v. Jhering, *Der Geist des Römischen Rechts*, tercera parte, 3.ª ed., Leipzig, 1877, p. 311 y s. Cfr. además E. Ehrlich, *Die juristische Logik*, Tübingen, 1918, pp. 299 y ss.

Del hecho de que el análisis lógico del Derecho vigente *por sí mismo* no sea suficiente para fundamentar normas y decisiones, no se sigue sin embargo que la utilización de argumentos sistemático-conceptuales en la argumentación jurídica sea superflua o incluso nociva. Cabe pensar más bien que el uso de argumentos sistemático-conceptuales, *junto a* otros argumentos, en especial argumentos prácticos de tipo general, es necesario y racional. Una de las tareas más importantes, pero también más difíciles, de una teoría del discurso jurídico es la de señalar tanto los límites como la legitimidad de la argumentación sistemático-conceptual.

Para las consideraciones a efectuar aquí no es recomendable ni el uso del concepto amplio de dogmática jurídica antes indicado, ni el concepto estricto mencionado a continuación. Si se utilizara el concepto amplio que incluye actividades consistentes tanto en describir normas como en analizar y proponer normas, entonces todo argumento que tenga lugar en el discurso jurídico sería dogmático. Por otro lado, sería demasiado limitado concebir como dogmático sólo los resultados del análisis lógico de las normas jurídicas. En este caso, los argumentos dogmáticos podrían contribuir poco a la fundamentación de enunciados normativos.

Para encontrar dónde haya que situar, entre estos extremos, un concepto de dogmática jurídica adecuado para la definición del concepto de argumentos dogmáticos, es conveniente preguntarse qué condiciones tiene que cumplir tal concepto. Se pueden especificar cinco condiciones.

(1) Como los argumentos deben estar apoyados en la dogmática jurídica, es conveniente entender aquí por «dogmática jurídica» no un conjunto de actividades, sino de *enunciados*¹¹².

(2) Estos enunciados *están relacionados con las normas estableci-*

así como Ph. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, pp. 94 y ss.

¹¹² Para esta distinción cfr. por ejemplo W. Krawietz, *Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?* en: «ÖZöR» 23 (1972), p. 55; H. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, p. 176. Muchos autores parecen entender por «dogmática jurídica» tanto un sistema de enunciados como también una o diversas actividades específicas. Cfr. por ejemplo Fr. Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, por un lado, p. 319 y, por otro lado, p. 322. E. v. Savigny habla de «una dogmática» como de una clase de enunciados (E. v. Savigny, en: E. v. Savigny/U. Neumann/J. Rahlf, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München (1976), p. 121) y de «la dogmática», como de una actividad (*Ibid.*, p. 106, así como *Id.*, *Die Jurisprudenz im Schatten des Empirismus. Polemische Anmerkungen zu Hans Albert: Erkenntnis und Recht*, en: «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie» vol. 2 [1972], p. 98).

*das y con la jurisprudencia*¹¹³, pero no se identifican con la descripción de las normas establecidas o con los principios o *rationes decidendi* de las decisiones judiciales. En el primer caso, la dogmática no sería más que un registro de las codificaciones, y, en el segundo, se agotaría en las compilaciones de precedentes. Esto no excluye que los enunciados dogmáticos tengan que ver con los principios o *rationes decidendi*. Los tribunales pueden tomar enunciados de la dogmática y contribuir ellos mismos al desarrollo de la dogmática.

(3) Los enunciados de una dogmática forman *un todo coherente*. Cómo se forma este todo no es fácil de determinar. Se puede destacar tres puntos: (a) no pueden contradecirse, (b) en la formulación de los distintos enunciados aparecen los mismos conceptos jurídicos, y (c) en la medida en que aparecen los mismos conceptos jurídicos es posible fundamentar relaciones de inferencia que tienen lugar entre ellos¹¹⁴. Con esto, desde luego, sólo se han mencionado algunas relaciones formales particularmente elementales.

(4) Los enunciados de una dogmática se forman, fundamentan y comprueban en el marco de una *ciencia del Derecho que funciona institucionalmente*. Esta característica que se refiere a la pragmática de los enunciados muestra la diferencia más importante entre los enunciados dogmáticos y los enunciados prácticos de tipo general. El hecho de que la dogmática funcione institucionalmente significa una considerable ampliación de la discusión, en cuanto al tiempo y al objeto. Por lo que se refiere a la dimensión temporal, las conclusiones de las discusiones del pasado pueden ser retomadas, comprobadas mediante la experiencia y, en consecuencia, rechazadas o mantenidas. En la dimensión del objeto, los efectos de una solución son controlables a través de las soluciones de otras cuestiones. Además, la institucionalización significa que un elemento fundamental en los enunciados permanece más o menos como indiscutido por algún tiempo. Esto facilita la discusión de los enunciados problemáticos. Sobre las ventajas de la institucionalización se volverá todavía a propósito de la discusión sobre la función de la dogmática.

(5) Las dogmáticas del Derecho tienen *contenido normativo*. Sus

¹¹³ Sobre la renovación de la jurisprudencia en cuanto tarea de la dogmática jurídica cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pp. 201 y 216.

¹¹⁴ Un ejemplo de investigación sobre relaciones de inferencia entre enunciados dogmáticos se encuentra en E. v. Savigny, *Zur Rolle der deduktiv-axiomatischen Methode in der Rechtswissenschaft*, en: «Rechtstheorien», ed. de G. Jahr/W. Maihofer, Frankfurt a. M., 1971, pp. 316 y ss.

enunciados pueden aducirse como argumentos para la decisión de cuestiones que no podrían resolverse únicamente con argumentos empíricos.

De la síntesis de las exigencias contenidas en estas cinco condiciones resulta la siguiente definición: Una dogmática del Derecho es (1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y a la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo.

Esta definición deja abiertas una serie de cuestiones. La cuestión más importante que deja sin contestar es la de qué tipos de enunciados son los que hay que considerar como pertenecientes a una dogmática jurídica.

2.4.2. Los enunciados de la dogmática jurídica

Aquí sólo puede indicarse una clasificación *grosso modo*. Como resulta evidente, no existe aún un análisis detallado y llevado a cabo con métodos modernos, de los enunciados que aparecen en las distintas dogmáticas. La clasificación que se ofrece tiene por ello un carácter muy provisional. Sin embargo, resulta suficiente en el marco del planteamiento limitado que aquí se sigue sobre el papel de los argumentos dogmáticos en el discurso jurídico.

(1) Tradicionalmente, en el centro de la dogmática están las *definiciones de los* —como los llama Radbruch— «genuinos conceptos jurídicos»¹¹⁵. Ejemplos paradigmáticos de genuinos conceptos jurídicos son conceptos como los de contrato, acto administrativo y legítima defensa. El contenido de estos conceptos depende de las normas jurídicas que regulan la realización de los contratos, la eficacia de los actos administrativos y la legalidad de una acción de legítima defensa. Si no existieran tales normas, entonces estos conceptos no designarían nada¹¹⁶. Estos conceptos, por ello, se refieren, para emplear una expresión de Searle¹¹⁷, no a hechos naturales (*brute facts*), sino a hechos institucionales (*institutional facts*), a hechos que, como por ejemplo

¹¹⁵ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, p. 219.

¹¹⁶ Sobre la cuestión de si ello supone que estos conceptos son en principio eliminables del lenguaje de la Jurisprudencia, cfr. H. H. Keuth, *Zur Logik der Normen*, pp. 41 y ss.

¹¹⁷ J. Searle, *Speech Acts*, pp. 50 y ss.; *Id.*, *How to derive «ought» from «is»*, en: *Theories of Ethics*, ed. de Ph. Foot, Oxford, 1967, p. 111 y s.

una victoria en el ajedrez, sólo existen si existen las correspondientes reglas¹¹⁸. Esta relación de los genuinos conceptos jurídicos con normas jurídicas permite al mismo tiempo aclarar que la propuesta de cambio de uno de estos conceptos implica una propuesta de cambio de las normas a que se refieren, y que quien designa un determinado supuesto de hecho con uno de estos conceptos, subsume por ello, este supuesto de hecho bajo las normas que constituyen este concepto. Las definiciones de genuinos conceptos jurídicos tienen, en este sentido, contenido normativo.

(2) Mientras que las definiciones de los genuinos conceptos jurídicos pertenecen sin duda a los enunciados de la dogmática jurídica, no resulta esto ya tan seguro en relación con las *definiciones de los otros conceptos* que aparecen en las normas jurídicas. Se trata de conceptos como «cumplimiento de una operación» (§ 831 ap. 1 parr. 1 del BGB), «alevosos» (§ 211 del StGB) y «área edificada coherentemente», (§ 34 de la BBauG)¹¹⁹. Podría pensarse que las definiciones de tales conceptos deben incluirse en la interpretación y no en la dogmática dirigida al tratamiento sistemático-conceptual del Derecho vigente. Sin embargo, semejante separación entre interpretación y dogmática no se corresponde con lo que hoy se entiende por dogmática. Definiciones de conceptos como los mencionados juegan en ella, revestidos con frecuencia del eufemístico predicado de «teoría», un papel relevante. Puede mencionarse, sólo como ejemplo, las cuatro teorías tradicionales sobre el concepto de hurto (§ 242 ap. 1 del StGB), las teorías de la *contrectatio*, *apprehensio*, *ablatio* e *illatio*¹²⁰. Por otro lado, no es deseable afirmar que toda regla de uso de las palabras, propuesta o empleada en la interpretación de una norma, es un enunciado de la dogmática. Si se deseara afirmar esto, habría que considerar como enunciados dogmáticos las formulaciones de las innumerables reglas de uso de las palabras utilizadas o presupuestas en la fundamentación de las decisiones judiciales. Esto muestra un problema que aparece aún en forma más grave

¹¹⁸ Cfr. sobre ello K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, p. 110; quien designa «como conceptos jurídicos normativos» conceptos «que en oposición a los conceptos descriptivos apuntan a realidades que no son simplemente perceptibles o experimentables, sino que sólo resultan imaginables y comprensibles en conexión con el mundo de las normas». Engisch distingue de éstos, los conceptos que tienen que ser llenados con valores como «deshonestos» y «obsceno», que él designa en cualquier caso como «conceptos normativos» (*Ibid.*, pp. 111, 123). Aquí sólo se considerarán verdaderos conceptos jurídicos a los primeros y, de entre éstos, a su vez, sólo a los que se refieren a hechos institucionales constituidos mediante normas jurídicas.

¹¹⁹ Con ello resulta claro que con la expresión de «otros conceptos» se agrupa aquí muy distintos tipos de conceptos.

¹²⁰ Cfr. H. Weizel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlin, 1969, p. 349.

en la discusión de otros enunciados de la dogmática, esto es, el de que las características semánticas de un enunciado no permiten, en numerosos casos, conocer todavía si es o no un enunciado de la dogmática. En esta situación, es importante el criterio pragmático de significado antes mencionado, según el cual un enunciado es un enunciado de la dogmática si es establecido, aceptado o, al menos, discutido en el marco de una ciencia jurídica que funcione institucionalmente. Las cuatro definiciones del concepto de hurto son, según ello, sin duda enunciados de la dogmática, mientras que no lo es una regla utilizada por vez primera por un tribunal, por ejemplo para la interpretación de una nueva norma. Esto, desde luego, no significa que un enunciado pierde su carácter de enunciado dogmático si es usado por un tribunal en una fundamentación. En ese caso, el tribunal usa un enunciado dogmático. Precisamente, para poder analizar tales casos de utilización es necesaria una concepción lo más precisa posible del concepto de enunciado dogmático.

(3) El límite entre enunciados dogmáticos y no dogmáticos resulta todavía más problemático con los enunciados que expresan una *norma no extraída de la ley*. No puede dudarse de que tales normas no extraídas de la ley deben también discutirse en cuanto enunciados de la dogmática. Baste con mencionar la propuesta de Staub de la institución del incumplimiento positivo del contrato¹²¹. El criterio de demarcación es aquí de nuevo sobre todo de tipo pragmático. Depende de si el enunciado en cuestión es aceptado o al menos discutido en el marco de la ciencia jurídica. Rottleuthner apunta en la dirección correcta con su observación crítica: «Enunciados dogmáticos son los que la mayoría de los juristas consideran correctos»¹²². Solamente que él va demasiado lejos en la medida en que equipara el concepto de dogmática con el de opinión dominante¹²³. Para que un enunciado pueda considerarse dogmático no es necesario que la mayoría de los juristas lo consideren correcto, sino tan sólo que lo consideren dogmático.

La verificación empírica de la opinión de los juristas es ciertamente sólo un medio para descubrir si un enunciado es un enunciado dogmático. En favor de ello puede señalarse que se pueden proponer criterios que quepa suponer son presupuestos como fundamento por los científicos

¹²¹ H. Staub, *Die positiven Vertragsverletzungen*, 2.ª ed., Berlin, 1913.

¹²² H. Rottleuthner, *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, p. 178.

¹²³ Cfr. sobre ello R. Schnur, *Der Begriff der aherrschenden Meinung in der Rechtsdogmatik*, en: *Festschr. f. E. Forsthoff*, ed. de K. Doehring, München, 1967, pp. 43 y ss.; J. Esser, *Herrschende Lehre und ständige Rechtsprechung*, en: *Dogma und Kritik in den Wissenschaften*, Mainzer Universitätsgespräche, Sommersemester, 1961, pp. 26 y ss.

cos del Derecho. Parece existir un importante criterio negativo (ciertamente no sin excepciones válidas), según el cual el enunciado en cuestión no puede contradecir a las normas vigentes; mientras que uno de los más importantes criterios positivos es que puedan aducirse, en favor de este enunciado, argumentos que puedan apoyarse en otras normas o en enunciados ya reconocidos como dogmáticos. Un criterio positivo adicional podría consistir en que el enunciado de referencia sea formulable en el lenguaje técnico-jurídico. Los criterios de este tipo, cuya investigación en detalle sería muy deseable —aunque aquí no sea posible emprenderla— son, desde luego, relativamente borrosos. Así, el criterio negativo mencionado vale no sin excepciones. Por ello, en un amplio campo, el que un enunciado sea aceptado o no como dogmático sigue dependiendo de las convicciones existentes de hecho entre los científicos del Derecho¹²⁴. Esto vale también para las dos últimas clases de enunciados de la dogmática que se van a mencionar¹²⁵.

(4) Otra categoría de enunciados dogmáticos la forman las *descripciones y caracterizaciones de estados de cosas* a cuya producción, eliminación o conservación deben servir normas individuales o grupos de normas, así como la determinación de relaciones de prioridad entre tales estados de cosas.

(5) Una última clase la forman las *formulaciones de principios*. Los principios son enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que, por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas normativas adicionales y, las más de las veces, experimentan limitaciones a través de otros principios¹²⁶. En lugar de como enunciados normativos, los principios pueden ser introducidos en la discusión como descripciones de estados de cosas en los que aquellos tienen vigencia¹²⁷.

Una clasificación de los enunciados de la dogmática no es aún una teoría de la dogmática. Por otro lado, una tal teoría, si no quiere perder el carácter de la dogmática en cuanto actividad lingüística, presupone un análisis del lenguaje de la dogmática. Una clasificación como

¹²⁴ Cfr. la tesis de Dreier relacionada con ello «de que los límites de la legitimidad de la argumentación dogmática se definen menos mediante una metodología consistente que (en mayor medida) mediante el substrato social que sustenta a la dogmática, es decir, a través del horizonte de lo que espera y tolera un estamento de juristas profesionales que ha recibido una determinada formación» (R. Dreier, *Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation*, en: R. Dreier/Fr. Schwegmann, *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Baden-Baden, 1976, p. 21.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 35.

¹²⁶ Sobre el concepto de principio cfr. *supra*, p. 234.

¹²⁷ Cfr. sobre ello *supra*, pp. 233 y s.

la que se acaba de efectuar constituye un primer paso hacia un análisis semejante.

Otros elementos de una teoría de la dogmática lo son el análisis del uso de los enunciados dogmáticos en las fundamentaciones, la investigación de la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos, así como una teoría de la función de la dogmática. Dentro de una teoría adecuada de la dogmática jurídica pueden distinguirse, por consiguiente, cuatro partes: una teoría (1) del lenguaje de la dogmática, (2) del uso de los enunciados de la dogmática, (3) de la fundamentación de los enunciados de la dogmática y (4) de la fundamentación de la dogmática.

2.4.3. El uso de los enunciados dogmáticos

Hay casos de uso de enunciados dogmáticos en los que el enunciado a fundamentar se sigue de estos enunciados dogmáticos, juntamente con sólo enunciados empíricos o con la adición de formulaciones de normas jurídico-positivas; pero hay también casos en que son necesarias premisas normativas adicionales. En el primer caso se puede hablar de una *fundamentación dogmática pura*, en el segundo, de una *fundamentación dogmática impura*. En los casos de fundamentaciones dogmáticas impuras son necesarios, además de argumentos dogmáticos, argumentos prácticos de tipo general.

Los argumentos dogmáticos pueden utilizarse también sin que ellos mismos sean además fundamentados; sin embargo, es también posible utilizarlos en una fundamentación y, al mismo tiempo, aducir en su favor otros argumentos. El primer caso puede denominarse *un uso no justificatorio*, y el segundo, un *uso justificatorio* de los enunciados dogmáticos.

El uso no justificatorio tiene lugar, sobre todo, cuando un enunciado dogmático no es en general puesto en duda y, por tanto, constituye una opinión dominante. Ello no es necesariamente señal de una actitud acrítica. Hay, como todavía se mostrará, motivos racionales para considerar que, hasta un cierto punto, el uso no justificatorio es obligatorio. Ello es incluso necesario en trabajos dogmáticos críticos. Ningún dogmático puede fundamentar todos los enunciados dogmáticos en los que se apoya para la discusión de su problema. Esto no tendría fin. Un corolario del enunciado general es que nadie puede fundamentar todo simultáneamente.

2.4.4. La fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos

Los enunciados dogmáticos no pueden derivarse lógicamente, ni sólo de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, ni sólo de enunciados empíricos. Si fuera posible lo primero, no tendrían ningún contenido normativo que excediera del de las normas vigentes; a partir de ellos no se podría fundamentar nada que no se pudiera fundamentar también a partir de las normas vigentes. Si pudieran derivarse únicamente de enunciados empíricos, entonces no tendrían en absoluto contenido normativo. Esto no significa que en la fundamentación de enunciados dogmáticos no jueguen ningún papel las normas vigentes y los hechos; al contrario. Pero prueba que ni las unas ni los otros son, por sí solos, suficientes.

Para la fundamentación de enunciados dogmáticos es posible utilizar de nuevo enunciados dogmáticos. Sin embargo, estos enunciados dogmáticos tendrían también que ser fundamentados, y así sucesivamente. En algún momento, los enunciados dogmáticos se terminan y se hacen necesarios otros argumentos. Como los enunciados dogmáticos tienen contenido normativo, estos otros argumentos sólo pueden ser argumentos prácticos de tipo general.

Se debe distinguir entre la fundamentación y la comprobación de enunciados dogmáticos¹²⁸. Una fundamentación tiene lugar cuando un enunciado se deriva de otros enunciados; y una comprobación, cuando se cuestiona si se pueden aceptar enunciados que se derivan de un enunciado, bien sea aisladamente, o bien conjuntamente con otros enunciados. La comprobación de enunciados dogmáticos, como su fundamentación, lleva a enunciados prácticos de tipo general, pues los enunciados que se emplean para la refutación de enunciados dogmáticos no pueden, como los enunciados utilizados en el supuesto de fundamentación, seguir siendo siempre enunciados dogmáticos. Por ello, los enunciados prácticos de tipo general constituyen la base tanto de la fundamentación como de la comprobación de enunciados dogmáticos.

Todo enunciado con contenido normativo es un candidato para una fundamentación o una comprobación mediante enunciados prácticos de tipo general. Lo específico de los enunciados dogmáticos consiste en que pueden ser comprobados *sistemáticamente*. Se puede distinguir dos formas de comprobación sistemática. La primera se refiere a las relaciones lógicas entre el enunciado a comprobar y el resto de los

¹²⁸ Sobre la comprobación de enunciados dogmáticos cfr. E. V. Savigny, *Überens-timmende Merkmale in der Struktur strafrechtsdogmatischer und empirischer Argumentation*, en: E. v. Savigny/U. Neumann/J. Rahlf, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München, 1976, pp. 120 y ss. Sobre la distinción entre fundamentación y comprobación así como sobre la relación de ambas en el discurso práctico cfr. *supra*, pp. 195 y s.

enunciados dogmáticos, así como a las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes (*comprobación sistemática en sentido estricto*); la segunda se refiere a la relación (a valorar según puntos de vista prácticos de tipo general) de los enunciados normativos a fundamentar con ayuda de los enunciados dogmáticos a comprobar, con los enunciados normativos singulares que deben justificarse con ayuda del resto de los enunciados dogmáticos o de las formulaciones de las normas jurídicas (*comprobación sistemática en sentido amplio*).

El criterio más importante de la comprobación sistemática en sentido estricto consiste en ver si el enunciado en cuestión se ajusta sin contradicciones a la serie de los enunciados dogmáticos ya aceptados, así como a las normas jurídicas vigentes¹²⁹. Naturalmente, es posible que, por ejemplo si el enunciado a comprobar contradice a otros enunciados dogmáticos, entonces no sea aquel, sino estos otros enunciados los que resulten abandonados.

En la comprobación sistemática en sentido amplio se trata de ver si, con ayuda de los enunciados dogmáticos en cuestión, pueden justificarse juicios a fundamentar o enunciados normativos singulares en relación con enunciados normativos singulares a fundamentar con ayuda de todos los otros enunciados dogmáticos y formulaciones de normas jurídicas, de acuerdo con las reglas del discurso práctico general. Una tal comprobación puede adoptar aproximadamente la siguiente forma: Se trata de elegir entre los enunciados dogmáticos S_1 y S_2 . Con ayuda de S_1 , junto con una serie de premisas adicionales de cualquier tipo ya aceptadas y que no tienen que ser eliminadas, se puede fundamentar el enunciado normativo N_1 y, con ayuda de S_2 , respectivamente, N_2 . Considerados en sí mismos, tanto N_1 como también N_2 son posibles discursivamente¹³⁰. Los participantes en la discusión se inclinan en favor de N_1 . Pero ahora puede mostrarse que un enunciado dogmático ya aceptado, S_1 , lleva a N_2 , y N_1 ciertamente es compatible con N_2 , pero no con N_1 . «No compatible» debe significar aquí que, según la opinión de quienes discuten, no se podría justificar, como decisión a adoptar a partir de razones prácticas de tipo general, en un caso N_1 y en otro caso N_2 . En esta situación, los participantes en el discurso, si quieren mantener S_1 , deben abandonar N_1 y, con ello, el enunciado dogmático S_1 , aunque considerados en sí mismos, el acuerdo lo lograría S_1 , más bien que N_2 . Esto permite aclarar de qué manera se aumentaría, por

¹²⁹ Un enunciado dogmático (S) encaja sin contradicción en la clase de los enunciados dogmáticos ya aceptados y de las normas jurídicas válidas (K), si ni S ni un enunciado deducible de S junto con enunciados ya aceptados y las formulaciones de las normas jurídicas válidas está en contradicción con un enunciado de K.

¹³⁰ Sobre este concepto cfr. *supra*, p. 202.

medio de las dogmáticas, la base de las decisiones prácticas de tipo general. La solución de un caso puede ser comparada con las soluciones de muchos otros casos.

Las dogmáticas hacen por ello posible de dos maneras algo así como un «control de consistencia». En la comprobación sistemática en sentido estricto se puede plantear la cuestión de si los enunciados dogmáticos y las formulaciones de normas jurídicas son entre sí lógicamente compatibles; en la comprobación sistemática en sentido amplio, si las decisiones a fundamentar con ayuda de los enunciados dogmáticos y las normas jurídicas, son compatibles entre sí según puntos de vista prácticos de tipo general¹³¹.

El hecho de que un enunciado dogmático supere la comprobación sistemática en sentido estricto es una condición sólo necesaria, pero no suficiente, para su aceptabilidad. Para ello es necesario que (lo que hay que mostrar en la comprobación sistemática en sentido amplio) los juicios a fundamentar con su ayuda puedan ser justificados prácticamente de forma general en relación con los juicios a fundamentar con ayuda del resto de los enunciados dogmáticos y de las formulaciones de normas jurídicas. La argumentación dogmática no puede por ello reducirse a la argumentación práctica general, pero la argumentación práctica general constituye la última piedra de toque y, con ello, la base de la argumentación dogmática.

Precisamente, este punto es subrayado hoy por una serie de autores. Así, Esser indica que la argumentación dogmática es una «abreviación de la argumentación, a partir del contenido de justicia aceptado consensualmente, de una propuesta de solución de conflicto»¹³². «Una dogmática sólo puede funcionar en virtud de la "racionalidad" del contenido original de los dogmas»¹³³. «No puede seguir siendo un tabú el que toda decisión dogmática se base en aquellos juicios predogmáticos que, en último término, la justifican»¹³⁴. Wieacker subraya que los argumentos de la dogmática están «justificados, al menos en las socieda-

¹³¹ Estos dos tipos de control de consistencia son los que parece haber contemplado Esser cuando escribe: «Mediante la obligación de ajustar los intentos de solución a un determinado mundo de ideas se efectúa un test de racionalidad que, si se lo toma en serio, muestra los efectos de una solución sobre el confin más distante del sistema afectado, y obliga o a construir alternativas o a discutir todas las consecuencias que ahora aparecen en el sistema» (J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, «AcP», 172, (1972), p. 104; cfr. además *Id.*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, pp. 92 y 99).

¹³² J. Esser, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, en: *Funktionswandel der Privatrechtseinrichtungen*. Festschrift für L. Raiser, Tübingen, 1974, p. 536.

¹³³ *Id.*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 93.

¹³⁴ *Id.*, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, p. 108.

des modernas... por medio de la fuerza de convicción de los razonamientos y de los resultados ofrecidos»¹³⁵. Según Simitis, para los resultados de las construcciones dogmáticas es necesario «el riesgo de la fundamentación argumentativa»¹³⁶.

La dependencia de la dogmática con respecto a la argumentación práctica general significa que los enunciados de la dogmática no son de ningún modo irrefutables. No son dogmas en el sentido convencional¹³⁷. Siguiendo precisamente a Popper, Esser los designa como hipótesis¹³⁸ y «fórmulas tentativas»¹³⁹. Bachof habla de «provisionalidad del contenido de verdad de los dogmas jurídicos»¹⁴⁰; Meyer-Cording de «propuestas de solución pragmáticas»¹⁴¹. Incluso después de la aceptación de una tal propuestas «puede reiniciarse el diálogo de la dogmática»¹⁴².

Lo dicho sobre la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos se puede sintetizar en las siguientes reglas:

(J.10) Todo enunciado dogmático, si es puesto en duda, debe ser fundamentado mediante el empleo, al menos, de un argumento práctico de tipo general.

(J.11) Todo enunciado dogmático debe poder pasar una comprobación sistemática, tanto en sentido estricto como en sentido amplio.

¹³⁵ Fr. Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, p. 321.

¹³⁶ Sp. Simitis, *Die Bedeutung von System und Dogmatik*, p. 144 y s.

¹³⁷ Cfr. sobre ello, ante todo, U. Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, p. 7 y ss. Meyer-Cording pide por esta razón el abandono de la expresión «dogmática» (*ibid.*, pp. 21 y 32). También Larenz y Raiser muestran reservas contra el uso de esta expresión. Raiser sugiere en su lugar la expresión «ciencia jurídica sistemática» (L. Raiser, *Wozu Rechtsdogmatik?*, «DRiZ», 1968, p. 98). A falta de una expresión mejor, parece razonable, con Larenz, atenerse al uso establecido (K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 210). Sobre el origen e historia de la expresión «dogmática» así como de los conceptos emparentados con él de «dogma» y «dogmatismo», cfr. además de Meyer-Cording, D. de Lazzer, *Rechtsdogmatik als Kompromissformular*, p. 87, así como M. Elze, voz «dogma» en: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 2, ed. de J. Ritter, Basel, 1972, col. 275 y s., y W. Nieke, voz «dogmatismo», *ibid.*, col. 278 y s.

¹³⁸ J. Esser, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, p. 521, nota 8.

¹³⁹ *Id.*, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht*, p. 101.

¹⁴⁰ O. Bachof, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, en: «VVDStRL», 30 (1972), p. 198.

¹⁴¹ U. Meyer-Cording, *ibid.*, p. 40.

¹⁴² J. Esser, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, p. 535.

2.4.5. Las funciones de la dogmática

Si los enunciados dogmáticos, dado (y en tanto) que no se siguen lógicamente de las formulaciones de las normas vigentes juntamente con enunciados empíricos, pueden ser justificados en última instancia sólo a través de argumentos prácticos de tipo general, entonces hay que preguntar si (y con qué extensión) la argumentación dogmática tiene sentido o es necesaria al lado de la argumentación práctica general. ¿Existe alguna razón en favor de la opinión de que en las fundamentaciones jurídicas, aparte de las normas jurídicas, los enunciados empíricos y algunas formas de argumentos que sirven para la aplicación de estas normas, sólo son importantes argumentos prácticos de tipo general? Para contestar a esta pregunta hay que examinar, de manera algo más sistemática, las funciones ya ocasionalmente mencionadas de la dogmática jurídica. Se pueden distinguir al menos seis funciones a valorar positivamente: (1) de estabilización, (2) de progreso, (3) de descarga, (4) técnica, (5) de control y (6) heurística.

(1) La función de estabilización se cumple en cuanto que, con ayuda de enunciados dogmáticos¹⁴³, se fijan, y se hacen por tanto reproducibles, determinadas soluciones a cuestiones prácticas¹⁴⁴. Esto es posible porque la dogmática opera institucionalmente. De esta forma, pueden fijarse, durante largos periodos de tiempo, determinadas formas de decisión. Esto último es de considerable importancia, teniendo en cuenta el amplio campo de las posibilidades discursivas. Si tuviera que discutirse de nuevo cada vez, surgiría la posibilidad de que cada vez —sin que se violaran las reglas del discurso jurídico y del discurso práctico general— se alcanzaran resultados distintos. Esto contradice el principio de universalidad y, por ello, un aspecto elemental del principio de justicia¹⁴⁵. La dogmatización del Derecho, o algo de igual

¹⁴³ Aquí no se puede afirmar que la estabilidad sólo puede alcanzarse por medio de las dogmáticas, es decir, mediante sistemas de enunciados dogmáticos. Por lo que se refiere a esta función, la casuística parece ser igualmente efectiva. Lo único importante aquí es que también las dogmáticas pueden servir para dar estabilidad. Sobre la relación entre casuística y dogmática cfr. N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 18.

¹⁴⁴ Cfr. J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrechts*, p. 103.

¹⁴⁵ Sobre la conexión de la función de estabilización con el principio de igualdad de trato cfr. N. Luhmann, *ibid.*, p. 37. Si se habla de que en dos o más discursos se siguen en cada caso las reglas del discurso, y por tanto también el principio de universalidad (1.3), y sin embargo, por lo que se refiere a la totalidad del discurso, de que puede existir una violación del principio de universalidad, entonces esto ocurre en la medida en que los discursos se contemplan desde distintos puntos de vista. En el primer caso, los individuos que participan en el discurso están desconectados en el sentido de que, dada su no

valor desde el punto de vista de la función de estabilización, es una exigencia que deriva de principios prácticos generales.

Ahora bien, esto no significa que cada enunciado dogmático que haya sido una vez aceptado deba ser mantenido estrictamente por tiempo ilimitado. Pero excluye que pueda ser abandonado sin más. No es suficiente con que haya buenas razones tanto en favor de la nueva solución como de la tradicional. Las razones en favor de la nueva solución deben ser tan buenas como para justificar no sólo la nueva solución, sino también el romper con la tradición. Tiene vigencia, por tanto, el principio de inercia de Perelman¹⁴⁶. Quien propone una nueva solución, soporta la carga de la argumentación¹⁴⁷.

Esto muestra que el efecto de estabilización de las dogmáticas no puede ser sobrevalorado. Está limitado, y no sólo por el hecho de que los enunciados dogmáticos, una vez aceptados, pueden ser rechazados o modificados. En numerosas fundamentaciones son necesarios, además de los dogmáticos, enunciados prácticos de tipo general (fundamentación dogmática impura). Puesto que frecuentemente son posibles discursivamente distintos enunciados prácticos de tipo general, muchas veces pueden fundamentarse, con ayuda de los mismos enunciados dogmáticos, resultados muy distintos. A todo esto alude Luhmann cuando establece que «la función de la dogmática... no [reside] en el encadenamiento del espíritu, sino precisamente, por el contrario, en el aumento de la libertad en el trato con experiencias y textos»¹⁴⁸. Esto tiene que ver, ciertamente, con algo que es correcto. Sin embargo, sería equivocado, a causa de la libertad que indudablemente también se da en la argumentación dogmática, infravalorar el efecto de estabilización que surge del principio de inercia a partir de los enunciados dogmáticos aceptados.

(2) La *función de progreso* guarda una estrecha conexión con la de estabilización. La institucionalización de la dogmática, es decir, la am-

identidad personal, los resultados del anterior discurso, por lo que se refiere a (1.3), no tienen para ellos ningún significado. En el segundo caso tiene lugar una pérdida de individualidad de los participantes en el discurso, en la medida en que se les atribuye las decisiones de los anteriores participantes en el discurso. Esto está justificado en todos los casos de discurso representativo en los que no existe ninguna identidad entre participantes y afectados. Para los afectados pero no participantes no puede ser de importancia un simple cambio de los participantes. En relación con los representantes, (1.3) establece por tanto exigencias más fuertes que en relación con los que son al mismo tiempo participantes y afectados.

¹⁴⁶ Cfr. sobre ello *supra*, pp. 170 y s.

¹⁴⁷ Cfr. W. Brohm, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, en: «VVDStRL», 30 (1972), p. 248.

¹⁴⁸ N. Luhmann, *ibid.*, p. 16.

pliación de la discusión jurídica en la dimensión temporal, objetual y personal, hace posible ofrecer comprobaciones y diferenciar los enunciados dogmáticos en una medida considerablemente mayor de lo que sería posible en discusiones que se desarrollan en forma puntual. Con ello se hace posible algo así como un progreso de la dogmática. El progreso en la dogmática es ciertamente un asunto considerablemente más complicado que el progreso en las ciencias empíricas¹⁴⁹. No depende únicamente de la actividad del científico del Derecho, sino además, en una medida considerable, de la actividad del legislador y de los cambios de las ideas valorativas dentro de la sociedad. Esto, sin embargo, no hace que cambie nada con respecto a que también en la dogmática jurídica sean posibles progresos¹⁵⁰. La posibilidad de tales progresos es un fuerte argumento en favor del carácter científico de la dogmática jurídica.

(3) La posibilidad de poder adoptar en las fundamentaciones dogmáticas enunciados ya comprobados y aceptados al menos de manera provisional supone una descarga en la medida en que, sin una razón especial, no es necesaria una nueva comprobación. Se puede renunciar a discutir de nuevo en cada caso cada cuestión de valoración. Esta *función de descarga*¹⁵¹ no es sólo indispensable para el trabajo de los tribunales, que tiene lugar bajo la presión del tiempo; también es importante para la discusión científico-jurídica. También aquí —como en todos los lados— es imposible volver a discutirlo todo.

El valor de la función de descarga depende ciertamente del grado de optimización de una serie de variables como, por un lado, la sencillez, la precisión, la riqueza y la confirmación de los enunciados de una dogmática y, por otro lado, de la extensión de un consenso suficiente sobre estos enunciados. De acuerdo con la experiencia tenida hasta ahora, el problema central de la dogmática jurídica consiste en que estos valores no pueden acrecentarse conjuntamente a voluntad. Si fuera así, serían posibles sistemas de enunciados dogmáticos de los cuales

¹⁴⁹ Cfr. sobre ello Th. S. Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Frankfurt a. M., 1973, así como las contribuciones en: I. Lakatos/A. Musgrave (ed. de), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, 1970.

¹⁵⁰ Sobre el progreso en la ciencia jurídica cfr. H. Döle, *Juristische Entdeckungen*, en: *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*, Düsseldorf, 1975, vol. 2, Tübingen, 1959, pp. B 1-B 22, así como las contribuciones en: *Fortschritte des Verwaltungsrechts*, Festschr. f. H. J. Wolff, ed. de Chr.-Fr. Menger, München, 1973.

¹⁵¹ Cfr. sobre ello J. Esser, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, pp. 522 y 524; O. Bachof, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, p. 198; N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 22; D. du Larraz, *Rechtsdogmatik als Kompromissformular*, p. 103.

podrían deducirse lógicamente, para todos los casos posibles en un campo del Derecho, soluciones valorativamente convincentes.

Puesto que esto no es posible, el valor de la función de descarga es limitado. Con frecuencia, ante una decisión de un caso singular es necesaria una elección entre enunciados dogmáticos alternativos que hay que fundamentar de nuevo. Además, es a menudo necesario rechazar un enunciado dogmático hasta entonces aceptado, y es frecuente el caso en que, para la fundamentación de una decisión, son necesarios, además de enunciados dogmáticos, enunciados prácticos de tipo general.

Por ello, hay que admitir ciertamente que la dogmática no sólo puede tener un efecto de descarga, sino también de carga¹⁵². Esto lo pone de relieve Luhmann: «Así, con la elaboración conceptual del Derecho, aumentan —y no disminuyen!— también las dificultades de la decisión; dicho más exactamente: aumentan las posibilidades de hacer más difícil la decisión»¹⁵³. Sin embargo, éste es sólo un aspecto. Por otro lado, difícilmente puede dudarse de que hay enunciados dogmáticos, como por ejemplo definiciones de conceptos jurídicamente relevantes, suficientemente precisos y generalmente reconocidos, que facilitan la decisión hasta el punto de que ésta, una vez establecidos los hechos, no parece ya problemática. La función de descarga en tales casos ordinarios consiste precisamente en que las cuestiones dogmáticas no son ningún problema¹⁵⁴.

El efecto de descarga en los casos ordinarios debe pagarse, por cierto, con dificultades en casos límites, las cuales no se presentarían si se prescindiera de las dogmáticas. La pregunta de si este precio compensa debe ser considerada no sólo en relación con las ventajas de la descarga en los casos ordinarios, sino también en relación con otros resultados producidos por la dogmática. Por ello, el hecho de que las dogmáticas planteen cuestiones que no existirían sin ella no puede, de ninguna manera, contemplarse, como todavía se verá, sólo como un inconveniente.

(4) Además, la *función técnica* es de considerable importancia. «Para contemplar la totalidad o, al menos, el campo más amplio posible... del sentido de las normas jurídicas concretas, es necesario consi-

¹⁵² Cfr. sobre ello K. Zweigert, *Rechtsvergleichung, System und Dogmatik*, en: *Festschrift für E. Bötticher*, Berlin, 1969, p. 445 y s., así como G. Struck, *Dogmatische Diskussionen über Dogmatik*, «JZ», 1975, p. 86.

¹⁵³ N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 23.

¹⁵⁴ En este sentido, no es posible estar de acuerdo con Struck, quien explícitamente es de la opinión de que los enunciados dogmáticos no juegan ningún papel en los casos rutinarios (cfr., *ibid.*, p. 86).

truir conceptos básicos generales, formas de enunciados, instituciones jurídicas, etc., porque sólo una presentación simplificada y sistemáticamente unificada de esta manera de las normas jurídicas ofrece una rápida panorámica en conformidad con las relaciones de dependencia existentes entre ellas»¹⁵⁵. De esta manera, la dogmática desarrolla una función de información¹⁵⁶, promueve la enseñanza y el aprendizaje de la materia jurídica¹⁵⁷ y, con ello, su capacidad de transmisión¹⁵⁸. Podlech señala, en relación con ello, la regulación jurídica de las consecuencias de las guerras; por ejemplo, el derecho de compensación de cargas, el derecho de reparación y la Ley 131, para la que apenas se desarrollaron dogmáticas jurídicas y que, por ello, «sólo es conocida a fondo por prácticos especializados en la casuística»¹⁵⁹.

Puede ponerse en duda, desde luego, la función didáctica de la dogmática. Así, Struck tiene derecho a pensar que aún está por aducirse la prueba del valor didáctico de las dogmáticas, y que esto ciertamente sólo puede hacerse por medio de las modernas ciencias de la didáctica¹⁶⁰. Sin embargo, hay que admitir que la penetración analítico-conceptual de un objeto es, al menos, un medio para dominarlo.

(5) La ya mencionada *función de control* es muy importante¹⁶¹. Como ya se expuso¹⁶², puede distinguirse dos tipos de control de consistencia. En la comprobación sistemática en sentido estricto se puede comprobar la compatibilidad lógica de los enunciados dogmáticos entre sí, y en la comprobación sistemática en sentido amplio, la compatibilidad práctico-general de las decisiones a fundamentar con ayuda de los distintos enunciados dogmáticos. Las dogmáticas permiten deci-

¹⁵⁵ W. Krawietz, *Funktion und Grenze einer dogmatischen Rechtswissenschaft*, en: «Rechts und Politik», 6 (1970), p. 151; en forma parecida *Id.*, *Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis?*, p. 52. Cfr., además K. Engisch, *Begriffsteilung und Klassifikation in der Jurisprudenz*, en: *Festschrift f. K. Larenz*, München, 1973, pp. 125 y ss.

¹⁵⁶ J. Esser, *Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im Zivilrechts*, p. 101.

¹⁵⁷ A. Podlech, *Rechtstheoretische Bedingungen einer Methodenlehre juristischer Dogmatik*, en: «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», 2 (1972), p. 492.

¹⁵⁸ N. Luhmann, *Sinn als Grundbegriff der Soziologie*, en: J. Habermas/N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, p. 98.

¹⁵⁹ A. Podlech, *ibid.*, p. 493. Para el comienzo de una elaboración dogmática de estos campos jurídicos cfr. H. J. Wolff/O. Bachof, *Verwaltungsrechts*, vol. III, 3.^a ed. München, 1973, § 144.

¹⁶⁰ G. Struck, *Dogmatische Diskussion über Dogmatik*, p. 85 y s.

¹⁶¹ Cfr. sobre ello N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, pp. 19 y 40 y ss.; W. Krawietz, *Was leistet Rechtsdogmatik in der richterlichen Entscheidungspraxis*, p. 77.

¹⁶² Cfr. *supra*, pp. 252 y s.

dir casos no de manera aislada, sino en relación con una serie de casos ya decididos y todavía por decidir. Acrecientan por ello el grado de eficacia del principio de universalidad y sirven, en esta medida, a la justicia ¹⁶³.

(6) La última de las funciones positivas de la dogmática a mencionar aquí es su *función heurística*. Las dogmáticas contienen una serie de modelos de solución, distinciones y puntos de vista que no aparecerían si hubiera que empezar siempre de nuevo. El uso de este instrumental resulta ciertamente de utilidad, aunque la decisión no esté aquí todavía determinada. Se sugieren preguntas y respuestas que de otra manera serían imposibles o que quedarían fuera del campo visual. Un sistema dogmático puede, por ello, ser «un fructífero punto de partida para nuevas observaciones y relaciones, pues en la medida en que sintetiza el estado de comprensión alcanzado en los respectivos problemas singulares y generaliza su fecundidad, se convierte también en iniciador de nuevos conocimientos que no se hubiesen ofrecido, ni menos aún hubiesen prevaecido, si la reflexión hubiese quedado aislada, sin sistematización» ¹⁶⁴.

2.4.6. Argumentación dogmática y argumentación práctica general

Los resultados expuestos, así como los límites que surgen claramente en relación con ellos, sugieren una visión *instrumentalista* de la dogmática jurídica ¹⁶⁵. Las dogmáticas jurídicas son instrumentos que pueden producir resultados que no serían posibles únicamente con los medios del discurso práctico general. Algunos de estos resultados, como la posible contribución, en el marco de la función de estabilización y de control, a la realización del principio de universalización ¹⁶⁶, son necesarios por razones prácticas de tipo general; otros, como la función heurística, son, por tales motivos, deseables. En esta medida, la dogmática es racional.

El carácter racional del uso de las dogmáticas se vuelve desde luego en su contra, tan pronto como no se usan ya como «instrumentos para

¹⁶³ Cfr. sobre ello Fr. Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, p. 335.

¹⁶⁴ J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 101; cfr. además N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, p. 22 y s.

¹⁶⁵ Una tal concepción instrumentalista de la dogmática jurídica resuena por ejemplo en J. Esser, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, p. 518, Fr. Wieacker, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, p. 333, y H. Döle, *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung*, en: «*Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*», 34 (1970), p. 408.

¹⁶⁶ Cfr. la regla general del discurso (1.3').

la determinación del Derecho en el campo de la razón práctica y de la moral» ¹⁶⁷. Este es el caso, sobre todo, cuando las dogmáticas se utilizan para encubrir los verdaderos motivos de decisión, o cuando se usan como presuntos programas autónomos de decisión. No puede dudarse de que es posible dicho uso incorrecto de los argumentos dogmáticos. En qué medida ocurra esto es objeto de investigaciones empíricas. El hecho de que ocurra no tiene nada de especial. También en las argumentaciones prácticas de tipo general hay fundamentaciones especiosas y peticiones de principio. Aquí sólo interesa el hecho de que, además de argumentaciones dogmáticas incorrectas, son también posibles argumentaciones dogmáticas racionales.

La argumentación dogmática es racional en la medida en que no se pierda la retroacción con la argumentación práctica general. Esta retroacción no se pierde si, en los casos dudosos, se fundamentan los enunciados dogmáticos que hay que usar en la argumentación dogmática. En tales fundamentaciones pueden usarse de nuevo enunciados dogmáticos; pero en último término son necesarios, como antes se indicó, argumentos prácticos de tipo general.

Todavía hay otro aspecto en el que la argumentación dogmática está vinculada con la argumentación práctica general. Antes se distinguió entre las fundamentaciones dogmáticas puras y las impuras. En las fundamentaciones dogmáticas puras el enunciado a fundamentar se sigue únicamente de enunciados dogmáticos junto con las formulaciones de las normas válidas y enunciados empíricos. En las fundamentaciones dogmáticas impuras son necesarios, además, enunciados prácticos de tipo general. En estos casos, que son muy frecuentes, existe una relación directa entre la argumentación dogmática y la argumentación práctica general.

En suma, el uso de argumentos dogmáticos puede ser visto no sólo como no contradictorio con los principios de la teoría del discurso, sino además como un tipo de argumentación exigido por ésta en el contexto especial del discurso jurídico. Rige por ello la regla:

(J. 12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados.

2.5. Sobre el uso de los precedentes

Una teoría de la argumentación jurídica que no diera cuenta del papel de los precedentes omitiría uno de los aspectos esenciales de la argumentación jurídica. La importancia, al menos *fáctica* , que tienen los precedentes también en el Derecho europeo-continental es hoy su-

¹⁶⁷ Fr. Wieacker, *ibid.*, p. 333.

brayada desde todos los lados¹⁶⁸. Lo que se discute es su valoración teórica. La discusión se centra ante todo en la cuestión de si se les puede atribuir el carácter de fuente del Derecho¹⁶⁹. Esta cuestión no puede ser discutida aquí. La exposición que sigue se limita más bien a dos cosas distintas: (1) el papel que le corresponde al seguimiento de los precedentes desde el punto de vista de la teoría del discurso jurídico aquí esbozada, y (2) la relación de los argumentos basados en precedentes con otros argumentos posibles en el discurso jurídico. La respuesta a la primera cuestión es, desde luego, también importante para el problema del carácter de fuente del Derecho de los precedentes.

2.5.1. La regla de la carga de la argumentación

El fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad¹⁷⁰, la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual¹⁷¹. Con ello ciertamente se revela de una manera inmediata una de las dificultades decisivas del uso de los precedentes: nunca hay dos casos completamente iguales. Siempre cabe encontrar una diferencia. El verdadero problema se traslada, por ello, a la determinación de la relevancia de las diferencias¹⁷². Sin embargo, antes de entrar en ello, es

¹⁶⁸ Cfr. por ejemplo K. Larenz, *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, en: *Festschrift f. H. Schima*, Wien, 1969, p. 249; O. A. German, *Präjudizien als Rechtsquelle*, Stockholm/Göteborg/Uppsala, 1960, p. 11; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, pp. 243 y ss.

¹⁶⁹ Esta cuestión ha sido expresamente contestada por G. Less en forma afirmativa, *Von Wesen und Wert des Richterrechts*, Erlangen, 1951, pp. 59 y ss.; H. W. Kruse, *Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*, Tübingen, 1971, pp. 7 y ss.; para argumentos en favor de una corrección de la tradicional teoría de las fuentes del Derecho cfr. además M. Kriele, *ibid.*, p. 289; Fr. Wieacker, *Gesetz und Richterkunst*, p. 16 y s.; O. A. German, *ibid.*, p. 45 y ss. En contra del carácter de fuente del Derecho de los precedentes está, entre otros, K. Larenz, *Über die Bindungswirkung von Präjudizien*, pp. 247 y ss.; J. Esser, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*, en: *Festschrift f. Fr. v. Hippel*, Tübingen, 1967, pp. 95 y ss. Sobre la necesidad de un planteamiento diferente, en particular sobre la diferenciación entre las cuestiones de las razones respecto al origen, la vinculatoriedad y el conocimiento del Derecho, así como sobre la necesidad de resolver el problema de las fuentes de conocimiento del Derecho no abstractamente, sino en relación con las situaciones o con los roles específicos» cfr. R. Dreier, *Probleme der Rechtsquellenlehre*, en: *Festschrift f. H. J. Wolff*, München, 1973, pp. 4 y ss.

¹⁷⁰ Cfr. sobre ello *supra*, pp. 79 y ss., 187 (regla [1.3]).

¹⁷¹ Cfr. sobre esto, por ejemplo, Ch. Perelman, *Eine Studie über die Gerechtigkeit*, pp. 22 y ss.

¹⁷² M. Kriele, *ibid.*, p. 269.

importante otro punto. Es posible que un caso sea igual a otro caso anteriormente decidido en todas las circunstancias relevantes, pero que sin embargo se desee decidir de otra manera porque, entre tanto, ha cambiado la valoración de estas circunstancias. Si se quisiera adherirse sólo al principio de universalidad sería imposible tal diferente decisión. Pero esta exclusión de cualquier cambio sería entonces incompatible con el hecho de que toda decisión plantea una pretensión de corrección. Por otro lado, el cumplimiento de la pretensión de corrección forma parte precisamente del cumplimiento del principio de universalidad, aunque sea sólo una condición. Condición general es que la argumentación sea justificable. En esta situación aparece como cuestión de principio la exigencia del respeto a los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la *carga de la argumentación* a quien quiera apartarse¹⁷³. Rige pues el principio de inercia perelmaniano que exige que una decisión sólo puede ser cambiada si puede aducirse razones suficientes para ello¹⁷⁴. Cuándo resulte satisfecha la carga de la prueba sólo puede, desde luego, determinarse a la vista de los participantes, reales o imaginarios, en el discurso.

Hasta aquí se tuvo en cuenta el caso en que los hechos tomados en consideración son juzgados como iguales. De éste hay que distinguir los casos en los que, para apartarse de lo que pueda ser la regla, se aducen hechos especiales, o bien se advierte sobre la falta de determinados hechos. También aquí hay que aceptar una carga de la argumentación. Surge de la presunción de igualdad expresada por la regla (3.1)¹⁷⁵. El límite entre los casos que se parecen tanto entre sí que existan tal carga de la argumentación, y aquellos que se diferencian entre sí tanto que ya no cabe suponer dicha carga es ciertamente fluido.

Un uso de los precedentes que se base en la mencionada regla de la carga de la argumentación cumple una serie de funciones valiosas. Estas funciones se corresponden en parte con las del uso de los argumentos dogmáticos. Antes de entrar en ello se presentará, pues, una breve exposición sobre la relación entre la argumentación dogmática y la basada en los precedentes.

El punto más importante es que, por un lado, muchos enunciados dogmáticos están incorporados también en precedentes y, por otro lado, las decisiones judiciales son aceptadas por la dogmática que pretende precisamente ser dogmática del Derecho vigente¹⁷⁶. Lo específico

¹⁷³ Cfr. sobre ello, sobre todo, Kriele, *ibid.*, pp. 243, 247, 253 y 276.

¹⁷⁴ Ch. Perelman/L. Olbrechts-Tyteca, *La nouvelle rhétorique*, pp. 42 y ss. y 294 y ss. Perelman subraya expresamente que el principio de inercia sirve de fundamento a la apelación al precedente. Sobre el principio de inercia cfr. *supra*, p. 170 y ss.

¹⁷⁵ Cfr. *supra*, p. 191 (regla [3.1]).

¹⁷⁶ En este sentido, Esser habla acertadamente de que los precedentes controlan la

de la dogmática, configurada como ciencia del Derecho, consiste ante todo en que la ciencia del Derecho elabora sus enunciados, en una amplia medida, en forma sistemático-conceptual, propone enunciados para la solución de casos que todavía no fueron objeto de decisiones jurídicas, y prepara posibles soluciones alternativas. Lo específico de las decisiones jurídicas que crean precedentes hay que verlo, por el contrario, ante todo en el hecho de que los enunciados de las decisiones judiciales no se usan sólo para la comunicación de propuestas, sino para la ejecución de actos. Tienen, para tomar una distinción de Austin antes mencionada, una fuerza ilocucionaria completamente distinta a los de la ciencia del Derecho¹⁷⁷. Esto, desde luego, no puede llevar a engaño, en el sentido de que entre los enunciados de la dogmática y los enunciados en que se basan los precedentes, al menos en lo que respecta a su contenido, existe un considerable grado de coincidencia. Ya por ello, mucho de lo que se ha dicho sobre la función de la dogmática se aplica también a la función del uso del precedente.

Esto vale especialmente para la función de estabilización, de progreso¹⁷⁸ y de descarga¹⁷⁹. Aquí hay que hacer referencia a lo indicado antes. Con el aseguramiento de la estabilidad, el uso del precedente supone también una contribución a la seguridad jurídica y a la protección de la confianza en la aplicación del Derecho.

La seguridad jurídica y la protección de la confianza no son ciertamente los únicos fines. Si lo fueran, no podría ser admisible el apartarse de los límites del principio de inercia. Desde el punto de vista de la teoría del discurso, la razón más importante en favor de la racionalidad de un uso del precedente que responda al principio de universalidad y de inercia deriva de los límites de la argumentación práctica general. Como se mencionó antes, las reglas del discurso no permiten siempre encontrar precisamente un resultado correcto. Con frecuencia queda un considerable espacio de lo discursivamente posible¹⁸⁰. El llenar este espacio con soluciones cambiantes e incompatibles entre sí contradice la exigencia de consistencia y el principio de universalidad. La introducción de una carga de la argumentación en favor de los precedentes no puede, por otro lado, contemplarse como una contravención de las reglas del discurso, mientras no se excluya la posibilidad de que seguir el precedente puede suponer adoptar una máxima de decisión reconocida como equivocada. La limitación del espacio de lo

«circulación» entre teoría y praxis». (J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 189).

¹⁷⁷ Cfr. *supra*, p. 70.

¹⁷⁸ Cfr. sobre ello M. Kriele, *ibid.*, pp. 264 y ss.

¹⁷⁹ Cfr. *ibid.*, pp. 262 y ss.

¹⁸⁰ Cfr. *supra*, p. 202.

discursivamente posible así efectuada debe verse, por ello, como racional¹⁸¹. Se puede formular pues como reglas más generales del uso del precedente las siguientes reglas:

(J.13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse.

(J.14) Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación.

Hasta aquí se ha fundamentado la regla de la carga de la argumentación como regla del discurso jurídico. Otra cuestión es si puede ser contemplada como «principio de nuestro Derecho positivo»¹⁸². Esta cuestión afecta a lo antes mencionado sobre el carácter de fuente del Derecho de los precedentes. Un intento por contestarla llevaría al problema general de la calificación jurídica de las reglas del discurso. Aquí es suficiente con señalar el problema.

2.5.2. *Uso del precedente y argumentación jurídica*

La extensión de la obligación regulada por la regla de la carga de la argumentación depende de la amplitud de las posibilidades de apartarse de los precedentes. Hay que distinguir entre las técnicas de divergencia y las razones para la divergencia.

Las técnicas de divergencia son partes constitutivas del uso de los precedentes. En esta investigación no es posible presentar, ni siquiera en forma rudimentaria, las numerosas teorías elaboradas a tal efecto, especialmente en la ciencia jurídica anglosajona¹⁸³. Únicamente se resaltarán algunos puntos que son de importancia para la cuestión de la relación entre los argumentos que se apoyan en los precedentes y los otros argumentos posibles en el discurso jurídico.

¹⁸¹ Cfr. M. Kriele, *ibid.*, p. 258. No se puede estar de acuerdo con Larenz, quien es de la opinión de que lo que «vincula» no es el precedente como tal, sino únicamente la norma correctamente interpretada o concretada dentro de él» (K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 422). Precisamente por ello, los precedentes son importantes porque frecuentemente no es posible distinguir cuál de las varias propuestas de solución es la correcta. En esta situación, el simple hecho de que una propuesta de solución ha sido ya una vez aplicada es una buena razón para volver a elegirla. Por otro lado, hay que estar de acuerdo con Larenz en que un precedente no puede ser aceptado de manera, por así decirlo, «incondicional». La «presunción» en favor del precedente no basta si existen en relación con él serias dudas» (*ibid.*, p. 422 y 423, nota 144). Sobre algunas razones que justifican el abandono del precedente cfr. O. A. German, *Präjudizien als Rechtsquelle*, pp. 35 y ss.

¹⁸² En este sentido M. Kriele, *ibid.*, p. 248.

¹⁸³ Cfr. sobre ello M. Kriele, *ibid.*, pp. 282 y ss.; O. A. German, *ibid.*, pp. 21 y ss.

El uso de un precedente significa la aplicación de la norma que subyace a la decisión del precedente. «El Derecho del precedente es también un Derecho de normas.»¹⁸⁴ La cuestión es qué debe considerarse como una norma, contemplado desde el punto de vista del precedente. A este propósito, se han construido numerosas teorías para distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*¹⁸⁵. El planteamiento limitado que aquí se sigue permite, en lugar de entrar en una discusión de estas teorías, señalar únicamente dos cosas: La posibilidad del *distinguishing* y del *overruling*. La técnica del *distinguishing* sirve para interpretar de forma estricta la norma que hay que considerar desde la perspectiva del precedente, por ejemplo, mediante la introducción de una característica del supuesto de hecho no existente en el caso a decidir, de manera que no sea aplicable al caso. Con esto, el precedente como tal sigue siendo respetado. La técnica del *overruling*, por el contrario, consiste en el rechazo del precedente. Aquí sólo interesa una cosa: tanto el *distinguishing* como el *overruling* tienen que ser fundamentados. Según Kriele, para ello se necesitan razones jurídicas¹⁸⁶. Es pues correcto pensar que los argumentos prácticos de tipo general juegan en tales situaciones un papel especial. Pero junto a ellos son admisibles todos los otros argumentos posibles en el discurso jurídico.

El uso de los precedentes se muestra así como un procedimiento de argumentación que viene exigido como tal por razones práctico-generales (principio de universalidad/regla de la carga de la argumentación) y que es, en esa medida, racional, y cuyo uso presupone argumentos adicionales, especialmente, argumentos prácticos de tipo general.

2.6. Sobre el uso de formas de argumentos jurídicos especiales

Por formas de argumentos jurídicos especiales¹⁸⁷ cabe entender aquí las formas de argumentos que se usan especialmente en la metodología jurídica, como la analogía, el *argumentum e contrario*, el *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum*. Las observaciones que siguen

¹⁸⁴ M. Kriele, *ibid.*, p. 270.

¹⁸⁵ Para la exposición del estado de la discusión cfr. M. Kriele, *ibid.*, pp. 282 y ss. Cfr. además W. Schlüter, *Das Obiter dictum*, München, 1973, pp. 77 y ss.

¹⁸⁶ M. Kriele, *ibid.*, pp. 246 y 286.

¹⁸⁷ Sobre esta denominación cfr. U. Klug, *Juristische Logik*, 3.^a ed., Berlin/Heidelberg/New York, p. 97, quien habla de «argumentos especiales de la lógica jurídica». Esta denominación no es ciertamente del todo correcta, pues las formas caracterizadas aquí como «jurídicas» son también importantes en otros campos. Muchos de ellos han adquirido un desarrollo especial en el marco de la Jurisprudencia. Esto justifica la denominación utilizada arriba.

tienen únicamente la finalidad de aclarar el papel de estas formas en el discurso jurídico. Por lo que se refiere a su análisis lógico, se apoyan sobre todo en investigaciones realizadas en los últimos tiempos con los medios de la lógica moderna¹⁸⁸.

Todas las formas de argumentos jurídicos especiales pueden expresarse como formas de inferencia lógicamente válidas. Ello no tiene nada de particular, pues esto es posible hacerlo con toda forma de argumento. Para ello se necesita en casi todos los casos una especial preparación de las premisas y, con frecuencia, la introducción de premisas especiales que las más de las veces permanecen implícitas en las argumentaciones que tienen lugar de hecho. La formulación de las formas de argumentos jurídicos especiales como formas de inferencia lógicamente válidas tiene dos ventajas: hace posible la comprensión de su forma lógica y aclara su contenido no lógico.

Las expresiones tradicionales incluyen formas muy distintas. Como ejemplo de una forma de inferencia lógicamente válida, sin el añadido de premisas especiales, puede considerarse un caso de *argumentum e contrario* discutido por Klug:

$$\begin{array}{l} (J. 15) \quad (1) \quad (x) \quad (OGx \rightarrow Fx) \\ \quad \quad \quad (2) \quad (x) \quad (\neg Fx \rightarrow \neg OGx) \quad (1) \end{array} \quad (1)^{189}$$

(J. 15) es una inferencia lógicamente válida. El hecho de que sea posible un argumento de esta forma presupone sin embargo que la norma de que se parte tiene la forma indicada en (1). Debe establecer que sólo si *x* es *F*, debe seguirse la consecuencia jurídica en cuestión. El que esto sea o no el caso depende de cómo se la interprete. Esto puede ciertamente apoyarse muchas veces en formulaciones adecuadas del texto de las normas; sin embargo, con frecuencia son necesarios para ello argumentos adicionales. Son admisibles, en cuanto argumentos adicionales, todos los argumentos posibles en el discurso jurídico¹⁹⁰. Incluso una forma tan sencilla como (J. 15) remite a toda una profusión de argumentos jurídicos imaginables. Esto vale para todos los ca-

¹⁸⁸ Cfr. sobre ello U. Klug, *ibid.*, pp. 97 y ss.; Th. Heller, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Berlin, 1961; U. Diederichsen, *Die reductio ad absurdum in der Jurisprudenz*, en: *Festschrift f. K. Larenz*, München, 1973, pp. 155 y ss.; R. Schreiber, *Logik des Rechts*, Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1962, pp. 57 y ss.

¹⁸⁹ Sobre este esquema cfr. U. Klug, *ibid.*, p. 128. La simbolización se ha adaptado a la utilizada aquí.

¹⁹⁰ Esto resulta limitado cuando Klug considera que en tales casos sólo es necesario un análisis teleológico (*ibid.*, p. 129). Los argumentos teleológicos son sólo una clase de los argumentos posibles aquí. Para fundamentar que el supuesto de hecho es una condición necesaria para que se produzca la consecución jurídica se puede acudir, por ejemplo, a la voluntad del legislador.

dos de empleo de normas de inferencia lógicas en las argumentaciones jurídicas¹⁹¹.

Las formas de argumentos jurídicos especiales difícilmente hubiesen llegado a ser el objeto de tantas disputas si no se hubiera tratado más que de la aplicación a la argumentación jurídica de las formas de inferencia lógica de validez general. Precisamente por eso son interesantes. La más discutida es la analogía¹⁹².

También la analogía puede expresarse como una inferencia lógica válida. Esto es posible hacerlo de muy diversas maneras. Aquí se elegirá un camino particularmente fácil. «F sim. x» significa «x es semejante a F». La inferencia analógica puede entonces formalizarse de la siguiente manera:

- (J.16) (1) (x) (Fx v F sim. x → OGx)
 (2) (x) (Hx → F sim. x)
 (3) (x) (Hx → OGx) (1), (2).

(J.16) se corresponde con la fórmula de Klug (9.6)¹⁹³. En (J.16) puede insertarse por ello el ejemplo de Klug. «x» se interpreta pues como variable sobre acciones:

- (1) Para todo x: si x es un contrato de compraventa (F) o un contrato semejante al de compraventa (F sim), entonces deben serle aplicables a x los parágrafos 433 y ss. del BGB.
 (2) Para todo x: si x es un contrato que tiene por objeto la transmisión onerosa de un local de negocios (H), entonces x es un contrato semejante al de compraventa (F sim).

(3) Para todo x: si x es un contrato que tiene por objeto la transmisión onerosa de un local de negocios (H), entonces deben aplicársele los parágrafos 433 y ss. del BGB (1), (2).

Este ejemplo pone de manifiesto que el auténtico problema de la analogía no radica en la inferencia de (3) a partir de (1) y (2), sino en la

¹⁹¹ Para la interpretación de las variables de las fórmulas de la lógica proposicional en relación con enunciados jurídicos cfr. además el ejemplo de Diederichsen que se refiere a una eventual presentación de la demanda por razones subjetivas (*ibid.*, p. 170 y s.).

¹⁹² Aquí sólo se considerará la forma de la analogía designada como analogía legal o, según Larenz, analogía simple. Sobre estos conceptos cfr. K. Engisch, *ibid.*, p. 147; K. Larenz, *ibid.*, p. 368 y s.

¹⁹³ U. Klug, *ibid.*, p. 120. Esta se formula en el lenguaje del cálculo de clases y tiene la siguiente forma: $((\alpha\beta) \& ((\beta\cup\gamma)c\delta)) \rightarrow (\alpha\delta)$. α se corresponde con Hx, β con F' sim a x, γ con F_x y δ con OGx.

fundamentación de (1) y (2). Klug propone por ello llamar a una inferencia como (J.16) no «inferencia analógica», sino, por ejemplo, «la inferencia con que concluye el procedimiento jurídico de analogía»¹⁹⁴. Se plantea por ello la cuestión de cómo puede fundamentarse las premisas (1) y (2).

(1) no es por regla general una norma que pueda deducirse de la ley. La norma que se puede deducir de la ley tiene generalmente la forma:

- (1.a) (x) (Fx → OGx).

Para llegar a (1) a partir de aquí es necesaria una regla como

(1.b): Los supuestos de hecho que son semejantes desde un punto de vista jurídico deben tener las mismas consecuencias jurídicas¹⁹⁵.

(1.b) es un caso especial del principio de universalidad (1.3)¹⁹⁶ y, por ello, del principio de igualdad. La analogía se basa, pues, en el principio de universalidad o el principio de igualdad¹⁹⁷. Esto significa que en la fundamentación de la segunda premisa en (J.16), la determinación de la semejanza, aparecen todas las dificultades de la aplicación del principio de igualdad. Cierto, se puede analizar las estructuras lógicas de las relaciones de semejanza¹⁹⁸, pero no obstante ello, el establecimiento de la semejanza jurídicamente relevante no puede surgir únicamente de semejante análisis. Numerosos autores han señalado por ello que la analogía presupone una valoración¹⁹⁹. Para la fundamentación de esta valoración son admisibles todos los argumentos posibles en el discurso jurídico. Esto no significa que la analogía sea su-

¹⁹⁴ U. Klug, *ibid.*, p. 121. Cfr. además Th. Heller, *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, p. 46.

¹⁹⁵ Sobre dicho enunciado cfr. Th. Heller, *ibid.*, p. 118; K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, p. 256 (nota 166 c).

¹⁹⁶ Cfr. *supra*, p. 187.

¹⁹⁷ En este sentido K. Engisch, *ibid.*, p. 256 (nota 166 c); K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 366; R. Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, p. 69 y s.; *Id.*, *Rechtsphilosophische Aspekte der Rechtsfindung*, en: «JZ», 1976, p. 153.

¹⁹⁸ Cfr. sobre ello la explicación de Klug del concepto de semejanza con ayuda del concepto de círculo de semejanza, así como la concepción de Heller de la analogía como igualdad de estructuras (U. Klug, *ibid.*, p. 79 y s. y 120; Th. Heller, *ibid.*, pp. 24 y ss.).

¹⁹⁹ Cfr. por ejemplo K. Larenz, *ibid.*, p. 367; U. Diederichsen, *Traditionelle Logik für Juristen*, en: «Juristische Analysen», 2 (1970), p. 780; J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 183; O. Weinberger, *Über die Offenheit des rechtlichen Normensystems*, en: *Festschrift f. W. Wilburg*, Graz, 1975, p. 447; Th. Heller, *ibid.*, p. 110; U. Klug, *ibid.*, p. 123.

perflua como forma de argumento. Es una estructura formal para lo que podría llamarse argumentos materiales que sólo pueden desplegar su eficacia en esa estructura. Como tal, está unida al concepto de discurso de dos maneras. Por un lado, se basa en el principio de universalidad que es constitutivo tanto del discurso práctico general como del discurso jurídico; por otro lado, sólo puede aplicarse si se llena argumentativamente.

Lo mismo vale para el argumento de reducción al absurdo analizado por Diederichsen²⁰⁰. Un caso de tal argumento por reducción al absurdo se da por ejemplo cuando para la fundamentación de la tesis de que una determinada interpretación I de una norma R no es admisible a través de una regla de uso de las palabras W ($I_W^R = R'$), se aduce que la misma lleva a resultados que se califican como inaceptables, absurdos, incomprensibles o con alguna otra expresión semejante²⁰¹. Tal resultado inaceptable puede designarse como un estado Z que —al menos según la opinión de quienes argumentan— es contemplado como prohibido ($O \neg Z$). El argumento tiene entonces la siguiente estructura, que se corresponde con el esquema (S) antes discutido²⁰²:

- (J.17) (1) $O \neg Z$
 (2) $R' \rightarrow Z$
 (3) $\neg R'$

Las premisas (1) y (2) tienen que fundamentarse. Hay que mostrar sobre todo que Z se considera como prohibido y que R' tiene realmente como consecuencia a Z. Lo primero puede verificarse, entre otras formas, por medio de argumentos prácticos de tipo general; y lo último tiene que hacerse mediante argumentos empíricos. (J.17) es ciertamente una forma especialmente estricta de un argumento de reducción al absurdo. Las formas más débiles suponen que Z no está absolutamente prohibido, sino que es la peor de entre varias alternativas. Aquí, todo depende de que la exigencia de fundamentación de (1) produzca la conexión de esta forma con el discurso jurídico.

Este esbozo tiene que bastar aquí. Pone de manifiesto que en el uso al menos de las tres formas de argumentos discutidas se trata de casos especiales del discurso práctico general. (J.15) es un esquema de inferencia válido lógicamente, (J.16) es exigido por el principio de universalidad, y (J.17) es un caso en que se toma en consideración las

²⁰⁰ U. Diederichsen, *Die aeductio ad absurdum in der Jurisprudenz*, pp. 175 y ss.

²⁰¹ Para ejemplos extraídos de la jurisprudencia cfr. U. Diederichsen, *ibid.*, pp. 157 y 175 y ss.

²⁰² Por ello rige para este esquema lo antes indicado sobre la validez de (S). Cfr. *supra*, p. 228 y s.

consecuencias. En la medida en que estas formas pueden reducirse a reglas y formas del discurso práctico general, su uso puede designarse como racional. Pero también quedó claro que el uso de tales formas, a igual que el de los cánones, sólo es racional en la medida en que resulten saturadas y en que los enunciados insertados para la saturación puedan ser fundamentados en el discurso jurídico. Para el uso de estas formas tiene por ello vigencia la regla

(J.18) Las formas de argumentos jurídicos especiales tienen que resultar saturadas.

2.7. Sobre el papel de los argumentos prácticos generales en el discurso jurídico

En las anteriores consideraciones se ha aludido siempre al papel de los argumentos prácticos de tipo general en el discurso jurídico. Aquí se trata por ello sólo de sintetizar una vez más lo dicho hasta ahora.

La argumentación práctica general puede ser necesaria (1) en la fundamentación de las premisas normativas que se requieren para la saturación de las distintas formas de argumentos²⁰³, (2) en la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a diferentes resultados²⁰⁴, (3) en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos²⁰⁵, (4) en la fundamentación de los *distinguishing* y *overruling*²⁰⁶ y (5) directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna.

Ciertamente, la utilización de argumentos prácticos de tipo general de ninguna manera es el único medio en estas cinco situaciones. Resulta siempre por lo menos imaginable que en lugar de argumentos prácticos de tipo general se utilicen enunciados dogmáticos o enunciados de los precedentes. Así, el uso de enunciados dogmáticos o de enunciados de los precedentes es posible no sólo para la saturación de las distintas formas de argumentos, sino también para la fundamentación de la elección entre distintas formas de argumentos que llevan a resultados distintos. El principio de universalidad exige que, en los distintos contextos de elección, se proceda según reglas de ponderación (J.8)²⁰⁷. Tales reglas de ponderación pueden adoptar el carácter de enunciados dogmáticos o de enunciados de los precedentes. También para la justifi-

²⁰³ Cfr. *supra*, pp. 229, 235 y s., y 270.

²⁰⁴ Cfr. *supra*, pp. 239 y s.

²⁰⁵ Cfr. *supra*, pp. 251 y ss.

²⁰⁶ Cfr. *supra*, p. 266.

²⁰⁷ Cfr. *supra*, p. 239.

ficación de los *distinguishing* y *overruling* puede aducirse enunciados dogmáticos. Finalmente, es posible fundamentar los propios enunciados dogmáticos de nuevo a través de enunciados dogmáticos.

La posibilidad de introducir enunciados dogmáticos y de los precedentes en las cinco situaciones mencionadas puede, ciertamente, desplazar la argumentación práctica general, aunque sólo parcialmente; con frecuencia sólo de manera incompleta; y siempre de manera sólo provisional.

La desplaza sólo *parcialmente* porque en ningún caso hay siempre disponibles los correspondientes enunciados dogmáticos o de los precedentes. Si no hay disponible ningún enunciado dogmático o de los precedentes, entonces interviene directamente la argumentación práctica general.

El desplazamiento es con frecuencia sólo *incompleto* porque ciertamente puede emplearse, lo que no es raro, un enunciado dogmático o de los precedentes, pero este enunciado no es el enunciado necesario (por ejemplo, para la saturación de una forma de argumento), y a partir de este enunciado (juntamente también con enunciados empíricos y con las formulaciones de las normas jurídicas vigentes) no se sigue lógicamente el enunciado necesario. En esta situación son necesarias premisas adicionales con contenido normativo, que hay que fundamentar según la razón práctica general. Por lo tanto, tiene lugar lo que antes se llamó «fundamentación dogmática impura»²⁰⁸ o lo que correspondientemente puede denominarse una «fundamentación impura a partir del precedente».

El punto más importante es que el desplazamiento de los argumentos prácticos de tipo general es siempre sólo *provisional*. Los enunciados dogmáticos no siempre pueden seguir siendo fundamentados a partir de enunciados dogmáticos. Para su comprobación, así como para la fundamentación de la aplicabilidad de los precedentes, son necesarios en último término argumentos prácticos de tipo general²⁰⁹. La argumentación práctica general constituye por ello el fundamento de la argumentación jurídica.

III. DISCURSO JURIDICO Y DISCURSO PRACTICO GENERAL

Las anteriores discusiones han evidenciado la inextricable unión del discurso jurídico con el discurso práctico general. Si se sintetiza lo di-

²⁰⁸ Cfr. *supra*, p. 250.

²⁰⁹ Cfr. *supra*, p. 254.

cho hasta hora, pueden distinguirse cuatro aspectos de esta vinculación: (1) la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general, (2) la coincidencia parcial en la pretensión de corrección, (3) la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general y (4) la necesidad de argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica.

I. LA NECESIDAD DEL DISCURSO JURIDICO SOBRE LA BASE DE LA NATURALEZA DEL DISCURSO PRACTICO GENERAL

La necesidad del discurso jurídico surge de la debilidad de las reglas y formas del discurso práctico general. La debilidad de estas reglas y formas consiste en que las mismas definen un procedimiento de decisión que en numerosos casos no lleva a ningún resultado y que, si lleva a un resultado, no garantiza ninguna seguridad definitiva. Hay tres razones para esta debilidad: (1) Las reglas del discurso no prescriben de qué premisas normativas deben partir los participantes en el discurso. El punto de partida del discurso lo constituyen las convicciones normativas realmente existentes, que con frecuencia son incompatibles entre sí. Puesto que (2) no todos los pasos de la argumentación están fijados y (3) algunas reglas del discurso sólo pueden cumplirse de manera aproximada, existe por ello siempre la posibilidad de que no se alcance ningún acuerdo. Ciertamente, las reglas del discurso exigen algunos enunciados normativos como discursivamente necesarios. Su negación es incompatible con ellas (discursivamente imposible)²¹⁰. Sin embargo, queda un amplio campo de lo posible discursivamente en el que puede justificarse tanto un determinado enunciado normativo como su negación, sin infringir las reglas del discurso²¹¹.

Dada esta situación y la necesidad de decidir existente de hecho, es racional (es decir, fundamentable en un discurso práctico) ponerse de acuerdo en un procedimiento que limite el campo de lo posible discursivamente de la manera más racional posible. Ejemplos de tal procedimiento lo son las reglas de la legislación parlamentaria en que se apoyan el principio de la mayoría y de la representación, y los distintos ordenamientos procesales.

Las normas jurídicas surgidas del proceso de la legislación no solucionan todos los problemas. Se ha puesto de manifiesto numerosas

²¹⁰ Cfr. *supra*, pp. 36 y s.

²¹¹ Cfr. *supra*, pp. 140 y s., y 202.

veces que de ninguna manera determinan de forma completa la decisión jurídica. Se enunciaron cuatro razones para ello: (1) la vaguedad del lenguaje del Derecho, (2) la posibilidad de conflictos normativos, (3) el hecho de que son posibles casos que exigen una regulación jurídica, pero para cuya regulación no se encuentra ninguna norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir en casos especiales en contra del tenor literal de la norma²¹². Si se quisiera llenar siempre el campo de indeterminación que surge de esta forma, únicamente a través de la argumentación práctica general, las debilidades de la argumentación práctica general seguirían afectando a la decisión jurídica en un grado considerable. Por ello, resulta racional la introducción de formas y reglas especiales de la argumentación jurídica, su institucionalización como ciencia jurídica, y su inclusión en el contexto de los precedentes. De esta forma, dentro del área de incerteza dejado por las normas jurídicas, puede limitarse aún más el área de lo posible discursivamente.

Con ello, la argumentación práctica general no es expulsada de la argumentación jurídica. La argumentación jurídica sigue dependiendo normalmente de argumentos prácticos de tipo general, como se ha indicado una y otra vez. La incerteza debida a la naturaleza del discurso práctico general no puede por ello nunca ser eliminada por completo. Como elemento de la argumentación jurídica, la argumentación práctica general, sin embargo, tiene lugar, no en último término, bajo condiciones que elevan considerablemente su rendimiento, en base a la institucionalización del discurso jurídico como ciencia jurídica.

2. LA COINCIDENCIA PARCIAL EN LA PRETENSION DE CORRECCION

Otro aspecto de la vinculación lo constituye la pretensión de corrección que también tiene carácter constitutivo para las argumentaciones jurídicas²¹³. A diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, esta pretensión no se refiere a que los enunciados normativos en cuestión sean absolutamente racionales, sino sólo a que pueden ser fundamentados racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente²¹⁴. La racionalidad de la argumentación jurídica, en la medida en que está determinada por la ley, es por ello siempre relativa a la racionalidad de la legislación. Una racionalidad ilimitada de la decisión jurídica presupondría la racionalidad de la legislación. Lo último tiene

²¹² Sobre ello cfr. *supra*, pp. 23 y s.

²¹³ Sobre ello cfr. *supra*, pp. 133 y ss., y 208 y ss.

²¹⁴ Cfr. *supra*, p. 213.

como condición que en la respectiva sociedad las cuestiones prácticas sean resueltas racionalmente. Para llegar a una teoría del discurso jurídico que contenga también esta condición de racionalidad habría que ampliar la teoría del discurso racional práctico general hasta una teoría de la legislación, y ésta hasta una teoría normativa de la sociedad, de la que la teoría del discurso jurídico constituiría una parte. Los fines perseguidos aquí son limitados. Lo único que cabe preguntar es qué significa decidir racionalmente en el marco de un ordenamiento jurídico válido. Esta pregunta debe aclararse en la teoría de la argumentación jurídica. En una teoría tal son importantes ciertamente una serie de cuestiones que también deben ser tratadas en una teoría de la legislación y en una teoría normativa de la sociedad. Las teorías mencionadas pueden por ello distinguirse, pero no separarse estrictamente.

3. LA COINCIDENCIA ESTRUCTURAL DE LAS REGLAS Y FORMAS DEL DISCURSO JURIDICO CON LAS DEL DISCURSO PRACTICO GENERAL

La conexión del discurso jurídico con el discurso práctico general resulta especialmente clara en la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general.

(1) Las reglas y formas de la justificación interna son supuestos de aplicación del *principio de universalidad* (1.3)²¹⁵, que se corresponden con el principio de justicia formal de tratar igual a lo igual²¹⁶. Las reglas y formas de la justificación interna son la estructura básica de la argumentación jurídica. Con ello, el mismo principio constituye e fundamento tanto del discurso práctico general como del discurso jurídico.

(2) Tanto en el discurso práctico general como en el discurso jurídico, la *argumentación empírica* juega siempre un papel importante y con frecuencia, el decisivo. En efecto, a menudo hay acuerdo sobre las premisas normativas, pero se discute sobre los hechos. Por ello tiene validez en ambas formas de discurso la regla (6.1)²¹⁷, que permite en todo momento el paso a un discurso teórico (empírico). Con ello se plantea en ambas formas de discurso el problema de que el saber empírico necesario no puede ser adquirido frecuentemente con la certeza

²¹⁵ Cfr. *supra*, pp. 79 y ss., y 191

²¹⁶ Cfr. *supra*, p. 215.

²¹⁷ Cfr. *supra*, pp. 201 y 211.

necesaria. En ambas formas de discurso son por ello necesarias reglas de presunción racional²¹⁸.

(3) Algunas de las formas de argumentos agrupados como *cánones* de la interpretación sirven para dar carácter vinculante, de ninguna manera irracional, a la argumentación jurídica. En otras se trata de variantes de formas de argumentos prácticos de tipo general. Así, la forma de argumento teleológico discutida (J.5)²¹⁹, puede verse como una variante del argumento consecuencialista general (4.3)²²⁰.

(4) La *ciencia jurídica dogmática* puede entenderse como una institucionalización estable del discurso práctico bajo la condición de existencia de un ordenamiento jurídico. Por medio de esta institucionalización se pueden producir resultados que no serían posibles únicamente con los medios del discurso práctico general²²¹. La discusión experimenta una considerable ampliación en los aspectos temporal, personal y objetual. Así, puede aumentarse tanto la consistencia como también el carácter diferenciado de la decisión. Lo primero viene exigido directamente por los principios de no contradicción²²², universalidad²²³ e inercia²²⁴; lo último, indirectamente a través de la exigencia de admisibilidad y de consideración de todos los argumentos, que encuentra expresión en la regla de razón (2.2)²²⁵. El cumplimiento de estas exigencias se corresponde con las funciones desarrolladas por la dogmática de: estabilización²²⁶, progreso²²⁷, control²²⁸ y heurística²²⁹.

(5) El fundamento del *uso del precedente* lo constituye el principio de universalidad y de inercia²³⁰. Por ello, también los principios prácticos generales sirven como fundamento para dicho uso.

(6) Esto vale finalmente también para el uso de las *formas de argumentos jurídicos especiales*. La variante discutida de argumentum e

²¹⁸ Cfr. *supra*, p. 201.

²¹⁹ Cfr. *supra*, p. 232.

²²⁰ Cfr. *supra*, pp. 191 y 229 y s.

²²¹ Cfr. *supra*, pp. 255 y ss.

²²² Cfr. *supra*, pp. 185 y ss., regla (1.1).

²²³ Cfr. *supra*, p. 187, regla (1.3).

²²⁴ Sobre ello cfr. *supra*, pp. 191 y s., regla (3.1) y (3.2).

²²⁵ Cfr. *supra*, p. 189.

²²⁶ Cfr. *supra*, pp. 255 y ss.

²²⁷ Cfr. *supra*, pp. 256 y s.

²²⁸ Cfr. *supra*, pp. 259 y s.

²²⁹ Cfr. *supra*, p. 260.

²³⁰ Cfr. *supra*, pp. 262 y s.

contrario era un supuesto de aplicación de una regla lógica y, por ello, de (1.1)²³¹; la analogía mostró ser un caso especial de aplicación del principio de universalidad (1.3); y el argumento de reducción al absurdo, una variante de la forma básica del argumento consecuencialista (S)²³² o (4.3)²³³.

4. LA NECESIDAD DE ARGUMENTOS PRACTICOS GENERALES EN EL MARCO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

El aspecto más frecuentemente subrayado de la vinculación entre ambas formas de discurso no consiste en la coincidencia estructural recién esbozada, sino en la necesidad de argumentos prácticos generales en el marco del discurso jurídico. Las razones para ello fueron ya antes varias veces subrayadas y expuestas resumidamente²³⁴. Se estableció que la argumentación jurídica depende normalmente de la argumentación práctica general y que, por ello, se puede hablar de que la argumentación práctica general constituye el fundamento de la argumentación jurídica.

Este resultado parece estar en una cierta contradicción con la tesis antes expuesta de que el discurso jurídico es necesario, precisamente por las debilidades del discurso práctico general, y porque en los discursos jurídicos, especialmente en razón de su institucionalización como ciencia del Derecho y de su vinculación a los precedentes, pueden lograrse resultados que no son posibles en el discurso práctico general. ¿Por qué ha de ser la argumentación jurídica necesaria y cómo ha de poder alcanzar estos resultados, si, en último término, depende de la argumentación práctica general?

La respuesta es obvia después de lo dicho hasta aquí. El hecho de que la argumentación jurídica dependa de la argumentación práctica general no significa que sea idéntica o que pueda reducirse a ella. La argumentación práctica general necesaria en el discurso jurídico tiene lugar según formas especiales y siguiendo reglas especiales y bajo condiciones especiales. Estas formas y reglas especiales llevan tanto a una consolidación como a una diferenciación de la argumentación. Ambas cosas son necesarias por razones prácticas de tipo general. La argumentación jurídica puede por ello verse como una forma especial de la argumentación práctica general, que viene exigida por razones prácti-

²³¹ Cfr. *supra*, pp. 185 y 267.

²³² Cfr. *supra*, pp. 228 y s., y 270.

²³³ Cfr. *supra*, p. 195.

²³⁴ Cfr. *supra*, pp. 271 y ss.

cas de tipo general, que depende en cuanto a su estructura de principios prácticos generales, que no puede prescindir de la argumentación práctica general, que tiene lugar según formas especiales, de acuerdo con reglas especiales y bajo condiciones especiales (lo que la hace especialmente eficaz) y que no se puede reducir a la argumentación práctica general.

5. LOS LIMITES Y LA NECESIDAD DE LA TEORIA DEL DISCURSO JURIDICO RACIONAL

El hecho de que la argumentación jurídica tenga lugar según formas especiales, de acuerdo con determinadas reglas y bajo determinadas condiciones, pero permaneciendo siempre dependiente de la argumentación práctica general, significa que las debilidades del discurso práctico general se suavizan ciertamente de forma considerable en el discurso jurídico, aunque nunca puedan ser eliminadas.

Para quien sólo está dispuesto a aceptar como teoría de la argumentación jurídica racional un procedimiento que garantice la seguridad del resultado, la teoría aquí propuesta resulta rechazable ya por este motivo. Sin embargo, un procedimiento que garantice seguridad no está a la vista. Quien equipara seguridad y racionalidad debe por ello renunciar a una teoría de la argumentación jurídica racional.

Sin embargo, no existe ningún motivo para tal equiparación. Tampoco en las ciencias naturales que han sido con frecuencia contrapuestas a la Jurisprudencia en cuanto paradigma de verdaderas ciencias puede hablarse de la formación de una seguridad definitiva. El simple hecho de que no pueda alcanzarse seguridad difícilmente puede por ello verse como una razón suficiente para negar a la Jurisprudencia el carácter de una ciencia o de una actividad racional.

No es la producción de seguridad lo que constituye el carácter racional de la Jurisprudencia, sino el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios o reglas. En este trabajo se ha tratado de poner de manifiesto tales condiciones, criterios o reglas. Su presentación sistemática puede verse como una explicación del concepto de argumentación jurídica racional.

Es difícil que se puedan dirigir objeciones serias en contra de que no sea la seguridad del resultado, sino el cumplimiento de tales condiciones, criterios o reglas, lo que constituye el carácter racional de la argumentación jurídica. En cambio es problemático qué sea lo que haya que considerar como condiciones, criterios o reglas. Un acuerdo sobre el contenido mínimo de los mismos se alcanzaría rápidamente. Aquí se incluye, por ejemplo, la exigencia de consistencia (no contra-

dicción), de racionalidad de los fines y de verdad de los enunciados empíricos empleados. Estas exigencias no son triviales y su importancia para la argumentación jurídica ha sido ya suficientemente aclarada. Por sí solas no son suficientes sin embargo como fundamento de un análisis del concepto de argumentación jurídica racional. La argumentación jurídica puede ser consistente, no contravenir los principios de racionalidad de los fines, apoyarse sólo en enunciados empíricos verdaderos y, sin embargo —por ejemplo, a causa del fin que le sirve de fundamento—, ser considerada «irracional». Una explicación del concepto de argumentación jurídica racional tiene por ello que partir de criterios más fuertes que los anteriormente mencionados.

La teoría aquí propuesta es un intento de exposición de tales criterios más fuertes. Este intento no sirve sólo para el análisis de un concepto interesante. Si es cierta la tesis de que en las discusiones jurídicas se plantea la pretensión de argumentar racionalmente, el análisis de lo que hay que entender por argumentación jurídica racional es un presupuesto para su comprensión teórica.

La explicación del concepto de argumentación jurídica racional tiene lugar en esta investigación mediante la descripción de una serie de reglas a seguir y de formas que debe adoptar la argumentación para satisfacer la pretensión que en ella se plantea. Si una discusión se corresponde con estas reglas y formas, el resultado alcanzado en la misma puede designarse como «correcto». Las reglas y formas del discurso jurídico constituyen por ello un criterio de corrección para las decisiones jurídicas.

Como caso especial del discurso práctico general, el discurso jurídico incluye las reglas y las formas del discurso práctico general. Su utilización como criterio para decisiones correctas hace necesario una referencia al discurso hipotético y al consenso hipotético. Por ello, en la medida en que en la argumentación jurídica sean necesarios argumentos prácticos generales, la teoría del discurso jurídico racional padece las inseguridades de la teoría del discurso práctico general como criterio hipotético de corrección para los enunciados normativos. Estas inseguridades ciertamente no llevan a considerar que sea inútil la teoría del discurso como criterio de corrección —puede servir de algo, especialmente como criterio negativo—, pero significan que un juicio sobre la corrección de una decisión (fuera del campo de lo necesario discursivamente) tiene siempre un carácter provisional, es decir, puede ser refutado.

El valor de las reglas y formas del discurso jurídico no se limita a la explicación del concepto de argumentación jurídica racional (y, con ello, de pretensión de corrección) y a su función como criterio de corrección hipotético. Contienen al mismo tiempo exigencias sobre las argu-

mentaciones que tienen lugar de hecho. En este sentido, constituyen una medida con que pueden contrastarse las limitaciones que son necesarias en la búsqueda de la decisión jurídica, por ejemplo, en el proceso. Por ello, hay que partir de las fórmulas antes expuestas, esto es, de que en una determinada situación están justificadas aquellas limitaciones que, en comparación con otras o por sí mismas, ofrecen una mayor oportunidad para alcanzar un resultado que también se hubiese alcanzado bajo condiciones ideales. Con ello, la teoría del discurso ofrece algo así como un criterio, en situaciones específicas, para la racionalidad de procesos de decisión, y para la racionalidad de las decisiones producidas en ellos.

Finalmente, no hay que infravalorar la función de la teoría del discurso jurídico racional como definición de un ideal. Como tal ideal, apunta más allá del campo de la Jurisprudencia. Los juristas pueden ciertamente contribuir a la realización de la razón y de la justicia, pero esto, en el sector que ellos ocupan, no pueden realizarlo aisladamente. Ello presupone un orden social racional y justo.

Decir algo en este sentido no es tarea de esta investigación. Sus fines son más limitados, y se han cumplido si es que se ha logrado hacer algo más claro que (y cómo) la Jurisprudencia es posible en cuanto campo especial de la razón práctica.

APENDICE

Manuel Atienza

TRAS LA JUSTICIA

*Una introducción al Derecho
y al razonamiento jurídico*

EDITORIAL ARIEL, S. A.
BARCELONA

000032

Para Ernesto Garzón Valdés

1.^a edición: abril 1993
1.^a reimpresión: octubre 1993
2.^a reimpresión: julio 1995
3.^a reimpresión: octubre 1997
4.^a reimpresión: julio 1999
5.^a reimpresión: febrero 2000

© 1993: Manuel Atienza

Derechos exclusivos de edición en español
reservados para todo el mundo:

© 1993 y 2000: Editorial Ariel, S. A.
Córcega, 270 - 08008 Barcelona

ISBN: 84-344-1110-5

Depósito legal: B. 112 - 2000

Impreso en España

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin

000033

Presentación	IX
CAPÍTULO PRIMERO. Una visita a la Administración de Justicia	1
1. Cómo se resuelven los casos rutinarios	1
2. Sentencias y jueces	4
3. De la jurisdicción a la legislación. El sistema jurídico	11
4. Un voto particular	20
5. Pero, ¿hay casos rutinarios? Primera aproximación al razonamiento jurídico	23
5.1. ¿Cuándo es difícil un caso?	24
5.2. Problemas de prueba	24
5.3. Problemas de interpretación	29
5.4. Algunas distinciones útiles	31
<i>Cuestiones</i>	33
CAPÍTULO SEGUNDO. Sobre los límites de la libertad de expresión	36
1. El caso y las soluciones judiciales	36
2. La respuesta del Tribunal Constitucional	41

000036

2.1. Problemas a resolver	41
2.2. Legitimación activa	42
2.3. Tutela judicial efectiva	44
2.4. Derecho al honor	45
3. Por qué se equivoca el Tribunal Constitucional: argumentación jurídica y argumentación moral	48
3.1. El carácter institucionalizado de la argumentación jurídica	49
3.2. ¿Es coherente la <i>ratio decidendi</i> de la sentencia?	52
3.3. Un criterio ineficaz	55
3.4. Sobre el Derecho y la moral	56
<i>Cuestiones</i>	60
CAPÍTULO TERCERO. ¿Qué significa igualdad de oportunidades?	62
1. El problema	62
2. Antecedentes: una orden discutible	63
3. Primera respuesta del Tribunal	65
4. ¿Algo más que una aclaración?	68
5. Argumentos y contraargumentos	71
6. Una decisión difícil	84
<i>Cuestiones</i>	86
CAPÍTULO CUARTO. Cuestiones de vida o muerte. Sobre el alcance del derecho a la vida	88
1. El problema. La huelga de hambre de los presos del GRAPO	88
2. Las soluciones judiciales	89
2.1. Derecho a vivir y obligación de mantener la vida	89

2.2. Derecho a vivir y autonomía del individuo: la obligación de mantener la vida en estados de inconsciencia	96
3. ... Y su crítica	99
3.1. Por qué es equivocada la primera solución	99
3.2. De cómo las soluciones a medias no suelen servir como solución	109
4. Derecho a vivir y derecho a morir	114
5. El Tribunal Constitucional entra en escena	117
6. Excurso: sobre la teoría de la argumentación jurídica	119
6.1. Derecho y argumentación	119
6.2. ¿Qué significa argumentar?	121
6.3. Lógica formal y argumentación	123
6.4. Cómo se argumenta frente a un caso difícil	128
7. ¿Puede equivocarse el Tribunal Constitucional?	131
8. ¿Existe siempre una respuesta correcta? Los límites de la racionalidad práctica	136
<i>Cuestiones</i>	141
CAPÍTULO QUINTO. Un dilema moral	144
1. El caso del insumiso	144
2. Una sentencia controvertida	149
3. ¿Quién se equivoca?	153
3.1. El argumento de la universalidad	154
3.2. El argumento de las consecuencias	158
3.3. El argumento de la coherencia	166
3.4. El argumento de la corrección	170
<i>Cuestiones</i>	180

CAPÍTULO SEXTO. Nacionales y extranjeros. Las (sin)razones de una discriminación	182
1. Xenofobia, racismo y emigración en Europa	182
2. Legisladores y jueces. ¿Qué son las fuentes del Derecho?	187
3. El proceso de la legislación	192
4. Razón práctica y legislación	197
4.1. Racionalidad lingüística	201
4.2. Racionalidad jurídico-formal	209
4.3. Racionalidad pragmática	218
4.4. Racionalidad teleológica	223
4.5. Racionalidad ética	229
5. Hacia una concepción unitaria y racionalista del Derecho	238
<i>Cuestiones</i>	248
Bibliografía	251
Índice de materias	257

Impreso en el mes de febrero de 2000
en HUROPE, S. L.
Lima, 3 bis
08030 Barcelona

000036

CAPÍTULO PRIMERO

UNA VISITA A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1. Cómo se resuelven los casos rutinarios

En la mañana del 13 de mayo de 1987, los tres magistrados que componían la sala segunda de la Audiencia Provincial de A. se encontraban, como de costumbre, dispuestos a celebrar las cinco o seis vistas orales que constituían su cotidiano trabajo. Para ese día tenían un caso de tráfico de drogas, tres de robo, uno de violación y otro más de falsedad y estafa. Esa mañana —como era habitual— los juicios previstos no se celebraron en su totalidad: el presunto autor de uno de los robos estaba cumpliendo condena —por otro robo— y por algún error de no se sabe quién, no se había hecho lo preciso para contar, a la ocasión, con su presencia; en el supuesto de falsedad y estafa, faltaba uno de los testigos considerados esenciales por el fiscal para sostener la acusación; y en otro de los casos de robo, quien no se había presentado era el abogado defensor —de oficio—, que esa misma mañana había sido citado por otro tribunal para actuar en un caso de malversación de fondos.

Las vistas correspondientes a los otros tres casos —que sí se celebraron— no duraron mucho: los testigos y los acusados eran pocos, y el interrogatorio por parte del fiscal y de los abogados defensores fue breve

000037

y, aparentemente, satisfactorio para ambas partes. Tampoco duró mucho el interrogatorio al médico forense que actuaba como perito en el supuesto de violación. Tras el desarrollo de la **vista oral**,

En nuestro sistema jurídico, en el **proceso penal** se han distinguido, básicamente, dos fases: **sumario** y **juicio oral** (Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882). Esta denominación se conserva hoy para el proceso por delitos graves, pues en el llamado abreviado, posteriormente introducido para los delitos de menor gravedad, la primera fase recibe el nombre de **diligencias previas**. En todo caso, el sumario y las diligencias previas —competencia del juez de instrucción— están integrados por actos de investigación, que se realizan sólo con presencia de las partes, salvo que sean expresamente declarados secretos para ellas (el secreto nunca afecta al Fiscal). Tales actos se documentan a medida que tienen lugar, para su posterior traslado al órgano encargado de juzgar. En el juicio, generalmente público, el tribunal (unipersonal o colegiado) presencia la práctica de las pruebas propuestas por la acusación y la defensa (declaración del acusado, testigos, peritos), recibe documentos y oye los informes verbales de las partes. Después, tomando en consideración el resultado del juicio y el **derecho vigente** (esto es, las normas aplicables al caso), delibera hasta llegar a una decisión. En la fase de investigación, prevalece el **principio inquisitivo**, es decir, el juez actúa sobre todo por propia iniciativa (*inquirere*), aunque también las partes pueden pedirle la práctica de diligencias que les interesen. En el juicio oral predomina el **principio acusatorio**: el tribunal adopta una posición esencialmente pasiva mientras las partes —acusación (normalmente el Ministerio Fiscal) y defensa— contienden en pie de igualdad ante él, que dirige el debate y, después, dicta sentencia.

la deliberación por parte de los magistrados fue, en dos de los casos, prácticamente inexistente. En el supuesto de robo, la prueba era sencillamente abrumadora; tanto, que el acusado —bien aconsejado por su abogado defensor— había optado por reconocer los hechos y «conformarse» con la pena que le impusiera

la sala; como «premio» a esa actitud (y teniendo en cuenta que el acusado era menor de 18 años en el momento de cometer el delito —dos años antes— y que el valor de lo robado no llegaba a 30.000 ptas.), el ponente del caso propuso una pena de cuatro meses y un día, la cual fue aceptada sin discusión por los otros dos magistrados.

El artículo 9.3 del Código penal establece como una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal «la de ser el culpable menor de dieciocho años». Por otro lado, el artículo 505 establece para el robo una pena de prisión menor (de 6 meses y 1 día a 6 años) o de arresto mayor (de 1 mes y 1 día a 6 meses), según que el valor de lo robado exceda o no de 30.000 pesetas.

En el supuesto de violación, por el contrario, la prueba, a juicio de los tres, resultaba insuficiente para justificar una condena que en ningún caso podía ser inferior a doce años y un día, pues ése es el mínimo de la pena de reclusión menor con que el Código penal español condena la violación. Los tres pensaban que muy probablemente los procesados habían cometido el delito de que se les acusaba, pero el único testigo con que se contaba —como es habitual en las violaciones— era la propia víctima. Por otro lado, los hechos habían tenido lugar el día 19 de julio (del año anterior), pero la denuncia no se había formulado hasta el 25 y el reconocimiento forense se había efectuado el 29; seguramente como consecuencia de ello, el informe escrito del forense, ratificado en todos sus extremos en la vista oral, era poco concluyente: la víctima presentaba rastros de lesiones (básicamente, erosiones en la espalda) que podían ser indicio de que se hubiese ejercido sobre ella violencia sexual, pero esto no podía asegurarse. La sentencia de absolución, por otro lado, lo era sólo relativamente: los dos acusados llevaban nueve meses en prisión provisional, de manera que, si habían cometido

la violación, no podía decirse que su acción hubiese quedado impune.

El último caso, el del delito contra la salud pública (este es el título bajo el que el Código penal español incluye el tráfico de drogas), parecía también, en principio, carente de complicación. Pero ya se sabe que, a veces, las apariencias —incluidas las apariencias jurídicas— engañan. Aunque se intentó el acuerdo, no fue posible alcanzarlo: dos de los magistrados eran partidarios de condenar al acusado, aunque fuera a una pena mínima, pero el tercero insistía en la absolución. El resultado de la deliberación —en realidad, tampoco aquí demasiado larga— fue una sentencia condenatoria acompañada de un voto particular —del tercer magistrado— que disenta de la misma. Examinemos ahora ambas decisiones con algún detalle.

2. Sentencias y jueces

En nuestro sistema jurídico, las **sentencias** tienen que estar redactadas de una determinada forma. Se comienzan con un **encabezamiento** en donde se indica la fecha de la resolución, el órgano judicial que la dicta y otra serie de datos que permiten, por así decirlo, identificar el caso. En el que nos ocupa, se señalaba que se trataba de una causa procedente del Juzgado de Instrucción n.º 2 de E., seguida de oficio contra el acusado M.R.C., insolvente y en libertad provisional por esa causa; estaba representado por el **procurador** J.A.S. y defendido por el **letrado** E.M.P.; en la causa había sido parte acusadora el **Ministerio Fiscal** y como ponente de la sentencia se designaba al magistrado S.A.D.

En el proceso penal no son normalmente los ciudadanos, sino un órgano estatal el **Ministerio Fiscal**, quien dirige y dirige la actividad procesal. Ejecuta la función

de parte acusadora. De todas formas, aunque el fiscal juega un papel especialmente destacado en el proceso penal, también interviene en ocasiones, por razones de interés público o social, en el proceso civil, laboral o constitucional.

El asesoramiento y defensa de los «justiciables» en cualquier tipo de proceso lo llevan a cabo los **abogados**, o letrados, mientras que los **procuradores** se ocupan de representarles procesalmente.

El lector ya habrá reparado sin duda en que el ponente de la sentencia —cuando quien decide es un órgano colegiado, esto es, un **tribunal** y no un **juzgado**—

Los **juzgados** y los **tribunales** son los órganos que ejercen la llamada **función jurisdiccional**, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En España existen las siguientes clase de juzgados, esto es, de órganos judiciales unipersonales: Juzgados de paz, de primera instancia e instrucción, de lo penal, de lo contencioso-administrativo, de lo social, de menores y de vigilancia penitenciaria. Los órganos jurisdiccionales colegiados (los tribunales) son las Audiencias provinciales, los Tribunales superiores de justicia, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

El **Tribunal Constitucional** no forma parte de la jurisdicción ordinaria. La Constitución le atribuye las funciones de conocer del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, del recurso de amparo y de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de las de éstas entre sí.

es el juez encargado de redactar la decisión que, sin embargo, aparece firmada por todos los miembros, incluidos los posibles disidentes. En otros sistemas jurídicos —por ejemplo, en el **common law** de Inglaterra— se procede de manera diferente: no hay un ponente, sino que —tras la deliberación— cada miembro del tribunal escribe y fundamenta su parecer.

Los ordenamientos jurídicos vigentes en la actualidad obedecen básicamente a dos modelos: uno lo constituye el llamado **derecho continental** o **romano-germánico** y

otro el modelo de *common law*. Estos dos tipos de Derecho se originaron en Europa y luego se extendieron por otras partes del mundo. El primero, por ejemplo, está vigente —además de en los países del continente europeo— en toda Latinoamérica. Y el segundo, no sólo en Inglaterra —en donde surgió a lo largo de la Edad Media: el *common law* empezó siendo el «Derecho común» a todo el reino tras la conquista normanda— sino también en los Estados Unidos de Norteamérica —con alguna excepción—, en Canadá, Australia o la India. La diferencia fundamental entre ambos sistemas es que en el primero el Derecho se configura básicamente como un conjunto de normas generales y abstractas que los jueces han de aplicar para resolver los casos concretos; mientras que en el segundo —en el *common law*— el Derecho aparece más bien como una creación de los jueces, esto es, como el conjunto de las resoluciones que los jueces van dando a los casos que se les presentan. En los sistemas de Derecho continental —como el español— prima, pues, la idea de legislación o de **codificación**: el Derecho tiende a presentarse en forma sintética y sistemática; mientras que el *common law* es un Derecho casuístico, en que lo fundamental es el **precedente**: las decisiones establecidas anteriormente para casos semejantes y a las que se otorga valor vinculante.

Suele decirse que ambos sistemas están evolucionando en un sentido convergente. Así, en los países de Derecho continental el Derecho codificado cubre un área cada vez más pequeña del conjunto del ordenamiento, al tiempo que el precedente —especialmente en los países que disponen de un tribunal constitucional— es cada vez más importante. Y en los países de *common law*, el fenómeno es justamente el inverso: la legislación (lo que ahí se llama *statute law* y que se contrapone al *common law*, esto es, al Derecho de creación judicial) es dominante en sectores enteros del Derecho (especialmente, en las ramas más características de las sociedades contemporáneas: Derecho del trabajo, de sociedades, de seguros, etc.). Con todo, la diferencia entre uno y otro modelo sigue siendo muy notable y se advierte en numerosos aspectos: organización de tribunales, diseño de las instituciones jurídicas básicas, formación del jurista, etc. Por ejemplo —y en relación con este último aspecto— el jurista del *common law* tiende a interpretar las leyes en una forma mucho más restrictiva que el de formación de tipo continental lo que, naturalmente,

ocasiona muchos problemas a la hora de desarrollar un Derecho aplicable a países de una u otra tradición, como es el caso del Derecho comunitario europeo.

Al encabezamiento le sigue la narración de los hechos: Algunos jueces dividen esta parte de la sentencia en dos apartados. En uno —los *antecedentes de hecho*— exponen lo que puede llamarse «hechos procesales» o «hechos institucionales»: cuál fue la petición del fiscal o de la defensa, qué resolvieron anteriormente otros órganos judiciales —si se trata de un recurso—, etc. En el otro apartado —*hechos probados*— se fijan los hechos —digamos, los hechos del mundo exterior que conforman el caso jurídico a resolver— tal y como se acepta que ocurrieron tras la práctica de las pruebas oportunas. Pero otras veces no se hace esta distinción y ambos tipos de hechos se contienen en un mismo apartado.

Artículo 248.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: «Las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo. Serán firmadas por el Juez, Magistrado o Magistrados que las dicten.»

En la sentencia que ahora nos interesa, como **antecedentes de hecho** aparecen los tres siguientes:

PRIMERO. Probado, y así se declara, que el procesado M.R.C., nacido el 15 de noviembre de 1963, el día 6 de junio de 1984 acudió al Depósito Municipal Carcelario de E., en el cual se encontraba privado de libertad su amigo E.P.B. y, con el fin de que lo hicieran llegar a éste, a los agentes de la autoridad que en dicho centro estaban de servicio, les entregó un paquete de cigarrillos que en su interior contenía 1,166 gramos de hachís, producto que no llegó a su destinatario en cuanto

000040

que fue descubierto por dichos agentes cuando procedieron a verificar lo que dicho paquete tenía en su interior. Se desprenden dichos hechos de la existencia real de dicho producto que fue analizado y de la declaración de los agentes referidos en fase sumarial y en el acto del juicio oral de uno de ellos, ya que el otro en este acto no pudo efectuarlo por su fallecimiento en época anterior.

SEGUNDO. Que el fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos procesales como constitutivos de un delito contra la salud pública del artículo 344, párrafos 1 y 2 (difusión en establecimiento penitenciario) del Código penal,

El primer y segundo párrafo del artículo 344 del Código penal, de acuerdo con el texto vigente en el momento de comisión de los hechos juzgados por la sentencia, establecía lo siguiente:

Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, o las poseyeran con este último fin, serán castigados con la pena de prisión menor o multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en centros docentes o establecimientos penitenciarios, cuando el culpable perteneciere a una organización que tuviera como finalidad difundirlas, así como cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia.

Con posterioridad a esta fecha, la regulación del delito de tráfico de drogas ha sido modificada, pero en aspectos que no afectan al caso que nos ocupa.

de cuyo delito consideró autor responsable al procesado; no apreció circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y pidió se le impusiera la pena de 1 año de prisión menor, accesorias y costas.

TERCERO. Que la defensa en sus conclusiones definitivas disintió del relato de los hechos del Ministerio Fiscal, y al entender que el procesado no había reali-

La parte tercera de la sentencia la constituyen los **fundamentos de Derecho**; ahí se indica cuáles son las normas vigentes bajo las que se subsumen los hechos del anterior apartado. He aquí como se formulan en el caso que estamos analizando:

PRIMERO. Que los hechos declarados probados en esta sentencia son constitutivos de un delito contra la salud pública definido y penado en el artículo 344, párrafos 1 y 2 del Código penal en cuanto el procesado atentó de forma genérica contra el bien protegido de la salud pública de la comunidad con un acto de distribución de un producto tóxico —hachís— en un centro penitenciario, lo cual supone la concurrencia de los requisitos que integran dicha figura penal que merece una sanción agravada por la concurrencia de la especialidad del lugar en que se encontraba el destinatario de dicho producto.

SEGUNDO. Que del expresado delito es criminalmente responsable en concepto de autor el procesado M.R.C. por haber tomado parte directa y voluntaria en la ejecución.

TERCERO. Que en la ejecución del mencionado delito no han concurrido circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal.

CUARTO. Que la responsabilidad penal lleva consigo la civil y las costas se imponen por ministerio de la Ley.

VISTOS además los artículos 1, 3, 12, 14, 23, 24, 27, 30, 33, 38, 39, 47, 49, 59, 61, 78, 101, 104 y 109 del Código penal y los 141, 142, 239, 240, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Finalmente, la sentencia termina con una *parte dispositiva* que contiene el **fallo**: la solución del caso. Esa decisión es un acto normativo (que, según los casos, prohíbe, obliga o permite hacer ciertas cosas), cuyo contenido vendría a ser la conclusión de un razonamiento lógico —de un silogismo— que tiene

como premisa mayor los fundamentos de Derecho y como premisa menor los antecedentes de hecho. ¡Hela aquí!

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al procesado en esta causa M.R.C. como autor **responsable**

«**Responsable**» significa aquí que a la persona se le pueden imputar sus acciones, es decir, que podía dirigir sus actos y comprender el valor o disvalor de los mismos. Precisamente por ello se le impone una **sanción**. En Derecho penal, el individuo a quien se debe aplicar la sanción es siempre aquel que ha cometido el **acto ilícito**; por eso se dice que el Derecho penal (moderno) sólo conoce la responsabilidad directa. Sin embargo, en otras ramas del Derecho existen supuestos de responsabilidad indirecta, en que uno y otro sujeto no coinciden; por ejemplo, los padres son responsables por los daños causados por sus hijos, pero lo son civilmente, no penalmente: no se les puede imponer una pena de cárcel, pero en determinados supuestos deberán indemnizar a terceros. La distinción entre **responsabilidad directa e indirecta** no coincide con otra importante distinción que suele trazarse entre **responsabilidad subjetiva y objetiva**. Se habla de responsabilidad subjetiva cuando al sujeto se le impone una sanción (en sentido amplio, incluyendo la obligación de indemnizar) como consecuencia de haber realizado un acto ilícito en forma dolosa o negligente; la responsabilidad penal —en el Derecho penal del Estado de Derecho— es también exclusivamente responsabilidad subjetiva o por culpa (en sentido amplio, la culpa abarca tanto las conductas dolosas como las culposas o negligentes). La responsabilidad objetiva (o por resultado) tiene lugar cuando el acto ilícito se ha realizado sin **dolo** ni **culpa**. No todos los casos de responsabilidad indirecta lo son de responsabilidad objetiva y hay casos de responsabilidad directa, pero objetiva; por ejemplo, cuando existe obligación de indemnizar por daños producidos por una acción contaminante sin que haya mediado dolo ni culpa. En el Derecho actual se tiende a ampliar cada vez más los supuestos de responsabilidad objetiva (piénsese, por ejemplo, en el Derecho del consumo).

de un delito contra la salud pública, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la

responsabilidad criminal, a la pena de SIETE MESES DE PRISIÓN MENOR, a la accesoria de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante todo el tiempo de la condena y al pago de las costas del juicio.

Aprobamos por sus mismos fundamentos el auto de insolvencia del procesado que dictó el Juzgado Instructor.

Así por nuestra Sentencia definitiva, contra la que no cabe recurso ordinario, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

3. De la jurisdicción a la legislación. El sistema jurídico

Aunque hay sistemas en que los jueces no están obligados a redactar las sentencias de la forma que hemos visto (sino que se permite la utilización de un estilo más libre), de hecho, cualquier decisión jurisdiccional que no sea arbitraria, es decir, que aspire a estar racionalmente justificada, obedece a una misma estructura que es, precisamente, la que antes se ha indicado. Pues **justificar** —esto es, dar razón de— una decisión consistente en condenar a A a una determinada pena de prisión (o en obligar a B a indemnizar a C con una determinada cantidad de dinero; o en atribuir a D —y no a E que también lo pretendía— la propiedad del bien F; o en obligar a G a derribar un edificio construido sin la debida licencia; o en declarar improcedente el despido de H; o en anular un reglamento por ilegal o una ley por inconstitucional, etc.) sólo parece que pueda hacerse mostrando que, en efecto, han tenido lugar una serie de hechos, y que existía previamente a la decisión —o bien se ha creado en la resolución del caso— una **norma jurídica válida** —es decir, dictada de acuerdo con los procedimientos establecidos, y no derogada— que establece que ese tipo de hechos debe tener esas consecuencias jurídicas: por ejemplo, el tráfico de drogas en un establecimiento penitenciario debe castigarse con prisión menor.

Naturalmente, en un sistema jurídico

Se habla de **sistema jurídico** en un sentido amplio o de **ordenamiento jurídico** (que vienen a ser prácticamente términos sinónimos) para indicar que el conjunto de normas de que se compone un determinado Derecho es un conjunto ordenado. La relación de orden más importante es la de **jerarquía normativa**; así, la constitución es de jerarquía superior a la ley ordinaria, lo que quiere decir que ésta no puede prevalecer frente a la primera; la ley tiene una jerarquía superior a los reglamentos que la desarrollan, etc.

En sentido estricto, en sentido lógico, las normas jurídicas sólo forman un sistema cuando no generan **lagunas** —no hay casos sin resolver—, ni **contradicciones** —no hay ningún caso resuelto por más de una norma en forma incompatible—, ni **redundancias** —no hay casos resueltos por más de una norma en forma coincidente. Un sistema normativo tiene, por tanto, las propiedades de **plenitud** (ausencia de lagunas), **consistencia** (ausencia de contradicciones) y **economía** (ausencia de redundancias). Un Derecho positivo —o un sector del mismo— puede o no ser un sistema en este sentido estricto o, mejor, puede serlo en mayor o menor grado.

Por otro lado, los sistemas normativos constan no sólo de **normas**, sino también de otros enunciados, como las **definiciones**, que en sí no tienen carácter normativo, esto es, no obligan, prohíben o permiten realizar alguna acción, pero que tienen consecuencias normativas. Por ejemplo, el artículo 315 del Código civil, cuando dice que «la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos» contiene simplemente una definición de lo que es, a efectos jurídicos, la mayoría de edad. Pero esa definición tiene consecuencias normativas en relación, por ejemplo, con el derecho de voto que sólo se reconoce con la mayoría de edad.

no existen únicamente normas como la anterior que establecen una **sanción** para el caso de que se realice un determinado tipo de acto (un **ilícito**).

«**Sanción**» se emplea aquí en el sentido restringido de sanción penal. En un sentido más amplio, serían sanciones todas aquellas consecuencias jurídicas desfavorables que se conectan con el incumplimiento de un deber (por

ejemplo, no sólo la pena de prisión, sino también una multa por aparcar en lugar prohibido, etc.). Y en un sentido amplísimo, se habla de sanción para referirse a las consecuencias jurídicas de las acciones: es decir, el establecimiento de sanciones es un mecanismo para lograr que se cumpla el contenido de las normas; en este último contexto cabe hablar tanto de sanciones negativas (prisión, multa, etc.) como positivas (quedar exento del pago de matrícula, obtener una bonificación fiscal, etc.).

En forma correlativa, puede decirse que el acto contrario al ordenamiento jurídico que origina la sanción en el primero de los sentidos indicados es un **ilícito** penal. En el segundo caso, cabría hablar no sólo de ilícitos penales, sino también civiles, administrativos, etc. Obviamente, las sanciones positivas no son consecuencia de actos ilícitos, sino de actos lícitos, esto es, conformes con el ordenamiento jurídico.

Muchas otras normas ordenan realizar ciertas acciones, prohíben que se hagan otras o autorizan unas terceras sin establecer propiamente sanciones, aunque sí algún tipo de consecuencia jurídica (por ejemplo, la nulidad de un determinado acto, un cambio de estatus jurídico, una indemnización, etc.).

Alguna de esas consecuencias sólo serían **sanciones** si esta expresión se emplea en sentido amplísimo. Y esto último es incluso discutible en el caso de la nulidad.

Básicamente, los sistemas jurídicos desarrollados están integrados por dos tipos de normas: unas se dirigen a los individuos en general y establecen que ciertos comportamientos son obligatorios, prohibidos o permitidos; otras, por el contrario, se dirigen a los órganos jurídicos y establecen poderes para modificar o aplicar las anteriores normas. Unas y otras poseen, en general, estas dos características: son **generales** (esto es, tienen como destinatarios —como destinatarios potenciales— clases de individuos y no un individuo en particular) y **abstractas** (no regulan una acción concreta y determinada, sino clases de acciones). Esas dos

características permiten que las normas jurídicas —o, mejor dicho, las normas jurídicas de los tipos antes indicados— puedan usarse como la premisa mayor del esquema justificativo de una decisión jurídica; el fallo de una sentencia (por ejemplo, «debemos condenar a M.R.C. a la pena de siete meses de prisión menor») es también una norma, pero **particular y concreta**, de manera que ella no puede servir para justificar decisiones en otros casos: su virtualidad se agota en resolver un caso individual que, naturalmente, es irrepetible.

La existencia de esos dos tipos de normas y el lugar prominente que ocupan en nuestros Derechos se conecta de manera muy estrecha con la exigencia de **seguridad jurídica**, que es uno de los valores básicos que debe realizar el Derecho: hacer que se puedan prever las consecuencias de las conductas, es decir, que cada cual pueda saber —por lo menos hasta cierto punto— a qué atenerse. Ahora bien, es importante darse cuenta de que no podría existir un orden social (por lo menos en sociedades con un cierto grado de complejidad) si solamente existieran normas del primero de los tipos indicados, esto es, normas que se dirigen a la gente en general y que prohíben, obligan o permiten hacer determinadas acciones. Un defecto importante es que un sistema jurídico que contuviera sólo esas normas sería sumamente estático y no podría adaptarse a los cambios que se fueran produciendo en la sociedad. Por eso, nuestros Derechos contienen normas que regulan la actuación de los órganos —los **legisladores** en sentido amplio— encargados precisamente de introducir nuevas normas y de eliminar otras hasta entonces vigentes. Pero este recurso resulta todavía insuficiente para lograr que un sistema jurídico pueda servir, en efecto, como un sistema de control social. Hay al menos estas dos razones que lo harían imposible: una es que no todos estarían dispuestos —o no lo estarían siempre— a cumplir voluntariamente con lo dispuesto en las otras

normas. Y la otra es que, en ocasiones, podrían surgir dudas sobre cómo deben interpretarse las normas o sobre si efectivamente ocurrieron o no los hechos a que las mismas se refieren. Las normas del segundo tipo que hemos visto —o una parte de ellas— permiten también hacer frente a esos dos defectos, al establecer y regular la actuación de órganos —**jueces**— que toman decisiones que pueden imponerse incluso frente a quien no acepta las normas y que evitan que un determinado problema quede sin resolver debido a las dificultades antes señaladas.

A las normas del primer tipo, esto es, las que se dirigen a la gente en general y que prohíben, obligan o permiten hacer determinadas acciones se las llama, en la terminología de Hart (1963) **normas primarias**. Las otras son **normas secundarias**, es decir, normas que se refieren a las normas primarias. Hemos visto dos subtipos de normas secundarias: las **normas de cambio** y las **normas de adjudicación** o de aplicación. Además, Hart distingue una tercera modalidad, la **regla de reconocimiento** (en singular) que es aquella que contiene los criterios para saber —para reconocer— cuándo alguna de las otras normas pertenece o no al sistema jurídico de que se trate. La tesis fundamental de Hart es que los Derechos de las sociedades desarrolladas deben verse como una combinación de normas de estos dos tipos.

En la teoría de Hans Kelsen [1979; 1987] (él y Hart pueden considerarse como los dos teóricos del Derecho más importantes del siglo; en buena medida, la teoría del Derecho de Hart viene a ser una corrección de la de Kelsen) el concepto equivalente al de regla de reconocimiento es el de **norma fundamental**. La norma fundamental de un ordenamiento jurídico no es la constitución, sino la norma que establece que se debe obedecer a la constitución; como, según Kelsen, una norma es válida si ha sido dictada de acuerdo con los procedimientos establecidos en una norma superior, tenemos que remontarnos a un último criterio de validez (que permita explicar también por qué es válida la constitución) y ese criterio es la norma fundamental. Cual sea su naturaleza (o la de la regla de reconocimiento) es uno de los problemas más intrincados y discutidos de la teoría del Derecho.

Los jueces, en suma, parecen tener la misión de que cada caso jurídico —por complejo que sea— se resuelva de una única manera y que esa resolución se imponga sin contar con el consentimiento de los afectados. En resumen, el Derecho no podría operar como un sistema de seguridad (o por lo menos, lo haría de una manera muy deficiente; más o menos, como lo hace la moralidad social) si no existieran ambos tipos de órganos: legisladores y jueces.

Ahora bien, si es necesario que en una sociedad existan **órganos** (o sea, individuos) dotados de tan extraordinario poder, entonces parece también razonable pretender que ese poder esté, al menos en alguna medida, controlado. En el caso de los legisladores, el procedimiento más adecuado parece ser un sistema de elección democrática para designar al menos a quienes hayan de elaborar las normas jurídicas de mayor importancia (esto es, los legisladores en sentido estricto); y como el Derecho no es sólo un conjunto de normas, sino un conjunto ordenado y jerarquizado, ese control se transmite también al resto de los órganos productores de normas (es decir, a los órganos administrativos en general). Pero el sistema democrático no parece que pueda ser el sistema a utilizar para designar quiénes deban ser jueces en sociedades tan complejas como las nuestras. Por un lado, porque para ello se necesita un especial tipo de conocimiento —de conocimiento jurídico— que sólo poseen algunos miembros de la sociedad. Por otro lado, porque un sistema de elección democrática (como el que permite elegir a los parlamentarios) introduciría elementos de inestabilidad sumamente disfuncionales en el caso de los jueces. ¿Pero cómo se puede entonces limitar su poder? El mecanismo más importante —y más obvio— consiste en que los jueces —en los sistemas evolucionados— tienen la obligación de resolver los casos que se les presenten no de cualquier manera sino de acuerdo con

el **Derecho vigente**; su sometimiento al Derecho —que es la otra cara de la independencia judicial— implica que ellos están libres —al menos lo están institucionalmente— de influencias políticas o de otro tipo, ajenas al ordenamiento jurídico. Además, al igual que las normas, los jueces están jerarquizados y existe un sistema de recursos, de manera que sus decisiones pueden ser revisadas —y, llegado el caso, corregidas— hasta llegar, como es lógico, al órgano de **última instancia**; por ejemplo, en el caso antes descrito lo sería la propia Audiencia provincial, como se señala en su *parte dispositiva*. En algunos sistemas jurídicos —no en el nuestro, a pesar de que existe un mandato constitucional en este sentido— existe la institución del **jurado** que contribuye a que en la aplicación del Derecho penetren las opiniones sociales dominantes. En otros, en fin, existe un **tribunal constitucional** que al ser el intérprete máximo de la **constitución** —de las normas dotadas de máxima jerarquía y que no pueden ser contradichas por las otras, de rango inferior— encauza hasta un cierto punto el desarrollo judicial y legislativo del Derecho. El nombramiento de los miembros de ese tribunal está a su vez controlado —total o parcialmente— por los otros poderes del Estado: el legislativo y el ejecutivo.

En todo caso, el deseo —o la necesidad— de garantizar la *autoridad* de las decisiones judiciales explica que históricamente —y aún hoy en muchos países de nuestro entorno cultural, como Francia, Italia o los Países Bajos— no se admita la discrepancia judicial; o, mejor dicho, no se admite que la misma pueda exteriorizarse. Así, en el caso de España, antes de la promulgación de la Constitución de 1978 no existía la institución del **voto particular**; el juez que tuviese una opinión diferente a la de la mayoría del tribunal —como ocurre en el caso que se está comentando— sólo podía plantear un *voto reservado*: su opinión no se

publicaba y únicamente servía a efectos de recurso y de salvar su posible responsabilidad. Hoy, sin embargo, se suele aceptar que la existencia de discrepancias —mientras permanezcan dentro de límites razonables—

Por ejemplo, la práctica del Tribunal Constitucional español (en donde se ha planteado, aproximadamente, un voto particular cada doce decisiones) estaría claramente dentro de ese límite de razonabilidad (véase Ezquiaga, 1990, p. 108).

no sólo no erosiona la autoridad de los tribunales, sino que en ocasiones permite incluso salvar su prestigio. Unos días antes de escribir estas líneas, la Corte Suprema de los Estados Unidos, que es sin duda el tribunal más poderoso de la tierra, dictó una resolución [el 16 de junio de 1992] justificando el *secuestro* de sospechosos en el extranjero por parte de la policía norteamericana, con el peregrino argumento de que «el secuestro del acusado no violó el tratado de extradición de 1978 [se trataba del secuestro de un mexicano prófugo de la justicia estadounidense] porque no hay ningún artículo que expresamente prohíba secuestros internacionales». El hecho de que tres magistrados (de los nueve que componen el Tribunal) se opusieran a la sentencia y manifestasen abiertamente su discrepancia permitirá seguramente a muchos seguir sintiendo respeto por esa institución. Por lo demás, la manifestación de las discrepancias contribuye a que los argumentos de la mayoría se formulen de una manera más clara y cuidadosa, lo que facilita también su crítica racional. Y los votos discrepantes de la minoría, en fin, han sido en muchos casos el anuncio de un cambio jurídico en estado de gestación.

Antes de transcribir el voto particular del magistrado discrepante de la opinión reflejada en la sentencia sobre tráfico de drogas, quisiera corregir un posible

malentendido en el que quizás haya caído más de un lector y no por su culpa. Pues tal y como se acaban de presentar las cosas, podría parecer que los jueces son algo así como órganos secundarios, en el sentido de que su existencia depende —o es una consecuencia— de la de los órganos legislativos: el momento de la producción del Derecho antecede al de su aplicación a los casos concretos; la **legislación** —en sentido amplio— es previa a la **jurisdicción**.

Las cosas, sin embargo, no han sido históricamente así, y por algo. En la evolución del Derecho, la existencia de órganos judiciales ha precedido a las legislaturas. Si por legislación —en sentido amplio— se entiende la producción deliberada de normas jurídicas que luego deben ser aplicadas por los jueces, entonces puede decirse que ha habido muchos Derechos carentes de órganos legisladores (en los sistemas jurídicos más primitivos las normas jurídicas son básicamente **consuetudinarias**), mientras que la existencia de jueces es seguramente consustancial al Derecho. Lo esencial de la jurisdicción —de la función judicial— no es resolver casos —conflictos sociales— de acuerdo con normas preestablecidas —esto sólo caracteriza al Derecho cuando se ha llegado a un cierto grado de desarrollo y, por cierto, no deja de tener excepciones—, sino hacerlo tomando decisiones que cuentan con un respaldo coactivo y que son imparciales, en el sentido de que el juez es un tercero que se sitúa por encima de las partes en litigio. Por este motivo la resolución judicial de conflictos se distingue de otras formas de solventarlos, como la mediación, la negociación, el arbitraje o la venganza privada. Por lo demás, todos los sistemas jurídicos —en mayor o en menor medida— admiten que los jueces —o algunos jueces—, al resolver casos concretos crean normas generales y abstractas (**precedentes**) que, en lo sucesivo, son obligatorias para los otros órganos judiciales —y, hasta cierto punto, también

para ellos mismos. En definitiva, la diferencia entre los jueces y los legisladores —como se irá viendo en capítulos sucesivos— no tiene perfiles completamente nítidos pero, naturalmente, ello no debe llevar tampoco a pensar que no exista ninguna diferencia.

4. Un voto particular

Y ahora sí que parece llegado el momento de transcribir, por fin, el voto particular que, como la sentencia de la que disiente, está estructurado de acuerdo con las cuatro partes antes distinguidas. Veámoslo:

Voto particular formulado por el magistrado R.A.M. disintiendo de la sentencia n.º... y en aplicación del artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder judicial.

ENCABEZAMIENTO

Por reproducido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Que el procesado M.R.C., nacido el 15 de noviembre de 1963, el día 6 de junio de 1984 acudió al Depósito Municipal Carcelario de E. portando un paquete de cigarrillos en cuyo interior los agentes de la autoridad que estaban de servicio en dicho Centro encontraron un «papelito» que contenía 1,166 gramos de hachís.

SEGUNDO. Por reproducido.

TERCERO. Por reproducido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que aun considerando ser cierto el hecho de que el procesado introdujo en el Depósito Municipal

nicipal de E. 1,166 gramos de hachís, sin embargo no ha resultado probado que lo hiciera con la finalidad de hacérselo llegar a su presunto amigo E.P.B., quien entonces se encontraba privado de libertad en dicho Centro. Como es obvio, sin este requisito (finalidad de tráfico) no puede entenderse realizado el tipo penal del artículo 344, apartados 1 y 2. En efecto, las declaraciones efectuadas por los dos agentes de la autoridad en fase sumarial no puede considerarse que hayan sido ni siquiera ratificadas en el acto del juicio oral. El primero de ellos, V.G.A., no pudo testificar por haber fallecido en fecha anterior a la de la celebración del juicio oral. Y el segundo, G.R.P., manifestó, como consta en el acta del juicio oral, que él no fue «el que registró al procesado», que «lo sabe (lo declarado en el juicio y ante el juez) por lo que dijo su compañero» y que «él estaba atento a la centralita de teléfonos». Además, la escasa cantidad de droga intervenida (1,166 gramos de hachís) debe llevarnos a presumir que la misma estaba destinada al autoconsumo del procesado, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, por ejemplo, en las sentencias de 26-IX-1983, R.A. 4.579 (2,350 gramos de hachís), 14-XI-1983, R.A. 5.489 (12 gramos de hachís) y 3-VII-1984, R.A. 3.777 (27 gramos de hachís). Esta presunción no puede entenderse destruida por el hecho de que el hachís estuviera oculto en el interior de un paquete de cigarrillos, pues tal circunstancia lo único que probaría sería el deseo del procesado de que la droga en cuestión pasase inadvertida.

SEGUNDO. Que aunque careciera de validez el anterior fundamento, es decir, aunque se considerara probado (y no es el caso) que el procesado introdujo la droga con la finalidad de hacérsela llegar al entonces detenido en el Depósito Municipal Carcelario de E., E.P.B., sin embargo, no por ello habría que considerar que los hechos constituirían un delito tipificado en el artículo 344, párrafos 1 y 2 del Código penal. En particular, no podría estimarse realizado el tipo básico y genérico del apartado 1 de dicho precepto si se

000047

consideran, conjuntamente, las siguientes circunstancias: A) La escasa cantidad de hachís intervenida, que apenas alcanzaría, según información de la Dirección General de la Policía, que consta en el sumario, las 1.000 pesetas y tan sólo permitiría, según información que este magistrado ha podido recabar por otros medios, la confección de dos o tres «canutos». B) El hecho de que, en todo caso, se trataría de una donación que tan sólo repercutiría en el consumo de E.P.B., a quien hay que considerar iniciado con anterioridad a estos hechos en el consumo de hachís. C) El hecho de que aunque el hachís se considere en efecto una sustancia nociva para la salud, no parece claro que lo sea en mayor medida que otras drogas «legales» como el alcohol y el tabaco, sobre todo teniendo en cuenta que aquí se trata de poco más de un gramo de una de las drogas denominadas habitualmente «blandas», mientras que el tabaco y el alcohol pueden consumirse en nuestro país legalmente sin ninguna limitación. Naturalmente, faltando el tipo básico, genérico, del párrafo 1 del artículo 344 del Código penal, no cabe pensar que pueda realizarse el tipo agravado del párrafo 2 de dicho artículo.

TERCERO. Que aunque también el anterior fundamento careciera de validez, es decir, aun cuando se considerara que los hechos juzgados caen dentro del ámbito de conductas tipificadas genéricamente en el párrafo 1 del artículo 344 del Código penal (lo que no es el caso), sin embargo, no por ello habría que considerar como realizado el tipo agravado, más específico, del párrafo 2 de dicho artículo. Prescindiendo de consideraciones de política legislativa referentes a la defectuosa, criticable y criticada en general por la doctrina penal, redacción del artículo 344 párrafo 2 del vigente Código penal, que ha llevado a los autores de la propuesta del anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 a modificar drásticamente el tenor de dicho párrafo (art. 332.2 de dicho anteproyecto), el argumento que permite justificar la anterior afirmación sería, en esencia, el siguiente. Si se considerara que hechos tales

como los aquí supuestos satisfacen el tipo penal del párrafo 2 del artículo 344, entonces nos encontraríamos con una situación paradójica y manifiestamente injusta, en cuanto que cabría considerar como constitutivas de un tipo penal «agravado» conductas que cualquier persona razonable estimaría como de mucha menor gravedad que otras constitutivas tan sólo del tipo básico del párrafo 1, penadas, por tanto, con una pena inferior. Y ciertamente no resulta inevitable presuponer una tal «voluntad» en el legislador que llevó a cabo la reforma del Código penal en 1983.

PARTE DISPOSITIVA

Que debo absolver y absuelvo al procesado M.R.C. del delito contra la salud pública de que era acusado en esta causa.

5. Pero, ¿hay casos rutinarios? Primera aproximación al razonamiento jurídico

El caso de M.R.C. nos ha permitido hasta ahora —o, al menos, ésa ha sido la intención del autor de este libro— presentar algunos rasgos importantes de la experiencia jurídica —básicamente de la experiencia judicial—, así como una serie de conceptos básicos del Derecho. Sin embargo, no puede decirse que nos haya servido para aprender mucho acerca del **razonamiento jurídico**: tan sólo que las resoluciones judiciales están estructuradas de acuerdo con un esquema justificatorio que es, además, un esquema de tipo lógico o silogístico. Como ahora disponemos del texto de la sentencia y del voto particular, podemos proceder a un análisis comparativo para tratar así de dar cuenta de algunos rasgos interesantes del razonamiento jurídico.

000048

5.1. ¿CUÁNDO ES DIFÍCIL UN CASO?

Algo que probablemente no haya pasado inadvertido al lector es esto: en ambos casos, el fallo que contienen las resoluciones es una consecuencia lógica de lo establecido en las premisas: en los antecedentes de hecho y en los fundamentos de Derecho. Si hay alguna diferencia —y es obvio que la hay— entre la opinión mayoritaria y la minoritaria, no parece estar en el paso de las premisas a la conclusión, sino en la formulación de las premisas. Los problemas argumentativos con que nos enfrentamos aquí no son, pues, estrictamente lógicos, sino de otro tipo.

En concreto, parece que las posibles discrepancias que pueden tenerse a la hora de resolver un caso jurídico han de deberse a una valoración diferente de los elementos probatorios —lo que lleva a establecer de una manera diferente la premisa menor o premisa fáctica—, o a una interpretación diferente de las normas —de la premisa mayor—, o bien a la existencia de una discrepancia en cuanto a cuáles sean las normas aplicables al caso. Dejemos de lado este último problema y centrémonos en los dos primeros.

5.2. PROBLEMAS DE PRUEBA

La narración de los hechos del caso difiere en realidad en un único aspecto. En las dos versiones —y dejando de lado los hechos institucionales en los que parece difícil discrepar— se parte de que M.R.C. cuando fue a visitar a la cárcel a su amigo E.P.B. introdujo un paquete de cigarrillos en cuyo interior ocultaba 1,166 gramos de hachís. Y la diferencia está en que dos de los magistrados entendieron que con su acción M.R.C. había intentado que la droga llegase a su amigo, mientras que el otro magistrado negó esa intención; o, me-

por dicho, entendió que tal intención no podía darse por probada.

El que la discrepancia afecte únicamente a la intención (advértase que en los antecedentes de hecho del voto particular la diferencia que existe con la sentencia es precisamente que se evita afirmar que existió esa intención) se debe a que el delito de tráfico de drogas sólo puede cometerse de manera intencional o dolosa; a diferencia de delitos como el homicidio que pueden ser **dolosos** o **culposos**, esto es, que se pueden cometer también por imprudencia, el de tráfico de drogas — como el de estafa— no se puede realizar sin intención.

La doctrina penal define tradicionalmente el **delito** como: «**Acción típica, antijurídica, culpable y punible.**» Se dice que es una concepción *estructurada* del delito porque cada uno de esos elementos es condición necesaria para que pueda darse el siguiente. Por **acción** se entiende un movimiento corporal (o la ausencia de un movimiento corporal) de carácter voluntario (un acto reflejo, por ejemplo, no sería un caso de acción). Para que la acción sea **típica**, tiene que estar descrita con anterioridad a su comisión en una norma penal. La **antijuridicidad** hace referencia a que esa conducta debe ser objetivamente contraria a la ley penal (por ejemplo, matar a otro en legítima defensa o en estado de necesidad serían ejemplos de acciones típicas, pero no antijurídicas). La **culpabilidad** es el juicio de reproche dirigido al sujeto infractor (un menor o un demente no cometen un delito, aunque hayan realizado una acción típica y antijurídica, porque su actuar no les es reprochable). Finalmente, la **punibilidad** significa que la acción debe estar penada por la ley.

Ese juicio de reprochabilidad en que consiste la culpabilidad admite dos modalidades: el **dolo** y la **culpa** o **imprudencia**. Una acción (u omisión) es dolosa si se ha realizado en forma consciente y voluntaria (el sujeto sabe lo que hace y quiere hacerlo). Es culposa o imprudente, cuando falta la intención (la conciencia puede darse o no) y el sujeto ha infringido un deber de cuidado que le es exigible personalmente (si no media ni siquiera imprudencia, podría tratarse simplemente de un caso fortuito). El dolo y la culpa admiten grados diversos, y existen ca-

esos límites en que no es fácil determinar si una acción se ha cometido dolosa o imprudentemente.

La doctrina dominante hoy en España —la doctrina *finalista*— no incluye el dolo y la culpa en la culpabilidad, sino en la antijuridicidad; para que una acción sea antijurídica no basta con la lesión objetiva de **bienes jurídicos**, sino que es necesario que esa acción sea querida (dolo) o se haya causado negligentemente (culpa).

Este dato apunta también a algo sumamente importante: los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho no pueden en realidad separarse de una manera tajante. En el Derecho —como por lo demás en la ciencia— no hay propiamente hechos brutos, sino hechos interpretados a través de las normas (de la misma manera que los hechos de la ciencia son hechos interpretados a través de las teorías científicas). Pero además, en el Derecho (a diferencia de lo que pasa en la ciencia, en el periodismo y en muchas otras empresas racionales) sólo cuentan como hechos los que pueden pasar tanto el filtro de las reglas de presunción racional como el de las reglas procesales de valoración de la **prueba**. Algo puede valer como un hecho de nuestra experiencia, pero sin embargo no servir como un hecho jurídico. Pondré un ejemplo de ello.

Recientemente, el Tribunal Supremo español dictó un **auto**

Las **resoluciones judiciales** pueden ser de tres tipos: **sentencias, autos y providencias**. Las sentencias se reservan para las resoluciones más importantes y, en particular, para las que deciden sobre el fondo del asunto. Los autos suelen dictarse para resolver cuestiones incidentales, relativas a presupuestos procesales, recursos contra providencias, etc., y deben estar motivados, al igual que las sentencias. Las providencias tienen por objeto la tramitación y ordenación material del proceso y no necesitan estar motivadas.

desechando como prueba (en un caso famoso de presunto cohecho)

Cohecho significa la corrupción de un funcionario público (entendiendo por tal, quien desempeña una función pública) realizada mediante precio y/o con el fin de ejecutar un hecho opuesto al cumplimiento de los deberes oficiales inherentes al ejercicio de su cargo.

una serie de cintas magnetofónicas que reproducían las conversaciones telefónicas mantenidas entre una serie de personajes políticos que se vieron implicados en el caso. La razón para ello fue que las cintas se habían obtenido de manera ilegal. En realidad, no parece que nadie tuviera muchas dudas de que las conversaciones que se reproducían eran reales, pero esos datos —después del auto— no pudieron utilizarse ya como prueba, lo que, prácticamente, significó decretar la absolución de los implicados: se les absolvía de unos hechos que muy probablemente habían cometido, porque de esa manera se garantizaban otros valores jurídicos (por ejemplo, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones).

En nuestro caso, lo que lleva al magistrado discrepante a no dar como probada la intención es la serie de razones que expone en el primero de los fundamentos de Derecho (lo que pone de manifiesto, de nuevo, la interrelación entre los hechos y el Derecho) y probablemente también —aunque no lo haya explicitado— un **principio**

Las normas de que se compone un ordenamiento jurídico pueden clasificarse en **reglas y principios** (Atienza/Ruiz Manero, 1991). Las reglas son normas que establecen pautas más o menos específicas de comportamiento. Los principios son normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etc. (por ejemplo: un medio ambiente adecuado, una situación de pleno empleo, etc.) y a las que cabe denominar **directrices**; o bien exigencias de tipo moral, como el principio de igualdad ante la ley, de respeto a la dignidad humana, etc. —éstos serían los *principios en sentido es-*

000053

tricto. Algunos de estos principios —de cualquiera de las dos categorías— están formulados explícitamente en enunciados jurídicos, pero otros están simplemente implícitos, esto es, deben ser extraídos por el intérprete a partir de otros enunciados (de principios y reglas) explícitos. Los principios, a su vez, pueden formar parte de las normas primarias o de las normas secundarias de un sistema. Los que indican cómo deben ser aplicadas las normas por los jueces —forman parte, pues, de una de las tres categorías de normas secundarias distinguidas antes: las de adjudicación o aplicación— son los *principios procesales*; la presunción de inocencia sería uno de esos principios procesales.

procesal que tiene una importancia máxima en nuestro sistema jurídico y en cualquier sistema jurídico evolucionado: el de presunción de inocencia. Es más que probable que éste haya servido para no condenar a muchos culpables, pero ése es un riesgo menor que el de condenar a inocentes.

En general, la posibilidad de recurrir una decisión suele estar limitada a los problemas estrictamente jurídicos, esto es, a las cuestiones de interpretación normativa, lo que hace que los estudiosos del Derecho —que en general están interesados en los casos que llegan a los tribunales superiores— descuiden los problemas de prueba, la argumentación a propósito de los hechos. Pero ésta es una gran equivocación o algo peor. En la praxis jurídica —y en particular en la práctica judicial— lo más frecuente es que los problemas a resolver sean cuestiones fácticas: si efectivamente ocurrieron tales y cuales hechos. Por lo demás, la falta de límites claros entre **cuestiones fácticas y normativas** hace que la prohibición de volver a considerar los hechos no prive de sentido a instituciones como la **casación** o el **amparo**.

A diferencia del **recurso de apelación**, en el que el tribunal superior (de segunda instancia) puede volver a examinar tanto las cuestiones de hecho como las de Dere-

cho juzgadas previamente por el tribunal inferior o «de instancia», lo típico de la **casación** es que, en principio, se circunscribe únicamente (o se circunscribía) a problemas de tipo normativo. El **recurso de amparo** lo pueden interponer los particulares para recabar la tutela de determinados derechos o libertades fundamentales que entienden han sido vulnerados por los poderes públicos. Cuando se interpone ante el Tribunal Constitucional contra supuestas violaciones derivadas de resoluciones de órganos judiciales, el Tribunal Constitucional no entra a revisar los hechos declarados probados (ni tampoco el Derecho —en general— aplicado en la resolución impugnada), sino que se limita a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante.

5.3. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN

En relación con los **fundamentos de Derecho**, un análisis comparativo de las dos decisiones lleva a considerar que la interpretación que se hace de una misma norma (el art. 344 del Código penal) es diferente en uno y otro caso. O, más exactamente, se interpretan de manera distinta tanto el párrafo 1 como el párrafo 2 de ese artículo. Veámoslo por separado.

En relación con el párrafo 1, la diferencia interpretativa parece consistir en lo siguiente. Para el magistrado discrepante (recuérdese el segundo de los fundamentos de Derecho), el Código penal castiga como tráfico de drogas no cualquier «acto de distribución de un producto tóxico —hachís—» (como se dice en el primero de los fundamentos de Derecho de la decisión mayoritaria), sino solamente aquellos supuestos que impliquen algo más: en particular, no castigaría el supuesto en que la cantidad de droga fuera insignificante, o bien se tratara de una donación, o bien no supusiera un riesgo para la salud de alguna entidad (al menos de entidad parecida a la que significa consumir drogas consideradas «legales»).

En relación con el párrafo 2 del artículo 344, la diferencia estaría en que el magistrado disidente considera (en el tercero de los fundamentos de Derecho) que la agravación prevista aquí exige algo más que el puro hecho de que el tráfico tenga lugar en un centro penitenciario.

De manera paralela a lo que ocurría en relación con los hechos, el ordenamiento jurídico establece también una serie de reglas sobre cómo se deben **interpretar** las normas jurídicas. Pero esas reglas están formuladas en general de una manera considerablemente abierta

Por ejemplo, en el caso español, el artículo 3.1 del Código civil establece lo siguiente: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.»

de manera que, muchas veces, se pueden justificar interpretaciones distintas de una misma norma, sin que pueda decirse con claridad que una de ellas —o las dos— ha infringido una regla interpretativa; podría decirse que las reglas interpretativas necesitan a su vez ser interpretadas, pero los criterios últimos de interpretación no pueden encontrarse ya en el ordenamiento jurídico. Si nos fijamos en las opiniones manifestadas por la mayoría y por la minoría de nuestro caso, cabría decir que los primeros efectúan una interpretación más bien literal del texto, mientras que el autor del voto particular propende a una interpretación más libre que tiene en cuenta el contexto, la realidad social que pretende regular la norma y su finalidad (esto es, parte de que la norma obedece a un propósito racional).

La pregunta crucial ahora es la de qué razones hay para preferir una interpretación a otra. Responder a ello

es enormemente complejo y, hasta un cierto punto, se hará en los capítulos sucesivos de este libro. De todas formas, el lector que simpatice con la opinión del magistrado discrepante se habrá dado cuenta de que para optar —racionalmente— por esa decisión no hace falta abordar el anterior problema (no necesita, pues, esperar a leer todo el libro): basta con aceptar la argumentación sobre los hechos expuesta en el voto particular.

5.4. ALGUNAS DISTINCIONES ÚTILES

Antes de pasar al próximo capítulo, conviene que el lector repare en otras tres cuestiones que volverán a plantearse, también, en otros capítulos y que ciertamente son de una importancia fundamental.

La primera es que **fundamentar** una decisión —que es lo que se requiere de los jueces— es algo diferente a **explicarla**. Para fundamentar es necesario dar **razones** que justifiquen un curso de acción; mientras que la explicación requiere indicar los **motivos**, esto es, los antecedentes causales de una acción. Y es obvio que una acción puede estar motivada, pero no justificada; por ejemplo, un juez puede tener como motivo para absolver a un acusado la compasión que siente por su situación —o para condenarle, la animadversión que le suscita—, pero eso no sirve como justificación. Quizás no sea inútil añadir aquí que cuando, en contextos jurídicos, se habla de la necesidad de «motivar» las sentencias, lo que normalmente se quiere decir es que éstas deben ser fundamentadas: la palabra «motivar» es, pues, una palabra **ambigua** pero, afortunadamente, la anterior distinción no es una distinción terminológica, sino conceptual; es decir, no importa que se hable de «motivar» con dos significados diferentes, pero sí que importa —y mucho— ser conscientes de cuándo se utiliza uno u otro.

000052

La segunda de las cuestiones es que los casos jurídicos suelen clasificarse habitualmente en **casos fáciles** o rutinarios y en **casos difíciles**. La distinción es, por supuesto, útil, pero no siempre fácil de trazar; el caso que hemos analizado en este capítulo habría sido resuelto por la mayoría de los jueces como un caso rutinario. ¿Pero entonces qué es lo que hace que un caso sea fácil o difícil?

Finalmente, la última consideración tiene que ver con el título de este libro. Seguramente sea sencillamente falso decir que el Derecho es «un punto de vista sobre la justicia» o «la resolución justa de los conflictos de intereses», y hay buenas razones para pensar que expresiones tales como «administración de justicia» son cuando menos engañosas. Pero, de todas formas, aunque se piense que los jueces al aplicar el Derecho no siempre hacen justicia, lo que sí parece es que procurar hacer justicia *debe ser* el objetivo a perseguir. El problema, claro está, es que no siempre parece posible *hacer justicia por medio del Derecho*. Por ejemplo, y a propósito del caso que acabamos de ver, más de un lector habrá pensado que lo que ocurre con él —lo que lo vuelve difícil— es sencillamente que no se justifica que el tráfico de drogas —especialmente cuando se trata de drogas «blandas»— esté tipificado como delito. De hecho, una buena porción de los penalistas españoles —si no la mayoría— y muchos prácticos del Derecho están propugnando en los últimos tiempos la despenalización del tráfico de drogas. ¿Pero qué hacer entonces? ¿Cómo deben hacer los jueces para resolver los posibles conflictos que se les plantea entre sus deberes jurídicos y sus deberes morales? ¿Qué papel juegan las cuestiones morales en la argumentación jurídica?

Cuestiones

1. Vuelva a leer con cuidado la resolución judicial reproducida en el texto y busque en un diccionario jurídico los términos que no comprenda. Compruebe también —a través del índice de materias que figura al final— si alguno de ellos está explicado en alguna de las notas intercaladas de este libro.

2. El Derecho, naturalmente, no es sólo lenguaje, pero el lenguaje —tanto el escrito como el oral o incluso el informático— es un aspecto fundamental de lo jurídico. ¿Le parece que está «bien escrita» la sentencia recogida en el capítulo? ¿Y el voto particular? ¿Qué es lo que diferencia al lenguaje jurídico del lenguaje literario? ¿Qué consecuencias tiene el que las sentencias —cuando son sobre asuntos de alguna importancia— revistan forma escrita? Y, por cierto: ¿por qué el Derecho no es sólo lenguaje? Consulte sobre el tema, Carrió, 1976.

3. En nuestro país —y en muchos otros— se discute desde hace tiempo sobre la conveniencia o no de despenalizar el tráfico de drogas (en España sólo se pena el tráfico, no el consumo). Considere —y discuta sobre— los siguientes aspectos de la cuestión: ¿Qué efectos sociales tendría la despenalización del tráfico? ¿Qué ocurriría si se produjera sólo en un país —por ejemplo, en España? Aunque la medida tuviera buenos efectos sociales, ¿es ésa una razón suficiente para no castigar conductas inmorales? ¿Debe el Derecho prohibir todas aquellas conductas consideradas inmorales? ¿Es inmoral traficar con drogas? ¿Por qué? ¿Y consumirlas? ¿Qué debería estar castigado: a) el tráfico; b) el consumo; c) ambas conductas; d) ninguna de las dos? ¿Debería hacerse alguna distinción entre drogas duras y blandas? ¿Qué diferencia habría entre prohibir penalmente y reglamentar administrativamente el tráfico (o el consumo) de drogas? A la vista de lo que establece el Derecho español vigente sobre la materia, ¿cómo habría decidido el caso examinado en el capítulo? ¿Por qué es distinta la perspectiva del juez de la del abogado defensor o del fiscal?

4. Las normas jurídicas que integran la legislación son, salvo excepciones, **generales** y **abstractas**. Por ejemplo, el artículo 407 del Código penal establece que «el que matare a otro será castigado como homicida con la pena de reclusión menor» (de 12 años y 1 día a 20 años): ese delito lo puede cometer pues,

en principio, cualquiera (por eso, la norma es general) y la acción consistente en matar a otra persona puede revestir múltiples formas (por eso, la norma es **abstracta**). ¿Cuál es la razón de que esto sea así? ¿Tiene algo que ver con la llamada seguridad jurídica? ¿Y con el principio de igualdad? ¿Por qué la norma contenida en el fallo de la sentencia no es general ni abstracta, sino individual y concreta? ¿Tiene lo anterior algo que ver con la distinción entre casos genéricos y casos individuales? Sobre la seguridad jurídica, véase Pérez Luño, 1991.

5. ¿Le parece acertado el voto particular? ¿No hay una confusión entre argumentos fácticos y normativos? ¿No hubiese sido mejor no haber dado por acreditado el hecho base de la imputación para evitar así entrar en el análisis del precepto penal? ¿No le parece que hay una contradicción entre los hechos probados del voto particular y el primer fundamento de Derecho (la entrega del paquete para su traslado a un tercero y la presunción de una finalidad de autoconsumo)? ¿Cabe atribuir algún valor jurídico a argumentos como los que se emplean en los fundamentos de Derecho que suponen una crítica del Derecho vigente?

6. En el apartado 5.2 se hizo referencia a determinados límites que pone el Derecho (mejor: el Derecho moderno) a la hora de determinar los hechos acaecidos: por ejemplo, la prohibición de utilizar pruebas obtenidas de forma ilícita y el principio de presunción de inocencia. ¿Le parece que están justificados esos límites? ¿Por qué?

7. Al final del apartado 5.3, se señaló que para considerar que la decisión del magistrado discrepante estaba justificada bastaría con aceptar su argumentación sobre los hechos (tenga en cuenta que el primero de los fundamentos de Derecho contiene en buena medida una argumentación sobre hechos); o, dicho de otra manera, ¿se puede rechazar en bloque su argumentación sobre la interpretación del Derecho y, sin embargo, estar de acuerdo con su decisión? ¿Cómo es esto posible? ¿No sería más lógico pensar que su decisión sólo estaría justificada si tanto sus argumentos sobre los hechos como sus argumentos sobre el Derecho fueran correctos? Y lo que vale para el caso del voto discrepante, ¿valdría también para la sentencia?; es decir, ¿bastaría con que sus antecedentes de hecho fueran correctos para que también lo fuera el fallo, con independencia de lo que ocurra con los fundamentos

de Derecho? Si responde afirmativamente a este último interrogante, entonces ¿para qué valen los fundamentos de Derecho? (Trate de utilizar sus conocimientos de lógica para resolver todo este enredo.) Consúltese Guibourg, 1980.

8. En el primero de los fundamentos de Derecho del voto particular se citan una serie de sentencias a las que se acompañan las siglas «R. A.» y un número. «R. A.» es la abreviatura para «Repertorio Aranzadi» y el número se refiere a la página del mismo que recoge la sentencia. El estudio del Derecho —y la resolución de casos— exige normalmente utilizar documentos —fuentes— de tres tipos: jurisprudenciales (en una de sus acepciones, «jurisprudencia» significa conjunto de decisiones de los tribunales), legales y doctrinales. Si tiene oportunidad, visite una biblioteca jurídica y trate de aprender a servirse de ella: cómo encontrar una ley, una sentencia o las opiniones de los teóricos del Derecho sobre un determinado problema.

Uno de los indicios más claros de que la enseñanza del Derecho en España no va por buen camino es que las bibliotecas de las Facultades no suelen estar bien organizadas y los estudiantes no hacen prácticamente uso de las mismas (sus únicas fuentes de conocimiento suelen ser los «libros de texto», cuando no simplemente los «apuntes»). Por supuesto, los culpables de la situación no son tanto (o sólo) los estudiantes (o los bibliotecarios) cuanto (o también) los profesores. En nuestras Facultades no es infrecuente encontrarse con profesores que promueven un aprendizaje puramente repetitivo y parcelado del Derecho y que se oponen a una organización racional de las bibliotecas (lo que exigiría, no una biblioteca de cada una de las ramas del Derecho —que los profesores del área tienden a privatizar—, sino bibliotecas «de Derecho»: es raro que un problema algo complejo pueda resolverse manejando únicamente materiales de una determinada rama —fiscal, laboral, civil, etc.). En cualquier caso, si va a estudiar Derecho —o si ya es estudiante de Derecho—, procure aprender cuanto antes a usar la biblioteca y no espere a que alguien le instruya en su manejo. No vaya a ocurrirle como a un estudiante a quien un conocido le pidió asesoramiento sobre la legislación en materia de ruidos molestos causados por los vecinos, y no se le ocurrió otra cosa mejor que empezar a ojear al azar el B.O.E. para ver si encontraba alguna norma aplicable.

000054

.....

LOS MODOS DE CREACIÓN DE NORMAS EN EL DERECHO CHILENO

§ 1. INTRODUCCIÓN

1. Razonamiento práctico y sistema jurídico.

a. El razonamiento jurídico.

- 1 El razonamiento jurídico es un caso particular del razonamiento práctico.
- 2 Por “razonamiento práctico” se entiende la argumentación racional que pretende dar una respuesta correcta a preguntas prácticas, es decir, a preguntas acerca de lo que en un caso determinado se encuentra permitido o es debido hacer u omitir. La particularidad del razonamiento jurídico consiste en que él tiene lugar bajo condiciones restrictivas.
- 3 El razonamiento jurídico se caracteriza frente al razonamiento práctico general por una restricción esencial, cual es su vinculación al derecho vigente. La determinación de la naturaleza y los alcances de esta restricción constituye el tema central no sólo de la teoría de la argumentación jurídica, sino también de su correlato, la teoría general del derecho.
- 4 El objetivo del razonamiento jurídico es la justificación o fundamentación del juicio jurídico. Esta justificación tiene dos aspectos básicos que son denominados “justificación interna” y “justificación externa”. La *justificación interna* tiene por objetivo garantizar que la decisión sea una conclusión o deducción válida de las premisas esgrimidas como razones justificatorias. La *justificación externa* consiste en la fundamentación a su vez de esas premisas justificatorias¹.
- 5 Para efectos de estos materiales, asumiremos que los criterios de evaluación de la justificación interna son las reglas generales de la lógica, en particular, las reglas de la lógica deóntica o lógica de los enunciados modales de deber. La estructura lógica del razonamiento jurídico se denomina usualmente “silogismo jurídico”, y su caso más sencillo tiene la forma siguiente:
 - i. Para todo x , si x se encuentra en la situación T , entonces, a x le está mandado/permitido hacer/omitir R .
 - ii. a es un x que se encuentra en la situación T .
 - iii. a se encuentra obligado/autorizado a hacer/omitir R .

¹ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, 1989, p. 214 y ss.

000055

- 6 La expresión “silogismo jurídico” se asocia también a una teoría de la argumentación jurídica surgida en el Siglo XIX, según la cual las premisas normativas del silogismo -en el ejemplo anterior, el enunciado (i)- se encuentran ya preestablecidas en el derecho vigente de un modo tal que basta con identificarlas y aplicarlas directamente al caso. Esta concepción ha demostrado ser falsa. Hoy en día se reconoce ampliamente que el razonamiento jurídico puede ser una actividad argumentativa compleja, en la cual la aplicación de la norma puede requerir una contribución argumentativa sustancial por parte del juez.
- 7 Este cambio de perspectivas lleva en ocasiones a rechazar la idea del “silogismo jurídico”, en el sentido de impugnar la necesidad de que la decisión del juez constituya una consecuencia lógica de las premisas. Esto es, sin embargo, incorrecto. La superación de la antigua teoría del razonamiento judicial no releva al juez ni al jurista de la obligación de sujetarse a reglas de inferencia al fundamentar su decisión o conclusión. Si así fuera, no podría siquiera hablarse de “razonamiento jurídico”, ya que la conclusión o decisión no sería una consecuencia racional de las premisas aducidas en su defensa y por lo tanto, cualquier discusión carecería de sentido. En rigor, la diferencia entre la teoría moderna de la argumentación jurídica y la vieja teoría del silogismo jurídico no se refiere a la *justificación interna* de la decisión (conclusión) sino a la naturaleza de la *justificación externa* de las premisas. El error metodológico de la antigua teoría del silogismo jurídico consistió en considerar a las premisas normativas del razonamiento jurídico como algo autoevidente, no necesitado a su vez de justificación.
- 8 Las reglas que rigen la *justificación externa* de cualquier razonamiento no consisten simplemente en reglas lógicas. Esto es así, porque los argumentos esgrimidos como razones justificatorias de las premisas del razonamiento no son meras proposiciones (enunciados), sino actos de habla. Por eso están sujetos a muchas reglas adicionales de la práctica argumentativa, como por ejemplo las que validan su pertinencia.
- 9 En el análisis de la *justificación externa* del razonamiento jurídico se centran las mayores dificultades de la teoría de la argumentación jurídica. Es precisamente la justificación de las premisas lo que distingue al razonamiento jurídico del razonamiento práctico general. De un modo muy general, se puede decir que las premisas utilizadas en el razonamiento jurídico consisten en (a) reglas o principios del Derecho vigente, o más bien, proposiciones acerca de dichas reglas o principios, y (b) enunciados empíricos. Esta distinción entre dos tipos de premisas se relaciona con los argumentos empleados para su justificación racional, distinguiéndose de este modo entre:

000055

- 10 (a) La justificación de una regla o de un principio como perteneciente al derecho vigente, que en el caso de las reglas se lleva a cabo demostrando que satisfacen ciertos criterios procedimentales de validez;
- 11 (b) La justificación de un enunciado empírico, para lo cual es posible emplear una gran variedad de criterios de justificación, desde los métodos de las ciencias empíricas hasta reglas jurídicas específicas (las reglas sobre el modo de probar hechos en el proceso), pasando por las máximas de la experiencia común, y,
- 12 En ambos contextos de justificación externa, aunque primordialmente en el primero, la práctica argumentativa jurídica hace uso de argumentos especial -“argumentación jurídica” en sentido estricto-, como los cánones de interpretación de reglas, los criterios de solución de conflictos entre reglas, los argumentos de la doctrina, la invocación de precedentes judiciales, y las denominadas “formas argumentales jurídicas especiales”². Finalmente, en la práctica argumentativa jurídica también son usados los argumentos prácticos generales.
- 13 Salvo por los precedentes judiciales (*infra* § 6), lo que nos ocupará en estos materiales será únicamente el análisis de los criterios procedimentales de validez del ordenamiento jurídico (núm. 10).

b. El concepto de sistema jurídico.

- 14 Por “sistema” se entiende, de un modo muy genérico, el orden de un conjunto de elementos o conocimientos basado en la unidad de un principio o punto de vista. Aplicada al derecho, la noción de sistema ha tenido dos significados básicos, que desde la obra del eminente jurista austriaco, Hans Kelsen (1881-1973) se denominan como “sentido estático” y “sentido dinámico” del concepto de sistema jurídico³.
- 15 Por *sistema jurídico en sentido estático* se entiende el conjunto de reglas (o de proposiciones acerca de las reglas) que en su totalidad forman el derecho vigente en un lugar y en un momento dados, bajo el presupuesto que tal conjunto cumple con tres propiedades: la coherencia, la independencia y la completitud⁴. Ésta es la noción de

² Los cánones de interpretación, los criterios de solución de conflictos y las formas argumentales jurídicas especiales, constituyen, como se ha dicho, argumentos de la justificación externa de las premisas del silogismo jurídico. Los precedentes judiciales pueden constituir reglas jurídicas en los sistemas jurídicos en los que se sigue la doctrina del *stare decisis* (*infra*, § 6); cuando tienen este carácter institucional, los argumentos justificatorios de la existencia de un precedente pertenecen a la primera categoría (núm. 10).

³ TPD, p. 83-84; TGDE, p. 129 y ss.

⁴ Al respecto, Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, 1987, p. 100 s.

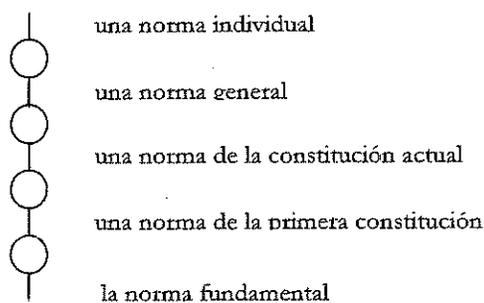
sistema jurídico en que usualmente piensan los juristas cuando conciben al derecho como un “cuerpo” o “un todo armónico”.

- 16 La noción anterior de sistema jurídico se denomina “estática” porque considera al derecho como un conjunto de normas válidas o de enunciados acerca de las mismas, con entera independencia de las acciones de creación y aplicación de las mismas. Cuando, por el contrario, se pone el énfasis en el proceso de creación y aplicación del derecho, y se vinculan estos actos en un procedimiento de modo que formen a su vez un “orden”, se está en el ámbito del concepto de *sistema jurídico en sentido dinámico*.
- 17 Sólo el concepto de sistema jurídico en sentido dinámico puede proveer -al menos parcialmente- los criterios de identificación que requiere el razonamiento jurídico, para la justificación externa de las reglas jurídicas, como premisas del silogismo jurídico (*supra*, núm. 10). El concepto estático de sistema jurídico provee a la argumentación jurídica de muchos recursos importantes para la aplicación de las reglas jurídicas, en especial, para solucionar conflictos entre ellas, pero no permite identificar cuáles son las reglas jurídicas vigentes. El concepto de sistema jurídico en sentido estático simplemente se limita a presuponer la vigencia de un determinado conjunto de reglas.
- 18 Por contraste, el concepto dinámico de sistema jurídico da cuenta de un factor esencial para la comprensión de la peculiaridad del derecho moderno como un sistema normativo, cual es el hecho que el derecho *regula su propia producción y uso*⁵. Es precisamente en esta regulación de la producción y el uso de las normas jurídicas donde se encuentran los criterios de identificación que permiten justificar la selección de tal o cual norma como premisa del razonamiento jurídico, en tanto regla de derecho vigente. Así por ejemplo, las reglas del sistema jurídico chileno que autorizan al Presidente de la República para dictar reglamentos, constituyen el criterio de validez de las normas jurídicas creadas por el Presidente en virtud de esa autorización, y justifican al menos parcialmente, su utilización por el juez o el jurista como premisas de su razonamiento.
- 19 Los sistemas jurídicos modernos son, pues, *sistemas normativos institucionalizados*, es decir, sistemas de reglas que cuentan con instituciones especiales que crean y aplican las reglas del propio sistema. Siguiendo una terminología introducida por el célebre filósofo del derecho inglés, H. L. A. Hart (1907-1992), la teoría jurídica analítica denomina *reglas secundarias* a este tipo de reglas que se refieren a la identificación, modificación y

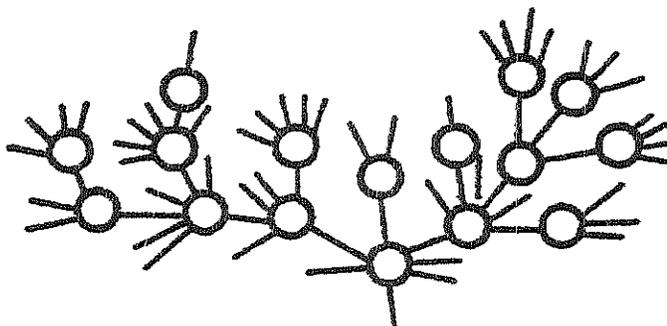
5 Kelsen, TPD, p. 84; Hart, CD, p. 33 y ss., 113 y ss.; Ross, DJ, p. 58; Bobbio, TGD, p. 158 y ss.; Raz, CSJ, p. 151 y ss.

aplicación de las demás reglas del sistema (estas últimas, denominadas *reglas primarias* en la terminología de Hart)⁶.

20 Las consideraciones anteriores llevan a comprender el Derecho -en una primera aproximación- como un complejo de relaciones entre reglas y acciones, en el cual la validez de las reglas depende del acaecimiento de ciertas acciones, que han sido a su vez realizadas de conformidad con otras reglas. La secuencia completa de reglas y acciones, que va desde una regla cualquiera de comportamiento hasta su fundamento último de validez, puede ser entendida como una "cadena de validez", conforme al siguiente esquema⁷.



21 El conjunto de todas las cadenas de validez que reconocen un mismo y único fundamento último de validez forman el sistema jurídico, el cual puede ser en consecuencia representado mediante el diagrama de una arborescencia⁸:



22 Los teóricos kelsenianos prefieren utilizar el símil de una pirámide para representar gráficamente el sistema jurídico. Con ello se busca poner de manifiesto que el sistema

6 Hart, CD, p. 99 y ss.

7 La idea es de Kelsen, TGDE, *loc. cit.* (Nota 5), y ha sido analizado con particular detalle por Raz (CSJ, p. 126 y ss.).

8 El esquema del sistema jurídico como una arborescencia proviene también de Raz, CSJ, p. 127.

000059

jurídico tiene una estructura jerárquica (los escalones de la pirámide) y que todos los grados de la jerarquía del sistema jurídico se remontan a un mismo fundamento último de validez (la cúspide de la pirámide). La imagen de una pirámide como descripción metafórica del sistema jurídico presenta, sin embargo, varios problemas. La idea de una pirámide sugiere que todos los sistemas jurídicos tienen el mismo número de grados jerárquicos, o que una misma regla no puede autorizar al mismo tiempo la creación de reglas generales e individuales, o que las normas pertenecientes a todos los grados jerárquicos del sistema siempre pueden válidamente regular una misma materia en forma conjunta. Todas estas cuestiones son sin embargo contingentes, es decir, dependen de las reglas concretas de cada sistema jurídico.

23 Las ventajas de la arborescencia como modelo metafórico de representación del sistema jurídico es que no tiene las implicancias anteriores. El esquema de arborescencia es compatible con la diversidad de reglas jurídicas concretas relativas a las cuestiones que prejuzga el esquema de la pirámide.

24 El esquema de la arborescencia muestra además gráficamente en qué forma la teoría del sistema jurídico provee los criterios de justificación externa de las reglas jurídicas como premisas del razonamiento jurídico. La justificación externa de las reglas jurídicas se encuentra en la satisfacción de los criterios de validez del sistema, es decir, en el hecho que las reglas invocadas como premisas hayan sido creadas por actos previos, conforme a reglas preexistentes que confieren la facultad de crear reglas jurídicas. El examen de las principales reglas que confieren esta facultad en el sistema jurídico chileno es el objetivo de esta Primera Parte de los materiales de estudio.

25 El esquema de la arborescencia muestra sin embargo también los límites del concepto dinámico del sistema jurídico como un sistema de procedimientos de creación y aplicación de reglas conforme a reglas. Según este criterio, la validez jurídica se determina atendiendo a la satisfacción de las condiciones y requisitos de las reglas procedimentales por parte de quienes realizan los actos creadores de derecho. Pero es claro que la práctica argumentativa jurídica utiliza estándares prácticos que no pueden justificarse de ese modo. Tal es el caso de los principios de justicia política denominados también "principios jurídicos".

26 Esta dificultad pone a la teoría del derecho en una disyuntiva: o bien la obliga a elaborar criterios especiales de justificación de la validez de los principios, asociándolos de algún modo a los criterios procedimentales de reconocimiento de la validez de las reglas, o bien debe reconocer la inexhaustividad del criterio procedimental de validez

que define el concepto de sistema jurídico en sentido dinámico. La discusión de este problema no corresponde a este lugar. En lo que sigue, estos materiales se concentrarán exclusivamente en el examen de los modos de creación de reglas jurídicas, conforme a la idea procedimental de validez.

2. El concepto de fuentes del derecho

- 27 Para referirse a las formas de creación de reglas jurídicas, la teoría jurídica utiliza tradicionalmente una noción metafórica, la de “fuentes del derecho”. En esta terminología, el derecho “fluye” de estas fuentes -tal como el agua de una vertiente-, se encuentra “contenido” en ellas -tal como el agua en un jarro-, o puede “extraerse” de ellas -tal como el agua de un pozo-. Esta es una metáfora que tiene una tradición muy larga en el pensamiento jurídico⁹, pero cuyo significado sigue siendo impreciso.
- 28 La razón principal de esta imprecisión radica en que el término “fuente” es multívoco, es decir, tiene muchos significados distintos¹⁰. En especial, cuando el uso del concepto tiene lugar en el contexto de una determinada teoría del Derecho, su significado cambia de acuerdo con los postulados fundamentales de cada teoría.
- 29 Así por ejemplo, el célebre filósofo del derecho y reformador social inglés, Jeremy Bentham (1748-1832), entendía por “fuente del derecho” aquella persona o personas de cuya voluntad la norma es expresión, y en consecuencia, distinguía entre (a) las normas generadas directamente por el soberano (“concepción”) y (b) las normas generadas indirectamente por él (“adopción”), ya sea (ba) por aceptación de normas generadas por soberanos previos (“suscepción”) o bien (bb) por delegación de su poder (“pre-adopción”) para crear normas (“imperación”) o para suprimirlas (“de-imperación”)¹¹.
- 30 El ejemplo opuesto se encuentra en la teoría del gran jurista alemán, Friedrich Karl von Savigny (1779-1861)¹². Savigny utilizaba el término “fuentes del derecho” o “fuentes jurídicas” para designar las causas de nacimiento del derecho general, o sea, tanto de las

⁹ Así por ejemplo, ya en el año 52 a. C. Cicerón plantea por boca de su personaje Marcus, que para obtener un conocimiento seguro del Derecho es necesario remontarse a su “fuente primaria misma” (*Las Leyes*, I, 6, 20).

¹⁰ El filósofo del Derecho español, Luis Legaz y Lacambra, distingue no menos de siete sentidos diversos de la expresión “fuente del derecho”, señalando que ésta “puede significar: a) fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido el Derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.); b) fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc.); c) autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente (Estado, pueblo); d) acto concreto creador del Derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etcétera); e) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho; f) forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, reglamento, costumbre); g) fundamento de un derecho subjetivo” (*Filosofía del Derecho*, tercera edición, Barcelona, 1971, p. 525-526).

¹¹ *Of Laws in General*, I, 2-1 y II, 1 a 10 (edición de H.L.A. Hart, Londres, 1970, p. 1, 18 y ss.).

¹² *Sistemas del derecho romano actual*, 2a ed., 1840, I, 2, 4-16.

instituciones jurídicas, como de las reglas jurídicas particulares formadas por abstracción de aquellas¹³. Para Savigny, la fuente jurídica fundamental es la conciencia jurídica popular, pues conforme a su teoría el derecho positivo es un fenómeno social que nace originariamente de las relaciones concretas mantenidas por el pueblo. La legislación estatal y la ciencia jurídica intervienen en un estadio posterior de evolución del Derecho, teniendo por finalidad principal la racionalización -abstracción y sistematización, en sentido estático- del material jurídico originario¹⁴. De este modo, una misma metáfora - "source of the law" (Bentham), "Rechtsquelle" (Savigny)-, es utilizada para designar fenómenos sociales completamente diversos.

31 Una forma usual de enfrentar esta imprecisión consiste en distinguir entre los conceptos de "fuente material del derecho" y "fuente formal del derecho"¹⁵. Con esta distinción se intenta diferenciar las causas que influyen en la generación del derecho (por ejemplo, intereses económicos o ideológicos: fuentes materiales) de los cauces por los cuales se genera el derecho (ley, costumbre: fuentes formales). Esta distinción ayuda en parte a mitigar la multivocidad del concepto "fuente del derecho", pero no resulta aceptable en definitiva, porque el concepto de "fuente formal" es también equívoco¹⁶.

32 Por "fuente formal" de la regla jurídica se entiende tanto el procedimiento de creación (formación) de la misma como la manera (forma) en que ella es expresada en el marco de la vida social. Cuando se dice, por ejemplo, que la ley es la fuente formal del derecho de mayor relevancia práctica en el sistema jurídico chileno se puede estar diciendo dos cosas distintas: (1) que la mayor y más importante cantidad de reglas jurídicas son creadas por actos de ciertos órganos del Estado mediante un cierto procedimiento, o bien, (2) que la mayor y más importante cantidad de reglas jurídicas se encuentran fijadas en ciertos textos, redactados en idioma español, que son proclamados

¹³ Este concepto de fuente jurídica en sentido estricto es diferenciado por Savigny muy cuidadosamente de lo que él definía como las "fuentes históricas de la ciencia jurídica", y que corresponden a los textos o documentos que permiten a la ciencia jurídica conocer los hechos jurídicos históricos.

¹⁴ Esta teoría lleva a Savigny a rechazar el pretendido carácter de fuente jurídica de la costumbre y los contratos. Para Savigny, la costumbre no es más que la forma en que la conciencia del pueblo se evidencia exteriormente, y el contrato es la causa de nacimiento de la "relación jurídica" concreta, pero no de la regla o institución jurídicas que la define y regula, y que nace de otra fuente.

¹⁵ Así, por ejemplo, Jorge Iván Hübner, *Introducción al Derecho*, 5ª edición, Santiago, 1984, p. 154 y ss.

¹⁶ Con mayor precisión, Aníbal Bascañán (IED, p. 148 y ss.) distingue -siguiendo a Savigny- entre fuentes del conocimiento jurídico y fuentes jurídicas del derecho, y subdivide éstas a su vez en tres clases: (a) las fuentes de validez (voluntad: estatal, social, convencional, unilateral), (b) fuentes de génesis (órganos: poder legislativo, ejecutivo o judicial, colectividad, individuos), (c) fuentes de expresión o formales (forma: Constitución, leyes, reglamentos, etc.). En general, las tres clases de fuentes jurídicas precisadas por Aníbal Bascañán corresponden a diversos aspectos de las reglas secundarias de un sistema jurídico, y en esa medida concuerdan en conjunto con el concepto de modos de creación de normas jurídicas manejado en estos materiales. El aspecto en el cual nos separamos de su exposición es el tratamiento de la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho y la equidad. Por su parte, y siguiendo al autor argentino, Julio Cueto Rúa, Máximo Pacheco utiliza el concepto de fuente formal del derecho en el sentido de modo de expresión de las normas jurídicas (*Teoría del Derecho*, 2ª edición, 1984, p. 316).

“ley” y divulgados de una forma determinada. Así, la fuente formal en un sentido (acto creador), lo es de aquello que a su vez es fuente formal en otro sentido (modo de expresión) de la regla. Esto acarrea naturalmente muchas confusiones.

33 En la medida en que se entienda por “fuente del derecho” los modos de creación de reglas jurídicas válidas en un determinado sistema, el concepto en cuestión se identifica con la idea de la creación de reglas jurídicas mediante actos regulados a su vez por otras reglas jurídicas. En este sentido, bien se puede afirmar que con el concepto de “fuente del derecho” se designa en definitiva, el complejo de reglas que reconocen a ciertas personas o grupos de personas la facultad de crear reglas y regulan el ejercicio de tal facultad, es decir, a los criterios procedimentales de validez de las normas jurídicas¹⁷. Establecida esta coincidencia, cabe preguntarse por la necesidad o conveniencia de mantener el concepto de “fuente del derecho” en el marco de la concepción dinámica del sistema jurídico.

34 Hans Kelsen es categórico en señalar la inidoneidad del concepto de fuente del derecho para la teoría jurídica, debido a su carácter tan equívoco¹⁸. La razón básica que mueve a Kelsen en este sentido es el rigor con que su teoría pretende distinguir el fundamento normativo de validez de una regla jurídica de cualquier otra consideración relativa a su surgimiento histórico o a su aceptación social.

35 En contraste con el rigor de Kelsen, el connotado filósofo del derecho danés, Alf Ross (1889-1979), acepta la terminología tradicional de las “fuentes del Derecho”, pero en una elaboración muy particular¹⁹. Según Ross, la posibilidad de predecir una decisión judicial presupone que en la fundamentación de su sentencia los jueces no proceden de un modo caprichoso o arbitrario, sino que actúan guiados por actitudes y conceptos compartidos, por una “ideología normativa común”. La *ideología* de las fuentes del Derecho identifica “el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en que éste basa su decisión”. La descripción de esta ideología normativa común es precisamente el objeto de la *doctrina* y de la *teoría* de las fuentes del derecho, que se diferencian entre sí por su grado de generalidad.

36 Según Ross, la teoría de las fuentes del derecho podría identificar tres grandes tipos de fuentes del Derecho, atendiendo al mayor o menor grado con que ellas presentan al

¹⁷ Así, Bobbio-TGD, p. 158 y ss.; Hart-CD, p. 121, 126-27; Raz-CSJ, p. 252 y ss.

¹⁸ TPD, p. 243.

¹⁹ DJ, p. 76 y ss.

juez una regla formulada para su utilización como fundamento de su decisión, y que Ross denomina como “grado de objetivación” de la fuente, en el siguiente esquema:

- a) fuentes de objetivación completa: formulaciones de reglas revestidas de autoridad (legislación en el sentido más amplio del término);
- b) fuentes de objetivación parcial: costumbre y precedente judicial;
- c) fuentes carentes de objetivación: la “razón” o tradición cultural²⁰.

37 El ejemplo de Ross permite sostener que se podría entender por “fuente del derecho” todos los criterios susceptibles de ser invocados ante los tribunales de un determinado sistema jurídico para justificar las premisas normativas que han de servir de fundamento a su decisión, es decir, que conforme a la ideología compartida por esos tribunales “ejercen influencia” en sus decisiones²¹. Esta noción amplísima e indiferenciada es plausible, pero nosotros preferimos, no obstante, prescindir de ella. Aparte de ciertas objeciones terminológicas²², el principal argumento en contra del uso del concepto de fuente del derecho consiste en el hecho, apuntado por Ross, que dicho concepto cumple una función tanto descriptiva (teoría o doctrina) como prescriptiva (ideología), generando por esta razón tensiones y malentendidos prácticamente insubsanables.

38 En su función descriptiva, el concepto de fuente del derecho pretende dar cuenta del rasgo más destacado de los sistemas jurídicos modernos, cual es la generación y cambio deliberado de reglas jurídicamente vinculantes a través de procedimientos preestablecidos. En su función prescriptiva, el concepto de fuente del derecho asume la forma de un argumento justificatorio que advierte al juez que su decisión sólo es legítima en la medida en que se basa en premisas provenientes de determinadas fuentes.

39 La doble función del concepto de fuente del derecho hace que la teoría del derecho que lo utilice se vea enfrentada a un dilema. Mientras más coherentemente se apegue a la función descriptiva del concepto, menor será la variedad de recursos reconocidos por la teoría como fundamentos legítimos de la decisión judicial, ya que la idea que los estándares jurídicos son establecidos por actos deliberados no es aplicable a varios

²⁰ Este último tipo de fuente es indudablemente el que más dudas suscita. La inclusión de la “tradición de cultura” dentro del catálogo de fuentes se explica como una reacción crítica de Ross al positivismo legalista, “que limita el derecho a las normas puestas por las autoridades y que cree que la actividad del juez sólo consiste en una aplicación mecánica de ellas” (DJ, p. 96).

²¹ La aplicación de esta concepción a la teoría de la argumentación jurídica se encuentra en la siguiente definición de fuente del derecho, debida al filósofo del derecho finés, Aulis Aarnio: “toda razón que -de acuerdo con las reglas generalmente aceptadas en la comunidad jurídica- puede ser usada como base justificatoria de la interpretación” (*La racional como razonable*, Madrid, 1991, p. 123).

²² Básicamente (a) que se trate de un concepto multívoco, y (b) que implica una distinción entre el derecho y su fuente, que es incompatible con la concepción dinámica del sistema jurídico, conforme a la cual el derecho comprende tanto las normas jurídicas como los procedimientos de su creación y aplicación.

estándares que de hecho también sirven de premisas normativas en el razonamiento jurídico. Y a la inversa, si se prioriza la función prescriptiva del concepto, y se incluye estos otros estándares normativas dentro del repertorio del razones legítimas para el juez, entonces habrá que entender por “fuente” algo mucho más vago que un hecho social empíricamente constatable.

40 El caso práctico más importante de este dilema se encuentra en el status de los así denominados “principios jurídicos” o “principios generales del derecho” (*supra*, núms. 25, 26). Dado que con este concepto se designa tipos o clases de estándares normativos, los principios jurídicos no pueden ser considerados “fuentes” -hechos generadores- de parámetros normativos. En el razonamiento práctico ellos cumplen directamente la función de premisas normativas, y no de criterios de justificación externa de dichas premisas²³. Por otra parte, ellos tampoco son el resultado de un acto de creación determinado, no valen porque así se lo decidió. De aquí que los principios generales del Derecho no pueden ser considerados, en rigor, ni como fuentes ni como productos de alguna fuente. Lo dicho vale también para las razones prácticas generales o “equidad natural”.

41 Este dilema es un problema para quienes pretenden legitimar la apelación a los principios generales del Derecho como premisas con una relevancia al menos equiparable a la de las reglas, y conservar al mismo tiempo la noción de las fuentes del Derecho.

42 Con el fin de conciliar lo inconciliable, para justificar la consideración de los principios jurídicos como el producto de alguna fuente se ha llegado incluso a suponer la existencia de una “potestad normativa del derecho”²⁴. Pero, salvo por una definición *ad-hoc* del término “potestad”, esto es un sinsentido. Conforme a las reglas lingüísticas que rigen el uso del concepto de potestad, éste se define como una capacidad o habilidad de un sujeto que puede realizar actos de habla. Y un conjunto de estándares prácticos no es un sujeto del cual se pueda predicar tal propiedad: sólo los seres humanos pueden detentar y ejercer potestades normativas.

43 La forma más usual de eludir el problema consiste sin embargo en desplazar el significado del concepto de fuente del derecho, olvidando su relación con un modo de

²³ En rigor, los principios jurídicos desempeñan ambas funciones. Así, a veces son usados como argumentos justificatorios de una determinada interpretación de textos legales, o sea, como razones justificatorias de la pertenencia de una regla (la norma legal) al derecho vigente; otras veces son usados directamente como premisas normativas válidas, ya sea en ausencia de o incluso en conflicto con otras premisas normativas válidas.

²⁴ Así, Jaime Williams Benavente, *Lecciones de Introducción al Derecho*, I, Santiago, 1992, p. 164.

creación de reglas, y priorizando su sentido de denominación genérica de diversos estándares, explotando además la única analogía posible entre los principios jurídicos, la equidad y la legislación: así como el texto legislativo “contiene” las reglas que el juez reformula como premisa de su decisión, así también puede el juez “obtener” de principios generales y abstractos o de criterios generales de justicia premisas normativas más particulares o concretas²⁵.

44 Esta estrategia tampoco es satisfactoria, en la medida en que diluye las diferencias existentes entre los distintos estándares que sirven de premisas del razonamiento judicial. Si la teoría de la argumentación jurídica parte del presupuesto que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico debido a su especial vinculación con el derecho vigente (*supra*, núms. 1 y 2), y si un sistema jurídico moderno se caracteriza principalmente por el hecho de autorregular su generación mediante el establecimiento de procedimientos para la creación de reglas, entonces es indispensable que la teoría de la argumentación distinga a las reglas así creadas como una clase especial de premisas normativas. Así se cumple mejor con el postulado de restricción del razonamiento jurídico.

45 Lo anterior no quiere decir que las reglas jurídicas preestablecidas constituyan las únicas premisas normativas del razonamiento jurídico. Sólo quiere decir que las otras premisas normativas requieren una justificación externa distinta de la satisfacción de criterios procedimentales de validez.

46 Por las razones expuestas, en estos materiales se prescindirá en adelante del concepto de fuentes del derecho. De aquí que, tal como ya se advirtió (*supra*, núm. 26), en estos materiales de estudio no se hará mención a los principios generales del derecho ni a la equidad natural.

3. Los principales modos de creación de reglas en el Derecho chileno.

47 En términos muy generales se puede clasificar los principales modos de creación de reglas jurídicas atendiendo a la identidad de quienes intervienen como autores en el procedimiento de su creación, distinguiéndose así entre:

- a) La creación de reglas jurídicas por parte del Estado;
- b) La creación de reglas jurídicas por parte del individuo, y,

²⁵ Ésta es en definitiva la estrategia conceptual seguida por Alf Ross para avalar el uso del término, compartida también por Aarnio (vid. *supra*, notas 19 y 21). Ésta es también la estrategia que subyace a la consideración de los principios -junto con la jurisprudencia y la doctrina- como una fuente “mixta” (Bascuñán, IAD, p. 154 y ss.).

c) La creación colectiva de reglas jurídicas por parte de la comunidad.

48 Este criterio clasificatorio se encuentra sujeto a reparos, ya que es evidente que los actos creadores de reglas jurídicas son siempre actos realizados por seres humanos. Ni el Estado ni la comunidad son entes que puedan actuar con independencia de la intervención de algún ser humano. Cuando decimos que tal o cual regla ha sido instituida por un acto (o por la voluntad) del Estado, lo que queremos afirmar es que ha sido establecida por uno o varios seres humanos, actuando en conformidad a ciertas reglas, en virtud de las cuales su acción reviste un significado especial. En consecuencia, cuando decimos que una determinada regla ha sido instituida por un acto de voluntad de un individuo, afirmamos también que tal acto tiene otro significado determinado, también en virtud de ciertas reglas. Puesto que todos los actos creadores de reglas no son más que actos humanos regidos por reglas, resulta en cierto sentido inductor a confusión oponer el Estado al individuo y a la comunidad, como si se tratara de diversos autores de reglas.

49 No obstante lo anterior, la distinción tiene valor clasificatorio. Pues las atribuciones conferidas por las reglas del sistema jurídico a las personas en tanto agentes del Estado, que denominaremos en adelante "potestades públicas", son diversas de las atribuciones reconocidas a las personas en tanto simples individuos, que en adelante denominaremos "facultades privadas"²⁶.

50 a. Las potestades públicas son calificadas, es decir, sólo se confieren a una persona en razón de su calidad de titular de un "cargo", esto es, de una calidad especial que se posee satisfaciendo ciertas reglas especiales. La facultad privada, en cambio, es reconocida por el sistema jurídico a todas las personas por regla general. En razón de lo anterior, las potestades públicas deben por regla general ser ejercidas por su titular, el que por regla general no está autorizado para delegar su ejercicio. A la inversa, el particular se encuentra por regla general autorizado para delegar en otra persona el ejercicio de sus facultades normativas privadas.

51 b. Las normas creadas en virtud del ejercicio de una potestad pública son obligatorias para sus destinatarios, lo quieran éstos o no: su asentimiento no es condición de validez de la regla. Por el contrario, la norma establecida en ejercicio de una facultad privada

²⁶ Al respecto, cfr. Ross, *Sobre los conceptos de "Estado" y "órganos del Estado"*, en *Derecho Constitucional*, en, del mismo, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, 1993, p. 89 y ss.

- sólo es por lo general obligatoria en la medida en que su destinatario haya consentido en ser obligado, lo cual se realiza también en ejercicio de la facultad privada²⁷.
- 52 c. El ejercicio de las potestades públicas debe ser efectuado en interés de la comunidad, respetando criterios de proporcionalidad entre fines y medios, sujetándose a reglas más o menos precisas de procedimiento y constituyendo por lo general un deber para el titular del cargo. El ejercicio de las facultades privadas queda por el contrario entregado al interés y a la conveniencia de cada individuo, se lo efectúa sin sujetarse a procedimientos detallados, y sin que el individuo tenga por lo general un deber de ejercerla.
- 53 d. Finalmente, las potestades públicas presuponen como principio fundamental que ninguna persona o grupo de personas tiene otras atribuciones que las expresamente conferidas por reglas del sistema jurídico. Las facultades del individuo presuponen el principio opuesto: por regla general, lo que los individuos reconozcan como regla jurídica es en principio válido, salvo que ello se encuentre expresamente prohibido.
- 54 En lo que respecto a la identificación de la comunidad como un autor de reglas, esto tiene un sentido completamente diverso a la identificación del Estado y el individuo. Las reglas jurídicas atribuidas a la comunidad como su autor, es decir, las reglas consuetudinarias, son en rigor reglas reconocidas como jurídicamente vinculantes a pesar de no ser identificables su autor ni el acto de su establecimiento. No son reglas creadas deliberadamente sino reglas surgidas de modo espontáneo. El hecho social al cual se remite la constatación de la existencia de esta clase de reglas no es su creación, en el sentido preciso de su formulación mediante un acto de declaración de voluntad, sino su seguimiento. El uso de la regla por la comunidad cuenta como prueba de su "creación".

a. La creación de reglas jurídicas por parte del Estado.

- 55 La definición del concepto de Estado es tarea de la teoría política y la ciencia del derecho internacional público y del derecho constitucional. Para efectos de estos materiales utilizaremos una definición puramente aproximativa, y entenderemos en

²⁷ Existen también casos muy excepcionales de auténticas potestades ejercidas por individuos, que implican la sujeción del destinatario sin consultar la voluntad de éste. Tal es el caso de la "potestad paterna", es decir, de las atribuciones de los padres de "corregir a los hijos" (Art. 234 CC). Por otra parte, además del efecto directo de la norma creada por un acto de voluntad individual en relación con su destinatario es necesario considerar el efecto reflejo de la misma en relación con todas las demás personas, aunque puedan tener un interés que entra en conflicto con dicha norma. Este efecto reflejo, consistente en respetar la norma creada por un acto jurídico y no impedir su cumplimiento, se denomina "oponibilidad".

consecuencia por "Estado" una estructura de convivencia humana ordenada jurídicamente y provista de un poder normativo independiente y supremo²⁸.

56 Esta definición pone de manifiesto la íntima relación existente entre los conceptos de sistema jurídico y de Estado. Por una parte, la existencia de un orden jurídico -sistema jurídico en sentido estático- es un requisito del Estado, y por la otra parte, el poder de crear normas -sistema jurídico en sentido dinámico- es un atributo esencial del Estado. No es sorprendente, en consecuencia, que algunos autores sostengan la identidad de los conceptos de Estado y derecho²⁹.

57 Esta identidad puede producir sin embargo malentendidos que aconsejan el uso diferenciado de ambos conceptos. Así por ejemplo, es obvio que el concepto de Estado sólo puede identificarse con el concepto dinámico de sistema jurídico. El derecho entendido como sistema jurídico en sentido estático no es idéntico al Estado, sino que constituye más bien resultado o el presupuesto de la actuación del Estado. Por otra parte, el Estado cumple otras funciones además de la creación de reglas jurídicas y la adjudicación de responsabilidades en caso de su infracción. Finalmente, la caracterización de un sistema jurídico como un "Estado de Derecho" tiene un sentido específico, basado en el cumplimiento de ciertos estándares o principios dentro de ese sistema, como el control jurisdiccional de los actos del Gobierno y el respeto de ciertos derechos fundamentales de las personas. Identificar los conceptos Estado y derecho priva de este sentido específico al concepto de "Estado de Derecho", porque todo Estado sería por definición un Estado de Derecho.

58 Para referirse a los agentes concretos que realizan los actos estatales creadores de reglas jurídicas, la teoría jurídica utiliza otra expresión metafórica, la de "órgano". Etimológicamente considerada, la palabra "órgano" significa "instrumento" o "herramienta", lo cual sugiere que el acto estatal es realizado por alguien en representación de otro agente, el Estado. Pero, tal como ya se ha visto, lo que en rigor se afirma mediante este confuso uso del lenguaje es que la atribución normativa se entiende conferida en razón del ejercicio de un cargo y que tal atribución constituye una potestad pública, con todas sus características distintivas.

59 Los aspectos básicos a los cuales se refieren las reglas que confieren atribuciones a los órganos del Estado se encuentran recogidos en la siguiente oración, que constituye un principio básico del sistema jurídico chileno:

²⁸ Maunz, Theodor - Zippelius, Reinhold, *Deutsches Staatsrecht*, 28a. edición, München 1991, p. 2.

²⁹ Kelsen- TGDE, p. 224 y ss.; TPD, p. 285 y ss.

“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”³⁰.

60 Conforme a este principio, la “validez” de las normas establecidas por el Estado, es decir, su carácter vinculante como normas de conducta para los ciudadanos y como premisa del razonamiento para el juez, depende del cumplimiento copulativo de tres requisitos básicos: la investidura regular, la competencia y las formas legales de actuación.

61 (a) Por “investidura regular” del integrante del órgano estatal se entiende el procedimiento de elección, nombramiento o designación de una persona para ocupar un determinado cargo, así como la aceptación de éste y su asunción del cargo o instalación en el mismo. El estudio de estos procedimientos corresponde a la rama de las ciencias del derecho denominada “Derecho Administrativo”. En estos materiales sólo nos preocuparemos de precisar cuál es el órgano estatal que ejerce tal o cual potestad normativa, y presupondremos que quienes lo integran se encuentran legalmente investidos del cargo.

62 (b) El concepto de competencia es sin duda el más importante y el más difícil de definir de los tres requisitos. De un modo muy genérico, podemos decir que por “competencia” se entiende el alcance de las atribuciones conferidas a un determinado órgano. El discurso jurídico manifiesta este sentido del término mediante las expresiones metafóricas “ámbito” o “esfera” de competencia, queriendo con ello dar la imagen de un espacio dentro del cual el órgano actúa válidamente. La forma usual de concretar o delimitar las competencias normativas es mediante el concepto de “materia de regulación”, es decir, refiriéndose a una determinada clase o categoría de acciones o actividades humanas, cuya regulación constituye el objeto de la potestad normativa atribuida a un determinado órgano. Así por ejemplo, en Chile el Banco Central es el órgano estatal facultado para dictar normas sobre cambios internacionales, esta última es una “materia de regulación” de su “competencia”.

63 La delimitación de la competencia de un determinado órgano es por lo general el resultado de considerar las reglas que la confieren o reconocen. Éste es el *criterio positivo* de competencia. Pero la competencia de un órgano cualquiera puede también ser

³⁰ Art. 7° inciso primero C.Pol. El Art. 8° C.Pol. introducido por la Ley 20.050, establece como regla general la publicidad de los actos de los órganos del Estado.

0706

delimitada por aquellas reglas que eventualmente establezcan competencias exclusivas en favor de otros órganos. Éste es el *criterio negativo* de competencia.

64 (c) La forma legal de actuación del órgano del Estado corresponde por lo general a un procedimiento preestablecido, que permite identificar a la norma jurídica válida como su resultado. Los procedimientos previstos por el sistema jurídico chileno son muchos y muy variados; su estructura y su mayor o menor grado de complejidad depende de la naturaleza de la discusión y acuerdo o resolución que dan origen a la norma en cuestión, así como de la importancia de ésta para el ordenamiento jurídico.

65 Atendiendo a los órganos competentes, al ámbito de competencia y al procedimiento preestablecido para el ejercicio de la potestad normativa, es posible distinguir en el sistema jurídico chileno cinco grandes categorías de potestades normativas -la constituyente, la legislativa, la administrativa y las potestades *sui generis* o de ejercicio autónomo- a las cuales se agrega la potestad jurisdiccional, de dudosa condición como potestad normativa. El siguiente cuadro ofrece una sinopsis de las potestades normativas públicas en el ordenamiento jurídico chileno, exponiendo cuáles son los órganos que las ejercen y qué denominación reciben los textos autoritativos que consagran las normas jurídicas creadas en virtud del ejercicio de dicha potestad.

POTESTADES	ÓRGANOS	TEXTOS AUTORITATIVOS
Constituyente	Cámara de Diputados y Senado Congreso Pleno Presidente de la República	Constitución Leyes de Reforma Constitucional
Legislativa	Cámara de Diputados y Senado Presidente de la República	Leyes
	Presidente de la República	Decretos con Fuerza de Ley
	Presidente de la República Congreso Nacional	Tratados Internacionales ³¹ (*)
Normativa Administrativa	Presidente de la República	Decretos Supremos, Reglamentos
	Demás órganos de la Administración Pública	Decretos, instrucciones, circulares.
Otras potestades normativas de órganos autónomos del Estado.	Banco Central	Acuerdos
	Consejo Nacional de Televisión	Acuerdos
	Municipalidades	Ordenanzas, reglamentos.
	Órganos Autónomos	Reglamentos Internos
	Tribunales Superiores de Justicia	Autos Acordados
Potestad Jurisdiccional	Tribunales de Justicia	Resoluciones (Precedentes)

³¹ Las normas de tratados internacionales que consagran derechos fundamentales son consideradas por una opinión significativa de autores chilenos como normas con rango al menos igual que el de las normas constitucionales. Esto implica considerar su establecimiento como una forma especialísima de ejercicio de la potestad constituyente.

b. La creación de reglas jurídicas por parte de los individuos

- 66 Como ya se ha dicho, en tanto individuos, es decir, en su condición privada y en su vida cotidiana, las personas gozan también de facultades normativas, requiriendo siempre las normas así creadas el asentimiento de su destinatario para que lo obliguen (*supra*, núms. 47-53).
- 67 Pero no sólo cada individuo en particular goza de tal facultad, sino también las asociaciones de individuos, en la medida en que éstas se organicen de tal modo que tengan una existencia independiente de los miembros que la componen. A las asociaciones de este tipo se las denomina “personas jurídicas”, por oposición a las “personas naturales”, que es la denominación aplicable a los individuos mismos.
- 68 Además de las facultades normativas semejantes a las que gozan las personas naturales, las personas jurídicas gozan de una facultad normativa muy especial, consistente en la posibilidad de establecer normas que son obligatorias para los miembros de la asociación sin necesidad de que éstos las acepten en cada caso particular³².
- 69 El acto de establecimiento de normas por parte de personas naturales o jurídicas se denomina “acto jurídico”, el cual se define en general como una declaración de voluntad efectuada con la intención de generar o extinguir derechos y obligaciones. Los conceptos y categorías con que opera la rama de la ciencia del derecho encargada del análisis de los actos jurídicos -el “derecho privado” (básicamente, “derecho civil” y “derecho comercial”) proceden de la teoría del derecho natural moderno y en gran medida se remontan incluso hasta a la jurisprudencia romana. Por esta razón no es fácil relacionarlos con los conceptos y categorías de la teoría general del derecho de orientación analítica. Así por ejemplo, el concepto de “norma” -que es central en el análisis de la potestad normativa de los órganos del Estado- no desempeña como tal un papel preponderante en el análisis tradicional de las facultades normativas de los individuos. La ciencia del derecho privado se refiere por una parte al acto generador de la norma -actos jurídicos, contratos, convenciones- y por la otra parte el efecto de esa norma desde la perspectiva de sus destinatarios -obligaciones, derechos-.

³² Es cierto que nadie puede ser obligado a pertenecer o a permanecer en una asociación; en este sentido mínimo, también las normas creadas por personas jurídicas requieren el consentimiento de sus destinatarios para ser obligatorias. Pero la pertenencia a una asociación conlleva la obligación de someterse a todas las normas que han sido establecidas por los órganos de esa asociación, sin que para cada caso de establecimiento de normas sea necesario el asentimiento de cada asociado.

70 Con todo, es posible elaborar un esquema de análisis semejante al utilizado respecto de las potestades normativas de los órganos del Estado (*supra*, núms. 59 y ss). Los aspectos esenciales de las facultades normativas de los individuos se encuentran recogidos en la siguiente oración, que constituye otro principio básico de sistema jurídico chileno:

“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1° que sea legalmente capaz; 2° que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° que recaiga sobre un objeto lícito; 4° que tenga una causa lícita”³³.

71 Notablemente, este principio no se refiere a los requisitos de validez para que el acto de un individuo obligue a otro, sino a los requisitos de validez del acto por el cual un individuo se obliga para con otro. El primer requisito, la capacidad legal, es el equivalente a la detentación del cargo público, ya que se refiere al sujeto que goza de la atribución. Los requisitos tercero y cuarto corresponden -en un plano diverso, caracterizado por el principio de la autonomía de la voluntad (*infra*, núm 73)- al requisito de la competencia de los órganos del Estado. El requisito segundo, a su vez, se refiere a la manifestación del acto de la voluntad, correspondiendo al requisito procedimental de los actos estatales.

72 Por “capacidad legal” se entiende la condición que habilita a una persona para adquirir derechos o contraer obligaciones, distinguiéndose, según una u otra consecuencia, entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Por regla general, toda persona natural es legalmente capaz; las incapacidades constituyen excepciones.

73 Por regla general, las personas naturales son competentes para efectuar toda clase de actos jurídicos. El principio que rige las atribuciones normativas de los individuos no es el de la necesidad de una autorización positiva expresa por el sistema jurídico, sino el de ausencia de prohibición: los individuos gozan de libertad para determinar las normas que han de regir sus relaciones recíprocas (principio de la autonomía de la voluntad)³⁴. No obstante, los actos jurídicos estos deben tener siempre un “objeto”, es decir, la creación de una o más obligaciones de dar, hacer o no hacer (y sus derechos correlativos), y una “causa real”, es decir, un motivo efectivo que induzca a la celebración del acto jurídico. Tanto el objeto como la causa deben ser lícitos, lo cual en definitiva significa que no son válidos los actos jurídicos prohibidos por la ley.

³³ Art. 1445 CC.

³⁴ Tratándose de personas jurídicas, su competencia normativa se encuentra por lo general determinada por los estatutos de la misma, y excepcionalmente por normas establecidas por el Estado (leyes o reglamentos).

74 Como principio general, la celebración de actos jurídicos por parte de personas naturales o jurídicas no se encuentra sujeta a procedimientos preestablecidos, sino que basta la manifestación -expresa o tácita- del consentimiento en obligarse (principio del consensualismo). No obstante, la exigencia del cumplimiento de ciertas formalidades ha constituido una tendencia sostenida del derecho chileno, persiguiendo tales exigencias diferentes finalidades, como preconstituir medios de prueba o dar publicidad al acto. En todo caso, la validez del acto supone como mínimo que se haya asentido al mismo -"consentimiento"-, y que tal asentimiento no haya sido dado en circunstancias que afecten el carácter vinculante de la declaración de voluntad -"vicios del consentimiento": error, fuerza y dolo-.

c. La creación de reglas jurídicas por la comunidad

75 La costumbre constituye un modo de generación de normas jurídicas completamente diverso al que caracteriza la generación de normas jurídicas por el Estado o por los individuos. Una norma consuetudinaria no se "establece" ni se "deroga" mediante un acto de voluntad individual o colectivo, y por lo mismo no es posible precisar el lugar ni el tiempo del inicio o el fin de su existencia. En otras palabras, el cambio de las normas consuetudinarias es espontáneo, no deliberado. Por esta razón, no puede hablarse en rigor de una "potestad" o "facultad" normativa de la colectividad, ya que no se trata de una atribución que sea ejercida por un sujeto determinado de una forma determinada. Dicho con propiedad, el sistema jurídico se limita a reconocer la validez de ciertas reglas surgidas espontáneamente, cuando su existencia puede ser posteriormente probada atendiendo al hecho social de su seguimiento reiterado por parte de los miembros de la comunidad.

76 Estas características diametralmente opuestas del derecho convencional y el derecho consuetudinario hacen que el predominio del primero se traduzca en un desplazamiento de la importancia del segundo como modo de creación de normas jurídicas. La hegemonía del derecho convencional es un rasgo característico del sistema jurídico chileno, al menos desde mediados del siglo pasado.

d. Marco de regulación de las potestades y facultades normativas.

- 77 El estudio de los modos de creación de normas jurídicas por parte del Estado, de los individuos y de la colectividad consiste en el análisis del marco de regulación de las distintas acciones o actividades humanas que intervienen en dicha creación de normas. Este marco de regulación, o conjunto de las principales reglas secundarias del sistema jurídico chileno (*supra*, núm. 19), no se encuentra consagrado en un sólo texto autoritativo, sino en diversos cuerpos normativos.
- 78 Las reglas fundamentales relativas a las principales potestades públicas se encuentran en la Constitución. En materia de competencia de los distintos órganos estatales, estas reglas constitucionales son complementadas por reglas consagradas en leyes especiales que regulan la organización y funcionamiento de dichos órganos. Tales son los Códigos Orgánico de Tribunales (1875/1943), de Procedimiento Civil (1903) y Procesal Penal (2000), la Ley 18.838 (Consejo Nacional de Televisión) y las LOC 17.997 (Tribunal Constitucional), 18.460 (Tribunal Calificador de Elecciones), 18.575 (Bases Generales de la Administración del Estado), 18.840 (Banco Central), 18.695 (Municipalidades), 18.918 (Congreso Nacional) y 19.880 (Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado).
- 79 Las reglas secundarias fundamentales relativas a las facultades normativas de las personas se encuentran en los dos principales cuerpos normativos del derecho privado chileno, el Código Civil (1857) y el Código de Comercio (1867).
- 80 El Código Civil contempla además en su Título Preliminar diversas reglas relativas a la definición, obligatoriedad, efectos e interpretación de la ley, así como a sus relaciones con las normas consuetudinarias y a los efectos de las resoluciones judiciales. Esta fue la regulación de las fuentes del derecho chileno introducida por la codificación del Siglo XIX, que consagró la primacía del derecho legislado sobre el derecho consuetudinario y el derecho jurisprudencial.

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante

Reservados todos los derechos

© Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

I. S. S. N.: 0214-8676
Depósito legal: M-27661-1989

Preimpresión e impresión:  Espagráfica San Juan de Alicante

Impreso en España

Printed in Spain

000077

Alicante, 2003

EL PAPEL DE LA VERDAD EN EL DISCURSO NORMATIVO

Eugenio Bulygin
Universidad de Buenos Aires

Hace ya algunos años publiqué un trabajo en inglés titulado "True or False Statements in Normative Discourse"¹. En lo que sigue reproduzco en castellano las principales ideas de ese artículo y de paso aprovecho esta oportunidad para contestar algunas críticas que me han sido dirigidas.

1. El propósito de este trabajo es investigar el papel que desempeña la noción de verdad en el discurso normativo, esto es, tratar de determinar qué oraciones de ese discurso tienen valores de verdad, es decir, son susceptibles de ser verdaderas o falsas. Usaré como hilo conductor la obra de Georg Henrik von Wright, a cuya memoria está dedicado el presente volumen.

Por "discurso normativo" entiendo todo discurso en el que aparecen términos típicamente normativos, como "prohibido", "permitido", "obligatorio", "debe", "no debe", "puede", etc. Oraciones en las que figuran tales términos son llamadas por von Wright "oraciones deónticas". Tales oraciones son frecuentemente usadas para expresar normas, es decir, como *formulaciones de normas*. Pero es importante tener presente que las normas pueden también ser formuladas mediante otros recursos lingüísticos (imperativos, oraciones en futuro indicativo: vgr. "El que matare a otro será penado...") o no lingüísticos (semáforos, carteles, gestos, etc.).

En su conocido e influyente libro *Norm and Action* (1963), así como en algunas publicaciones anteriores² (von Wright 1961) von Wright parece distinguir entre cuatro entidades diferentes: *formulaciones normativas, nor-*

¹ R. Egidí (ed.), *In Search of a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Kluwer Dordrecht-Boston-London, 1999, 183-191.

² G. H. von Wright, "The Foundation of Norms and Normative Statements" en K. Ajdukiewicz (ed.), *The Foundations of Statements and Decisions. Proceedings of the International Colloquium on Methodology of Science*, Warsaw 1961, 351-67, reproducido en G.H. von Wright, *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. I, Oxford 1983, 67-82, citado en la presente con el "R".

mas, enunciados normativos (normative statements) y proposiciones normativas. Tres de esas entidades son no-lingüísticas y sólo la primera es una entidad lingüística. Las formulaciones normativas son oraciones deónticas usadas para expresar normas; pero también pueden ser usadas para formular enunciados normativos. Cuando una oración deóntica es usada prescriptivamente expresa una norma (que no es ni verdadera ni falsa); cuando es usada descriptivamente, expresa un enunciado normativo que es verdadero o falso. Las proposiciones normativas también son verdaderas o falsas. Tenemos pues dos entidades que admiten valores de verdad: enunciados normativos y proposiciones normativas. Pero no es muy claro qué son los enunciados normativos y cómo están relacionados con las proposiciones normativas.

“Un enunciado normativo... es un enunciado que dice que algo debe, puede o no debe ser hecho (por un agente o agentes, en alguna ocasión o en general, incondicionalmente o cuando están dadas ciertas condiciones). El término “enunciado” [statement] es usado aquí en un sentido que propongo llamar “estricto”. Un enunciado en sentido estricto es verdadero o falso. (La oración que es usada para hacer un enunciado expresa una proposición).” (N&A, 105)

Por otro lado, una proposición normativa es definida como una proposición que dice que una norma existe (“La proposición de que existe tal o cual norma será llamada *proposición normativa*” N&A, 106).

Estas citas sugieren la siguiente distinción: Una oración usada (descriptivamente) para decir que una acción es obligatoria, está prohibida o permitida (i.e. que algo debe, puede o no debe ser hecho) expresa un enunciado normativo, mientras que una oración usada para decir que una determinada norma existe expresa una proposición normativa. Para usar un ejemplo (levemente modificado) de von Wright: Si en respuesta a una pregunta digo “Vd. no debe estacionar su coche frente a mi casa” y lo que estoy haciendo no es prohibir, sino darle al que pregunta una información respecto de las reglas de estacionamiento, entonces mi oración es descriptiva y el enunciado que hice es un enunciado normativo. Si, en cambio, digo “Hay una norma que prohíbe estacionar en este lugar”, entonces mi oración expresa una proposición normativa.

Pero esta sugerencia no parece ser aceptable. ¿Cuál es la diferencia entre informar sobre las reglas de estacionamiento existentes y decir que hay una norma que prohíbe estacionar? ¿Cómo podría yo informar sobre las regulaciones existentes, sino diciendo que hay una norma que prohíbe estacionar? Si mi información es verdadera, entonces hay efectivamente una norma que prohibir estacionar y si no hay tal norma mi enunciado normativo es falso. Contrariamente a las apariencias, las dos oraciones dicen lo mismo. En otras palabras, aunque el enunciado normativo parece referirse a la acción de estacionar y la proposición normativa parece referirse a la

existencia de una norma, tanto uno como la otra tienen las mismas condiciones de verdad.³

Pero entonces no tenemos tres, sino dos entidades extra-lingüísticas: normas y proposiciones normativas. Lo que von Wright llama “enunciados normativos” no son más que proposiciones normativas disfrazadas. Las oraciones

(1) Vd. no debe estacionar aquí

y

(2) Hay una norma que prohíbe estacionar aquí

dicen lo mismo. Las oraciones deónticas usadas descriptivamente pueden adoptar dos formas, una forma elíptica y una forma expandida. En su forma elíptica dicen que una acción *p* (o un estado de cosas resultante de una acción) está prohibida (permitida o es obligatoria); en su forma expandida, dicen que hay una norma que prohíbe (permite, obliga) hacer *p*.

La forma elíptica es lo que Carnap alguna vez llamó “*the transposed mode of speech*”:

By a transposed mode of speech we mean one in which, in order to assert something about an object *a*, something corresponding is asserted about an object *b* which stands in a certain relation to the object *a*.⁴

En su forma expandida la proposición normativa dice que hay una norma (objeto *a*) que prohíbe o permite la acción *p*. En vez de esto, en el modo traspuesto decimos que la acción *p* (objeto *b*) está prohibida o permitida. Esto no es más que la forma elíptica de la misma proposición normativa.

En ambos casos, la proposición normativa es *relativa* a una norma o un conjunto de normas, si bien tal referencia no siempre es explícita. Una oración como (2) que expresa una proposición normativa en su forma expandida tiene la ventaja de no ser ya ambigua. Ella no podría ser usada para emitir una prohibición, pues es claramente descriptiva, mientras que la oración (1) es característicamente ambigua, pues se usa tanto para formular una norma, como para expresar una proposición normativa.

Esta interpretación que equipara los enunciados normativos con las proposiciones normativas se apoya también en el hecho de que en las publicaciones posteriores von Wright deja de usar la expresión “enunciado normativo” y sólo habla de normas y de proposiciones normativas.

Pero por otro lado, si los enunciados normativos sólo son una forma elíptica de las proposiciones normativas, pierde todo sentido hablar acerca del

³ En el artículo de 1999 dije, además, que tenían el mismo significado. Esto último es probablemente una exageración, que no estoy dispuesto a mantener. En todo caso, en mi artículo no di ninguna razón para sostener esta afirmación.

⁴ R. Carnap, *The Logical Syntax of Language*, Paterson, New Jersey, 1959, 308 (primera edición en inglés, Londres, 1937).

fundamento de los enunciados normativos. Este tema recibe su desarrollo en el artículo titulado precisamente "The Foundation of Norms and Normative Statements" (1961) y es mencionado en *Norm and Action*: "Por fundamento de la verdad de un enunciado normativo dado entiendo la respuesta verdadera a la pregunta por qué la cosa en cuestión debe, puede o no debe ser hecha" (N&A, 105). Curiosamente, aunque en publicaciones posteriores a N&A ya no habla de enunciados normativos⁵, el artículo de 1961 ha sido incluido por von Wright en su libro *Practical Reason* (1983).

Ahora bien, si la proposición expresada en un enunciado normativo es simplemente una proposición normativa, entonces la pregunta acerca del por qué parece estar fuera de lugar. Normalmente, uno no pregunta "¿por qué?" frente a una proposición descriptiva. Si por ejemplo digo "La nieve es blanca" y alguien me pregunta "¿Por qué?", me sentiría perplejo; no sabría qué contestar. La respuesta "Porque es así" no parece ser muy ilustrativa y lo mismo vale para otras respuestas: "Porque la naturaleza es así" o "Porque Dios ha creado las cosas de esta manera". Y, sin embargo, von Wright dice enfáticamente:

"Un importante tipo de respuesta a la pregunta '¿Por qué debe (puede, no debe) hacerse tal o cual cosa?'" es el siguiente. *Hay una norma* que prescribe que esto debe (puede, no debe) hacerse. La existencia de una norma es, aquí, el fundamento o razón de verdad del enunciado normativo. (PR,68).

No veo por qué una respuesta tal deba considerarse importante, pues equivale a la repetición —en forma expandida— de la misma proposición normativa ya expresada en el enunciado normativo. Me parece que en este caso von Wright ha sido víctima de la ambigüedad sistemática de las oraciones deónticas que fue denunciada enfáticamente por él. Esto porque la pregunta "¿Por qué?" y la respuesta "Porque hay una norma..." sólo tienen sentido frente a oraciones deónticas usadas para prescribir, es decir, frente a las que expresan normas. En tal caso es perfectamente razonable contestar "Vd. debe hacer p porque hay una norma que prescribe p", aunque aún así la respuesta no es del todo satisfactoria, a menos que se agregue "y Vd. debe obedecer esta norma" (lo que normalmente es presupuesto tácitamente).

Si esto se acepta, entonces no hay tal cosa como "el problema filosófico del fundamento de los enunciados normativos" (PR, 67).

2. En un muy interesante trabajo⁶ Pablo Navarro formula algunas críticas a mi artículo de 1999. Como ya señalé en la nota 2, acepto la crítica dirigida

⁵ Así por ejemplo en "Norms, Truth and Logic" de 1982 dice: "En *Norm and Action* (1963) hice una distinción tripartita que creo útil entre normas, formulaciones normativas y proposiciones normativas". Como hemos visto esto no es del todo cierto. Pero en todo caso, los enunciados normativos no son mencionados.

⁶ Pablo E. Navarro, "Legal Reasoning: Systematization of Law" en A. Soeteman (ed.) *Law and Logic*, Dordrecht, 1999, pp. 11-12.

a mi tesis de identidad de sentido entre las oraciones (1) y (2), aunque estoy dispuesto a mantener su equivalencia material, es decir, la igualdad de sus condiciones de verdad. Pero Navarro me atribuye una tesis que nunca he formulado, y que él llama *concepción reduccionista* que, según Navarro, consiste en suponer que "las normas jurídicas existen sólo en la medida en que pertenecen a un sistema jurídico, esto es, su pertenencia a un sistema jurídico es el único hecho que hace verdaderas a las proposiciones normativas."⁷

Dije y repito que nunca he sostenido esta tesis. El término existencia referido a normas está lejos de ser unívoco; en diferentes contextos se usan distintos conceptos de existencia. La enumeración que hace Navarro en la p. 257 de su ensayo lo muestra claramente y no es casualidad que esta lista de los distintos modos de existencia de normas proviene de algunas publicaciones mías. Por lo tanto, la afirmación categórica de Navarro: "We should remember that the *reductive conception* assumes that a norm exists only to the extent that it belongs to a normative system." (Navarro, op. cit. 258) es ciertamente incorrecta. Lo que he dicho y estoy dispuesto a sostener es que el hecho de que una acción sea obligatoria no puede sino provenir de una norma. La existencia de una norma es condición necesaria para que una acción pueda ser calificada de obligatoria. Pero esto no quiere decir que la pertenencia sea el único hecho que hace verdadera a una proposición normativa. La cosa puede ser mucho más compleja. Yo puedo estar obligado a realizar la acción p, no porque haya una norma en el sistema jurídico en cuestión que me obligue a hacerlo, sino porque el sistema jurídico remite a otro sistema, donde sí hay una norma que me obliga. Una norma perteneciente al sistema puede no ser aplicable (como en el ejemplo de *vacatio legis*) y una norma que no pertenece al sistema jurídico en cuestión puede resultar aplicable y hacer verdadera la correspondiente proposición jurídica. Esto ocurre en ciertas condiciones con las normas derogadas.⁸

3. En una de sus últimas contribuciones a la lógica deóntica⁹ von Wright introduce una nueva categoría de oraciones normativas susceptibles de ser verdaderas o falsas, que llama *oraciones de necesidad práctica*. Si bien tales oraciones están mencionadas en sus obras anteriores, es en este artículo en el que von Wright les asigna un papel muy importante en el discurso normativo:

⁷ Navarro 2001, 256.

⁸ Cfr. E. Bulygin, "Tiempo y Validez" en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid 1991, 195-214.

⁹ "Ought to be – Ought to do" en *Six Essays in Philosophical Logic*, Acta Philosophica Fennica, Helsinki, 1996, 63-70.

“Otro servicio que la distinción [entre normas y necesidades prácticas] presta a esta materia es que asigna a la noción de verdad un papel en los contextos normativos mucho más grande que algunos filósofos, incluyendo a mí mismo, solían pensar en el pasado. No sólo las proposiciones existenciales (“proposiciones normativas”) que dicen que tal y tal norma existe (fue dictada) son verdaderas o falsas, sino también los enunciados acerca de lo que tiene que ser o puede ser hecho a los efectos de seguir lo que ella regula. (von Wright 1996, 70)”.

Me parece muy importante la distinción trazada por von Wright entre normas y necesidades prácticas, como es importante su distinción entre dos tipos de normas que von Wright denomina “Tun-Sollen” y “Sein-Sollen types” (tipo de *deber hacer* y tipo de *deber ser*). El primer tipo requiere la realización de una o varias acciones; el segundo, requiere que se dé un estado de cosas. Pero decir que el primer tipo es descriptivo y sólo el “Sein-Sollen type” es prescriptivo (p. 69) me parece una exageración. No es demasiado difícil encontrar ejemplos de normas del tipo de deber hacer. Órdenes como “¡Tírese al agua!” o “¡Coma esta sopa!” son claramente de tipo de deber hacer, puesto que imponen la obligación de hacer, es decir, de realizar una cierta acción. Lo que estas normas prescriben es una acción y no un estado de cosas. Por lo tanto, no es verdad que sólo las normas que se refieren a estados de cosas son prescriptivas. Me inclino a pensar que hay normas genuinas de ambos tipos.

En segundo lugar, no siempre es fácil distinguir entre una norma que impone una obligación de realizar una acción y una norma que impone la obligación de producir (o mantener) un estado de cosas. La orden dada a la mucama “Por favor, ¡prepare la cena para antes de las 8!” puede ser interpretada como una norma del tipo de “deber ser” (en cuyo caso la mucama está obligada a lograr que se dé un estado de cosas, a saber, que la cena esté lista antes de las 8) o como una norma del tipo de “deber hacer”, en cuyo caso la mucama tiene la obligación de realizar una acción (preparar la cena antes de las 8). Preparar una cena es una acción muy compleja que requiere la realización de muchas otras acciones, pero una acción compleja es una acción y no un estado de cosas.

En tercer lugar, no es nada claro cuál es el criterio para distinguir entre lo que uno debe hacer y lo que tiene que hacer para obedecer o satisfacer una norma, es decir, entre una genuina obligación y una necesidad práctica. El uso lingüístico es, como observa von Wright, más bien vacilante, pues expresiones como “debe”, “tiene que” o “ha de” son usadas en ambos contextos: en contexto normativo y en contexto práctico.

Supongamos que se ha ordenado a A abrir una cierta ventana; A está sentado y a menos que se levante no puede abrir la ventana. Su acción de levantarse es una condición necesaria para su acción de abrir la ventana. ¿Diríamos que A debe levantarse (obligación) o que tiene que levantarse

(necesidad práctica para cumplir con la orden)? Me inclino a pensar que A no tiene la obligación de levantarse, pero si quiere obedecer la orden, tiene que levantarse. En tal supuesto éste sería un caso de necesidad práctica y la oración “A tiene que levantarse” sería verdadera con relación a la orden. Supongamos ahora que la condición no sólo es necesaria por razones empíricas, sino que es lógicamente necesaria. Tomemos el caso de A a quien se le ha ordenado tocar piano, pero está prohibido fumar en el lugar donde debe hacerlo. ¿Tiene la obligación de tocar el piano sin fumar? Me siento inclinado a contestar afirmativamente. Obviamente, A tiene que tocar el piano sin fumar. Pero ¿diríamos que tiene una obligación en virtud de las dos normas o que es una necesidad práctica para él de hacer ambas cosas (esto es, tocar piano y abstenerse de fumar) si quiere obedecer ambas normas? Suena raro decir que A tiene que tocar el piano sin fumar, pero que él no tiene ninguna obligación de actuar de esta manera. Más aún, conforme al criterio de von Wright las normas Op y Oq implican la norma $O(p,q)$, pues el conjunto de las dos primeras normas es inconsistente si le agregamos la norma-negación de $O(p,q)$, que es $P-(p,q)$. El conjunto formado por $\{Op, Oq, P-(p,q)\}$ es inconsistente, porque la conjunción de $p,q-(p,q)$ es irrealizable, pues se trata de una contradicción. Y si la norma (Op,q) es implicada por las normas Op y Oq , entonces la acción de A consistente en tocar el piano sin fumar es una genuina obligación y no una mera necesidad práctica. La generalización de este ejemplo nos llevaría a lo que cabe llamar el *Principio de Obligatoriedad*: Es obligatorio (conforme a un conjunto de normas dado) realizar todas las acciones que son lógicamente necesarias para satisfacer todas las obligaciones establecidas por las normas de ese conjunto. Este resultado suena un tanto extraño. Si una acción es empíricamente necesaria, entonces no hay obligación, sino mera necesidad práctica. Pero si es lógicamente necesaria, entonces hay una obligación genuina. Pienso que necesitamos una explicación de esta diferencia.

EL CONCEPTO DE DERECHO

por

H. L. A. HART

Profesor de Filosofía del Derecho
en la
Universidad de Oxford

TRADUCCIÓN DE
GENARO R. CARRÍO



ABELEDOPERROT



000082

CAPÍTULO VII

FORMALISMO Y ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS

1. LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO

En cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho. De allí que éste tenga que referirse en forma predominante, aunque no exclusiva, a *clases* de personas y a *clases* de actos, cosas y circunstancias; y su funcionamiento eficaz sobre vastas áreas de la vida social depende de que haya una capacidad ampliamente difundida para ver en los actos, cosas y circunstancias particulares, ejemplos de las clasificaciones generales que el derecho efectúa.

Dos recursos principales, a primera vista muy diferentes entre sí, han sido utilizados para comunicar tales pautas generales de conducta con antelación a las situaciones en que han de ser aplicadas. Uno de ellos hace un uso máximo, y el otro un uso mínimo, de las palabras clasificadoras generales. El primero es tipificado por lo que llamamos legislación, y el segundo por el precedente. Podemos ver sus características distintivas en los siguientes casos simples, no jurídicos. Antes de ir a la iglesia un padre dice a su hijo: "Todos los hombres y niños varones deben descubrirse al entrar a la iglesia". Otro padre, descubriéndose al

entrar a la iglesia, dice a su hijo: "Mira, esto es lo que debe hacerse en estas ocasiones".

La comunicación o enseñanza por el ejemplo de pautas o criterios de conducta puede asumir formas diferentes, mucho más complicadas que nuestro simple caso. Este se asemejaría más al uso jurídico del precedente si el padre, en lugar de decirle al niño, en la ocasión particular, que como ejemplo del obrar correcto observe lo que él hace al entrar a la iglesia, diera por sentido que el muchacho lo considera una autoridad en materia de conducta apropiada, y que lo observará para aprender la manera de comportarse. Para aproximarnos más al uso jurídico del precedente, debemos suponer que el padre se concibe a sí mismo, y es concebido por los demás, como adhiriendo a pautas tradicionales de conducta, y no como introduciendo pautas nuevas.

La comunicación por el ejemplo, en todas sus formas, aunque vaya acompañada de algunas instrucciones verbales de alcance general, tales como "Haz lo que yo hago", puede dejar abiertos campos de posibilidades, y con ello de dudas, sobre qué es lo que se quiere expresar, incluso respecto de cuestiones que la persona que trata de comunicarse ha tenido claramente en mira. ¿Hasta dónde debe llegar la imitación? ¿Tiene importancia que nos quitemos el sombrero con la mano izquierda, en lugar de hacerlo con la derecha? ¿Que lo hagamos lento o rápidamente? ¿Que coloquemos el sombrero debajo del asiento? ¿Que no volvamos a cubrirnos dentro de la iglesia? Todas éstas son variantes de preguntas generales que el niño podría formularse: "¿En qué tiene que parecerse mi conducta a la suya para ser correcta?". "¿Qué parte precisamente de su conducta ha de ser mi guía?" Al comprender el ejemplo, el niño repara en algunos de sus aspectos más que en otros. En ello es orientado por el sentido común y por el conocimiento del tipo general de cosas y propósitos que los adultos consideran importantes; también lo orienta su apreciación del carácter general de la ocasión (ir a la iglesia) y del tipo de conducta apropiado a ella.

En contraste con las indeterminaciones de los ejemplos, la comunicación de pautas o criterios generales de conducta me-

dante formas generales explícitas del lenguaje ("Todo hombre debe quitarse el sombrero al entrar a la iglesia") parece clara, segura y cierta. Las características que deben considerarse como guías generales de conducta son identificadas aquí mediante palabras; son separadas verbalmente y no quedan mezcladas con otras en un ejemplo concreto. Para saber qué hacer en otras ocasiones el niño ya no tiene necesidad de adivinar la intención ajena ni qué es lo que los demás aprobarán; no necesita especular sobre qué aspectos de su conducta deben parecerse al ejemplo para que ella sea correcta. En lugar de ello, dispone de una descripción verbal que puede usar para decidir qué es lo que debe hacer en el futuro y cuál la oportunidad de realizarlo. Sólo tiene que reconocer ejemplos de términos verbales claros, que "subsumir" hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística. No se le presenta la alternativa de elegir a su riesgo o pedir nuevas instrucciones dotadas de autoridad. Tiene una regla que puede aplicar por sí mismo a sí mismo.

Buena parte de la teoría jurídica de este siglo ha consistido en hacerse progresivamente cargo (y a veces en exagerar) el hecho importante de que la distinción entre la falta de certeza de la comunicación mediante el ejemplo dotado de autoridad (precedente) y la certeza de la comunicación mediante el lenguaje general dotado de autoridad (legislación), es mucho menos firme que lo que sugiere este contraste ingenuo. Aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son

claramente aplicables. ("Es indudable que un automóvil es un vehículo"). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no ("La palabra 'vehículo', tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?"). Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que sólo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que les faltan otras. Los cánones de "interpretación" no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación. Ellos no pueden —y en eso no difieren de otras reglas— proveer a su propia interpretación. Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser "automático", son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.

Las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente indiscutidos. Pero las variantes de lo familiar reclaman también ser clasificadas bajo los términos generales que en un determinado momento constituyen parte de nuestro equipo lingüístico. Aquí se precipita algo así como una crisis en la comunicación: hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o su rechazo a la persona ocupada en clasificar. Si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas.

En este punto, el lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo. Aquí hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en

práctica al determinar cuál es la acción correcta. Pareciera ahora que, por el contrario, el lenguaje de la regla se limita a destacar un ejemplo revestido de autoridad, a saber, el constituido por el caso obvio. Este puede ser usado de manera muy análoga a un precedente, si bien el lenguaje de la regla circunscribirá las características dignas de atención en forma más permanente y más próxima que aquél. Frente al problema de si la regla que prohíbe el uso de vehículos en un parque es aplicable a una combinación de circunstancias en la que aquélla aparece indeterminada, todo cuanto debe considerar el encargado de resolverlo —y en ello se encuentra en la misma posición que quien usa un precedente— es si el caso se asemeja "en grado suficiente" al caso típico, en aspectos "relevantes". El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar el razonamiento jurídico.

Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una "textura abierta". Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales —tal como el idioma inglés— muestran, cuando se los usa así, una irreducible

textura abierta. Es importante apreciar, sin embargo, por qué, aparte de esta dependencia respecto del lenguaje tal como efectivamente es, con sus características de textura abierta, no podríamos considerar deseable, ni aun como un ideal, la concepción de una regla tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas. Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses. Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos. Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica "mecánica".

Obviamente ese mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Esta incapacidad para anticipar trae consigo una relativa indeterminación de propósitos. Cuando osamos formular una regla general de conducta (por ejemplo, la regla de que no pueden entrar vehículos en un parque), el lenguaje usado en este contexto fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla, y podemos tener en

mente ciertos ejemplos claros de lo que sin duda cae dentro de su ámbito. Ellos son los casos paradigmáticos, los casos claros (el automóvil, el ómnibus, la motocicleta); y nuestro propósito al legislar está determinado, en esa medida, porque hemos hecho una cierta elección. Hemos resuelto inicialmente la cuestión de que la paz y la tranquilidad en el parque deben ser preservadas al costo, en todo caso, de la exclusión de aquellas cosas. Por otra parte, mientras no coloquemos el propósito general de preservar la paz en el parque en conjunción con aquellos casos que inicialmente no consideramos, o quizás no pudimos considerar (tal vez, por ejemplo, un auto de juguete a propulsión eléctrica), nuestro propósito, en esa dirección, es indeterminado. No hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca: si ha de sacrificarse o defenderse algún grado de tranquilidad en el parque, frente a aquellos niños cuyo interés o placer consiste en usar ese juguete. Cuando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria. Al hacerlo habremos hecho más determinado nuestro propósito inicial, y, de paso, habremos resuelto una cuestión sobre el significado que, a los fines de esta regla, tiene una palabra general.

Los diferentes sistemas jurídicos, o el mismo sistema en distintas épocas, pueden ignorar o reconocer en forma más o menos explícita tal necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares. El vicio conocido en la teoría jurídica como formalismo o conceptualismo consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida. Una manera de hacer esto es congelar el significado de la regla, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos en que su aplicación está de por medio. Para asegurar esto podemos aferrarnos a ciertas características presentes en el caso obvio, e insistir en que ellas son a la vez necesarias y suficientes para que todo aquello que las posea quede comprendido

por la regla, cualesquiera sean las restantes características que pueda tener o que puedan faltarle, y cualesquiera sean las consecuencias sociales que resulten de aplicar la regla de esta manera. Hacer esto es asegurar un grado de certeza o predecibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos. Así habremos conseguido, por cierto, resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas. Esta técnica nos forzará a incluir en el campo de aplicación de una regla casos que deseáramos excluir para llevar a cabo propósitos sociales razonables, y que los términos de textura abierta de nuestro lenguaje nos habrían permitido excluir si los hubiéramos dejado definidos de una manera menos rígida. La rigidez de nuestras clasificaciones entrará así en conflicto con los propósitos que nos animan al tener o preservar la regla.

Este proceso se consuma en "el paraíso de los conceptos" de los juristas; se llega a él cuando un término general recibe el mismo significado no sólo en todas las aplicaciones de una regla, sino dondequiera aparece en cualquier regla del sistema jurídico. Aquí no se requiere ni se hace esfuerzo alguno para interpretar el término a la luz de las diferentes cuestiones que están en juego en las diversas reglas en que se presenta.

De hecho todos los sistemas, de maneras diferentes, concilian dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto. Puede ocurrir que en algunos sistemas jurídicos, en ciertos períodos, se sacrifique demasiado en aras de la certeza, y que la interpretación judicial de las leyes y de los precedentes sea demasiado formal y no se haga cargo de semejanzas y diferencias entre los casos, que sólo son visibles

cuando éstos se examinan a la luz de objetivos sociales. En otros sistemas, o en otros períodos, puede parecer que los tribunales tratan demasiadas cosas en los precedentes como perpetuamente abiertas o revisibles, y que respetan muy pocos límites tales como los que establece el lenguaje de la ley, no obstante su textura abierta. En esta materia la teoría jurídica tiene una curiosa historia; porque es propensa a ignorar o a exagerar el carácter indeterminado de las reglas jurídicas. Para sustraernos a esta oscilación entre extremos es menester recordar que la incapacidad humana para anticipar el futuro, que está en la base de esta indeterminación, varía en grados según los diferentes campos de conducta, y que los sistemas jurídicos proveen a esta incapacidad mediante una correspondiente variedad de técnicas.

A veces se advierte desde un comienzo que la esfera a ser controlada jurídicamente es un campo en que las características de los casos individuales variarán tanto en aspectos socialmente importantes pero impredecibles, que la legislatura no puede formular útilmente por anticipado reglas generales para ser aplicadas de caso a caso sin nuevas directivas oficiales. En consecuencia, para regular tal esfera la legislatura establece guías muy generales y delega en un cuerpo administrativo creador de reglas, familiarizado con los diversos tipos de casos, la tarea de modelar reglas adaptadas a las especiales necesidades de éstos. Así la legislatura puede exigir de una industria que no se aparte de ciertos *standards*: cobrar una *tarifa o precio justo* o proveer *sistemas seguros* de trabajo. En lugar de dejar que las diferentes empresas apliquen estos *standards* vagos por sí mismas, con el peligro de que *ex post facto* se determine que los han violado, puede entenderse que es mejor no castigar las violaciones hasta que el órgano o cuerpo administrativo haya dictado reglas que especifiquen qué es lo que ha de entenderse, para una industria determinada, por "tarifa o precio justo" o "sistema seguro". El ejercicio de esta potestad de elaborar reglas puede supeditarse a algo semejante a una investigación judicial de los hechos relativos a la industria de que se trata, y a la celebración de una audiencia para oír argumentos en pro y en contra de una determinada forma de regulación.

000087

Por supuesto, aun para los *standards* muy generales habrá ejemplos claros no discutibles de casos que los satisfacen o que no los satisfacen. Siempre será posible identificar *ab-initio* algunos casos extremos de lo que es, o no es, una "tarifa o precio justo" o un "sistema seguro". Así, en un extremo del campo infinitamente variado de casos habrá una tarifa tan alta que equivaldrá a una exacción al público por un servicio vital, al par que dará a los empresarios altísimas utilidades; en el otro extremo habrá una tarifa tan baja que no ofrecerá un incentivo para llevar adelante la empresa. De maneras diferentes, en uno y otro caso se frustraría cualquier propósito que pudiéramos tener al regular las tarifas. Pero estos no son más que los extremos de un campo de factores diferentes, y no es probable que se presenten en la práctica; en el medio se encuentran los casos reales difíciles que reclaman atención. Las combinaciones anticipables de factores relevantes son pocas, y esto da una relativa indeterminación a nuestro propósito inicial de lograr una tarifa justa o un sistema seguro, e impone la necesidad de una nueva decisión oficial. En estos casos resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto.

Se usa una segunda técnica semejante cuando la esfera a controlar es tal que resulta imposible identificar una clase de acciones específicas que uniformemente deban ser realizadas u omitidas, y convertir esas acciones en objeto de una regla simple, aunque el conjunto de circunstancias, si bien muy variado, incluye características familiares de la experiencia común. Aquí los juicios comunes sobre lo que es "razonable" pueden ser utilizados en el derecho. Esta técnica deja a los individuos, sujeta a la corrección por un tribunal, la tarea de valorar las pretensiones sociales que surgen en formas diversas no anticipables y de obtener un razonable equilibrio entre ellas. En este caso se le exige que se adecúen a un *standard* variable antes de que haya

sido definido oficialmente, y puede ser que sólo lleguen a enterarse *ex post facto*, por conducto de un tribunal, y cuando ya lo han violado, cuál es, en términos de acciones u omisiones específicas, el *standard* que ellos deben observar. Cuando las decisiones del tribunal son consideradas como precedentes, la especificación del *standard* variable contenido en ellas se asemeja mucho al ejercicio de la potestad de elaborar reglas delegadas en un cuerpo administrativo, aunque hay también diferencias obvias.

El ejemplo más famoso de esta técnica en el derecho anglo-americano es el uso del *standard* de *due care* (debido cuidado), en los casos de culpa o negligencia. Se pueden aplicar sanciones civiles, y con menos frecuencia sanciones penales, a quienes omiten poner un cuidado razonable para no causar daños físicos a otros. Pero ¿qué es cuidado razonable o debido cuidado en una situación concreta? Podemos, por supuesto, citar ejemplos típicos de debido cuidado: hacer cosas tales como detenerse, observar y escuchar en las intersecciones de tránsito. Pero todos sabemos que las situaciones en que hay que poner cuidado son enormemente diversas y que muchas otras acciones se exigen además de "detenerse, observar y escuchar", o en lugar de estas últimas; en realidad éstas pueden no ser suficientes, y podrían ser totalmente inútiles si observar no ayudara a conjurar el peligro. Mediante la aplicación de *standards* de cuidado razonable se trata de asegurar (1) que se tomen precauciones que eviten un daño sustancial, y (2) que esas precauciones sean tales que el peso de ellas no implique un sacrificio demasiado grande de otros intereses respetables. No es mucho lo que se sacrifica deteniéndose, observando y escuchando, salvo, naturalmente, que se esté transportando al hospital a un hombre con una hemorragia que pone en peligro su vida. Pero debido a la inmensa variedad de casos posibles en que se exige prudencia o cuidado, no podemos prever *ab initio* qué combinaciones de circunstancias se presentarán, ni prever qué intereses tendrán que ser sacrificados, o en qué medida, para adoptar precauciones contra el daño. Por ello es que no podemos considerar, antes de que se presenten los ca-

sos particulares, cuál es precisamente el sacrificio o compromiso de intereses y valores que estamos dispuestos a hacer para reducir el riesgo de daño. También aquí, nuestro propósito de proteger a los hombres contra el daño será indeterminado mientras no lo pongamos a prueba en relación con posibilidades que sólo la experiencia nos brindará; cuando esto ocurre tenemos que enfrentar una decisión que, si se toma, hará que nuestro propósito quede determinado en esa medida.

La consideración de estas dos técnicas pone de relieve las características de aquellas amplias áreas de conducta que son satisfactoriamente controladas *ab initio* no mediante un *standard* variable sino mediante reglas, que exigen acciones específicas y que sólo presentan una periferia de textura abierta. Esas áreas están caracterizadas por el hecho de que ciertas acciones, sucesos o estados de cosas distinguibles, tienen tal importancia práctica para nosotros, como cosas a evitar o a provocar, que muy pocas circunstancias concomitantes nos inclinan a considerarlas de modo diferente. El ejemplo más tosco de esto es el asesinato de un ser humano. Aunque las circunstancias, en que los seres humanos matan a otros son muy variadas, estamos en situación de formular una regla contra el asesinato en lugar de establecer un *standard* variable ("debido respeto por la vida humana"): esto es así porque son muy pocos los factores que se presentan ante nuestros ojos con título para justificar que reexaminemos nuestra valoración de la importancia de proteger la vida humana. Casi siempre el matar *domina*, por decir así, los otros factores que lo acompañan, de modo que cuando por adelantado prohibimos "matar" no estamos prejuzgando ciegamente acerca de cuestiones que requieren ser contrapesadas entre sí. Por supuesto que hay excepciones, factores que dominan al que es usualmente predominante. Está el matar en defensa propia, y otras formas de homicidio justificable. Pero ellas son pocas y pueden ser identificadas en términos relativamente simples; son admitidas como excepciones a una regla general.

Es importante advertir que el *status* dominante de alguna acción, suceso o estado de cosas fácilmente identificable, puede

ser, en cierto sentido, convencional o artificial, y no deberse a la importancia "natural" o "intrínseca" que tiene para nosotros como seres humanos. No importa qué dirección o mano prescribe para el tránsito la ordenanza respectiva, ni (dentro de ciertos límites), qué formalidades se exigen para transferir una propiedad; pero importa mucho que exista un procedimiento fácilmente identificable y uniforme y que, por virtud de ello, esté claramente deslindado lo que está bien y lo que está mal en estas cuestiones. Cuando tal deslinde ha sido introducido por el derecho la importancia de adherir a él es, con pocas excepciones, principalísima; porque muy pocas circunstancias concomitantes pueden tener más peso, y las que lo tienen, pueden ser fácilmente identificables como excepciones y reglamentadas. El derecho inglés de la propiedad inmobiliaria ilustra muy claramente este aspecto de las reglas.

La comunicación de reglas generales mediante ejemplos revestidos de autoridad trae consigo, como hemos visto, indeterminaciones de un tipo más complejo. El reconocimiento del precedente como criterio de validez jurídica, significa cosas diferentes en diferentes sistemas, y aún en el mismo sistema en distintas épocas. Las descripciones de la "teoría" inglesa del precedente son todavía, en ciertos puntos, altamente debatidas: en realidad incluso los términos claves usados en la teoría: "*ratio decidendi*", "hechos relevantes", "interpretación", tienen su propia penumbra de incertidumbre. No ofreceremos una nueva descripción general, sino que nos limitaremos a un intento de caracterizar en forma breve, tal como lo hicimos con la ley, el área de textura abierta y la actividad judicial creadora que se da dentro de ella.

Cualquier descripción honesta del uso del precedente en el derecho inglés tiene que tomar en cuenta los siguientes pares de hechos opuestos. *Primero*, no hay ningún método único para determinar la regla respecto de la cual es autoridad un determinado precedente al que se reconoce autoridad. A pesar de esto, en la vasta mayoría de los casos decididos hay muy pocas dudas. El sumario, por lo común, es suficientemente correcto. En *segundo lugar*, ninguna formulación de una regla que tiene que ser

extraída de los casos puede pretender ser la única correcta. Por otra parte, cuando el impacto de un precedente sobre un caso posterior está en disputa, existe a menudo acuerdo general en el sentido de que una determinada formulación es adecuada. En *tercer lugar*, cualquiera sea el *status* de autoridad que una regla extraída del precedente pueda tener, es compatible con el ejercicio por los tribunales, que están limitados por ella, de los dos tipos siguientes de actividad creadora o legislativa. Por una parte, los tribunales que resuelven un caso posterior pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente restringiendo la regla extraída de éste, y acogiendo alguna excepción antes no considerada, o que, si lo fue, quedó abierta. Este proceso de "distinguir" el caso anterior implica hallar alguna diferencia jurídicamente relevante entre aquél y el caso presente, y la clase de tales diferencias nunca puede ser determinada en forma exhaustiva. Por otra parte, al seguir un precedente los tribunales pueden dejar a un lado una restricción que aparece en la regla tal como fue formulada en el caso anterior, en base a que ella no es exigida por ninguna regla establecida por ley o por un precedente previo. Hacer esto es ampliar la regla. A pesar de estas dos formas de actividad legislativa, que la fuerza obligatoria del precedente deja abiertas, la aplicación del sistema inglés del precedente ha producido un cuerpo de reglas, gran número de las cuales, tanto de mayor como de menor importancia, son tan determinadas como cualquier regla contenida en una ley. Ahora ellas sólo pueden ser modificadas por ley, como los jueces mismos lo declaran a menudo en aquellos casos cuyos "méritos" parecen contradecir las exigencias de los precedentes establecidos.

La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las

aplicaciones de *standards* variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso. Este hecho saliente de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla (escrita o comunicada por precedente). Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración de *standards* variables. En un sistema donde el *stare decisis* es firmemente reconocido, esta función de los tribunales se asemeja mucho al ejercicio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas. En Inglaterra este hecho a menudo resulta oscurecido por las formas: porque con frecuencia los tribunales niegan cumplir tal función creadora e insisten en que la tarea propia de la interpretación de la ley y del uso del precedente es, respectivamente, buscar la "intención del legislador" y el derecho que ya existe.

2. VARIIDADES DE ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS

Hemos examinado con algún detenimiento la textura abierta del derecho porque es importante apreciar esta característica en una justa perspectiva. Si no se procede así, ella provocará siempre exageraciones que oscurecerán otras características del derecho. En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad. Sin embargo, por importantes que sean estas actividades y por insuficientemente estudiadas que estén, no deben ocultar el hecho de que tanto la estructura dentro de la cual tienen lugar, como su principal producto final, consisten en reglas generales. Estas son reglas cuya aplicación

puede ser hecha por los individuos mismos en caso tras caso, sin recurrir a las directivas o a la discreción oficial.

Puede parecer extraño que la afirmación de que las reglas tienen un papel central en la estructura de un sistema jurídico haya sido seriamente puesta en duda alguna vez. Sin embargo, "el escepticismo ante las reglas", o la pretensión de que hablar de reglas es un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de ellas, puede ejercer una atracción poderosa sobre la sinceridad de los juristas. Expresada en forma general, tanto respecto de las reglas secundarias como de las primarias, es por cierto una pretensión completamente incoherente; porque la afirmación de que hay decisiones de los tribunales no puede ser consistentemente combinada con la posición que, en forma absoluta, niega que hay reglas. Esto es así porque, como hemos visto, la existencia de un tribunal implica la existencia de reglas secundarias que confieren potestad jurisdiccional a una sucesión cambiante de individuos y, con ello, autoridad a sus decisiones. En una comunidad de personas que entendieran las nociones de decisión y de predicción de una decisión, pero no la de regla, faltaría la idea de decisión *con autoridad* y, con ella, la idea de tribunal. Sería imposible distinguir la decisión de un particular de la de un tribunal. Podríamos tratar de suplir, con la idea de "obediencia habitual", las deficiencias que presenta la predecibilidad de la decisión para servir de fundamento a la jurisdicción con autoridad implicada en la idea de tribunal. Pero si hacemos esto, nos encontraremos con que la noción de hábito adolece, a estos fines, de todas las insuficiencias que se pusieron de manifiesto en el capítulo IV, cuando la consideramos como candidato a reemplazar la noción de regla que confiere potestades legislativas.

En algunas versiones más moderadas de la teoría, se concede que para que haya tribunales tiene que haber reglas jurídicas que los constituyan, y que éstas en consecuencia no pueden ser a su vez simples predicciones de las decisiones de los tribunales. Sin embargo es poco lo que en realidad se avanza si la concesión se limita a eso. Porque es una afirmación caracterís-

tica de este tipo de teoría que las leyes no son derecho sino únicamente fuentes de derecho, mientras no sean aplicadas por los tribunales, y esto es incompatible con la afirmación de que sólo existen las reglas necesarias para constituir los tribunales. Tiene que haber también reglas secundarias que confieren potestades legislativas a sucesiones cambiantes de individuos. Porque la teoría no niega que haya leyes; en verdad las califica de meras "fuentes" de derecho, y se limita a negar que las leyes son derecho mientras no sean aplicadas por los tribunales.

Aunque estas objeciones son importantes y, respecto de una forma no cauta de la teoría, bien fundadas, no se aplican a ella en todas las formas. Bien puede ser que el escepticismo ante las reglas nunca se haya propuesto negar la existencia de reglas secundarias que confieren potestad judicial o legislativa, y que nunca haya pretendido que se pudiera demostrar que dichas reglas no eran sino decisiones o predicciones de decisiones. Ciertamente, los ejemplos en los que este tipo de teoría se ha apoyado con más frecuencia están tomados de reglas primarias que imponen deberes o acuerdan derechos o potestades a particulares. Sin embargo, aunque supongamos que la negativa de que hay reglas, y la afirmación de que lo que llamamos reglas no son más que predicciones de las decisiones de los tribunales, quedan limitadas de esta manera, hay un sentido, por lo menos, en el cual son obviamente falsas. Porque no puede ponerse en duda que, por lo menos en relación con algunas esferas del comportamiento dentro de un estado moderno, los individuos exhiben toda la gama de conducta y actitudes que hemos llamado el punto de vista interno. Las normas jurídicas funcionan en sus vidas, no simplemente como hábitos o como fundamentos para predecir las decisiones de los jueces o las acciones de otros funcionarios, sino como pautas o criterios jurídicos de conducta, que son aceptados. Esto es, ellos no solamente hacen con tolerable regularidad lo que el derecho les exige, sino que ven en él una pauta o criterio jurídico de conducta, hacen referencia a él al criticar a otros, o al justificar exigencias, y al admitir críticas y exigencias hechas por los demás. Al usar las reglas jurídicas de esta manera norma-

tiva ellos presuponen sin duda que los jueces y otros funcionarios continuarán decidiendo y comportándose de ciertas maneras regulares, y por ello predecibles, de acuerdo con las reglas del sistema; pero es ciertamente un hecho observable de la vida social que los individuos no se limitan al punto de vista externo, esto es, a registrar y predecir las decisiones de los tribunales o la probable incidencia de las sanciones. En lugar de ello, constantemente expresan en términos normativos su aceptación compartida del derecho como guía de conducta. En el capítulo III hemos considerado en forma detenida la pretensión de que los términos normativos, tales como "obligación", no quieren decir más que una predicción de la conducta oficial. Si, como hemos sostenido, esa pretensión es falsa, las reglas jurídicas funcionan como tales en la vida social: ellas son *usadas* como reglas, no como descripciones de hábitos o como predicciones. Sin duda que son reglas con una textura abierta, y que en los puntos en que la textura es abierta los individuos sólo pueden predecir cómo decidirán los tribunales y ajustar su conducta a ello.

El escepticismo ante las reglas reclama seriamente nuestra atención, pero sólo como una teoría del papel de las reglas en la decisión judicial. En esta forma, al conceder todas las objeciones que hemos destacado, dicha teoría equivale a afirmar que, en lo que concierne a los tribunales, nada hay que circunscriba el área de textura abierta: de modo que es falso, si no absurdo, considerar que los propios jueces están sometidos a las reglas u "obligados" a decidir casos en la forma que lo hacen. Ellos pueden actuar con una regularidad y uniformidad suficientemente predecibles como para permitir que los demás, a lo largo de períodos prolongados, vivan de acuerdo con las decisiones de los tribunales consideradas como reglas. Es posible que los jueces incluso experimenten sentimientos de compulsión cuando deciden como lo hacen, y estos sentimientos también pueden ser predecibles; pero más allá de esto nada hay que pueda caracterizarse como una regla observada por ellos. Nada hay que los tribunales consideren como pauta o criterio de conducta judicial correcta, y, por ello, na-

da hay en esa conducta que manifieste el punto de vista interno característico de la aceptación de reglas.

Esta versión de la teoría se apoya en una variedad de consideraciones de peso muy diferente. El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta de que aquéllas no son lo que serían en un paraíso formalista, o en un mundo en que los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las posibles combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que haya o que pueda haber regla alguna. Así el hecho de que las reglas que, según los jueces, los obligan al decidir un caso, tienen una textura abierta, o presentan excepciones que no son exhaustivamente especificables de antemano, y el hecho de que el desviarse de las reglas no hará posibles a los jueces de una sanción física, son invocados a menudo como prueba favorable a la posición del escéptico. Estos hechos son subrayados para demostrar que "las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos"¹.

Argumentar de esta manera es pasar por alto lo que las reglas efectivamente son en cualquier esfera de la vida real. Sugiere que nos hallamos ante el siguiente dilema: "O las reglas son lo que serían en el paraíso del formalista y ellas sujetan como cadenas; o bien no hay reglas, sino únicamente decisiones predecibles o tipos de acción predecibles". Este, sin embargo, es un dilema claramente falso. Prometemos visitar a un amigo al día siguiente. Cuando llega ese día resulta que cumplir la promesa nos obligaría a desatender a una persona seriamente enferma. El hecho de que esto se acepte como una razón adecuada para no cumplir lo prometido no significa por cierto que no hay ninguna regla que obligue a cumplir las promesas, y que sólo hay una

¹ Llewellyn, *The Bramble Bush* (2ª edición), pág. 9.

000092

cierta regularidad en el cumplimiento de ellas. Del hecho de que tales reglas tengan excepciones no susceptibles de un enunciado exhaustivo, no se sigue que en todos los supuestos quedamos librados a nuestra discreción y que nunca nos hallamos obligados a cumplir una promesa. Una regla que concluye con la expresión "a menos que..." sigue siendo una regla.

A veces se niega la existencia de reglas obligatorias para los tribunales, porque la cuestión de si al actuar de cierta manera manifestamos con ello la aceptación de una regla que nos exige actuar así, es confundida con cuestiones psicológicas sobre los procesos mentales que preceden o acompañan la acción. Suele ocurrir que cuando alguien acepta una regla como obligatoria y como algo que él y los demás no son libres de cambiar, aquél puede ver en forma totalmente intuitiva lo que la regla exige en una situación dada, y realizar el acto requerido sin pensar primero en la regla y en lo que ella exige. Cuando movemos una pieza de ajedrez de acuerdo con las reglas, o nos detenemos ante una señal de tránsito, nuestra conducta concorde con la regla es con frecuencia una respuesta directa a la situación, que no presupone un paso intermedio o un cálculo en términos de las reglas. La prueba de que tales acciones son aplicaciones genuinas de la regla es su ubicación respecto de ciertas circunstancias. Algunas de estas circunstancias preceden la acción particular y otras son posteriores; y algunas de ellas únicamente son expresables en términos generales e hipotéticos. El más importante de estos factores que demuestran que al actuar hemos aplicado una regla es que si nuestra conducta es impugnada estamos dispuestos a justificarla haciendo referencia a aquélla; y el carácter genuino de nuestra aceptación de la regla puede manifestarse no sólo en nuestros reconocimientos y observancia general de ella, antes y después, sino también en nuestra crítica a las desviaciones propias y ajenas. En base a esta evidencia o a una similar, podemos ciertamente concluir que si antes de nuestro "impensado" cumplimiento de la regla se nos hubiera preguntado cuál era la acción correcta y por qué lo era, lo honesto habría sido responder mencionando la regla. Es esa ubicación de nuestra conducta entre

tales circunstancias, y no el hecho de que vaya acompañada de un pensamiento explícito en la regla, lo que se necesita para distinguir un acto de genuina observancia de una regla y una acción que simplemente coincide con ella. Distinguiríamos así la movida del jugador de ajedrez adulto como un acto conforme a una regla aceptada, de la acción del niño que simplemente empuja la pieza al lugar correcto.

Esto no significa negar que la simulación sea posible y a veces exitosa. Los métodos de comprobación para determinar si una persona ha simulado *ex post facto* que actuó de acuerdo a una regla son, como todos los métodos de comprobación empíricos, inherentemente falibles, pero no lo son en forma inveterada. Es posible que en una determinada sociedad los jueces tomaran siempre su decisión en forma intuitiva, o "por pálpitos", y luego se limitaran a elegir de entre un catálogo de reglas jurídicas aquellas que, según su modo de ver, se parecieran más al caso occurrente; podrían pretender entonces que esa era la regla que a su entender imponía la decisión dictada, aunque nada más en sus acciones o palabras sugiriera que la consideraron como una regla obligatoria. Algunas decisiones judiciales pueden ser dictadas así, pero es evidente, sin duda, que la mayoría de ellas, como ocurre con las movidas del jugador de ajedrez, son obtenidas mediante el esfuerzo genuino para ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones o, si se llega a éstas en forma intuitiva, se hallan justificadas por reglas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso occurrente es generalmente reconocida.

La última y más interesante forma de escepticismo ante las reglas no se funda en el carácter abierto de las normas jurídicas ni en el carácter intuitivo de muchas decisiones; se funda en el hecho de que la decisión de un tribunal ocupa una posición única como algo que posee autoridad, y, si se trata de tribunales supremos, autoridad final. Esta forma de la teoría, de la que nos ocuparemos en el apartado próximo, está implícita en la famosa frase del obispo Hoadly, que Gray tanto repite en *The Nature and Sources of Law*, "Ahora bien, quien tiene una autoridad absoluta

000093

para interpretar las normas, escritas o no, ése es el legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que por vez primera las escribió o enunció".

3. DEFINITIVIDAD E INFALIBILIDAD DE LA DECISION JUDICIAL

Un tribunal supremo tiene la última palabra al establecer qué es derecho y, después que lo ha establecido, la afirmación de que el tribunal se "equivocó" carece de consecuencias dentro del sistema; nadie ve modificados sus derechos o deberes. La decisión, claro está, puede ser privada de efectos jurídicos por una ley, pero el hecho mismo de que sea menester recurrir a ello demuestra que, en lo que al derecho atañe, el enunciado de que el tribunal se equivocó era un enunciado vacío. La consideración de estos hechos hace que parezca pedante distinguir, en el caso de decisiones de un tribunal supremo, entre su definitividad y su infalibilidad. Esto conduce a otra forma de negar que los tribunales, al decidir, están de algún modo sometidos a reglas: "El derecho (la constitución) es lo que los tribunales dicen que es".

Las características más interesantes e instructivas de esta forma de la teoría son su aprovechamiento de la ambigüedad de enunciados tales como "el derecho (o la constitución) es lo que los tribunales dicen que es", y la explicación que ella tiene que dar, para ser consistente, de la relación que existe entre los enunciados de derecho no oficiales y los enunciados oficiales de un tribunal. Para entender aquella ambigüedad, consideraremos su análogo en el caso de un juego. Muchos juegos competitivos se juegan sin un tanteeador (*scorer*) oficial: a pesar de sus intereses en conflicto, los jugadores consiguen aplicar aceptablemente bien la regla de tanteo (*scoring rule*) a los casos particulares; por lo común sus juicios concuerdan, y las disputas que quedan sin solución pueden ser pocas. Antes que se instituya un tanteeador oficial, el enunciado que sobre el número de tantos convertidos (*score*) hace un jugador, si es honesto, representa un esfuerzo para apreciar la marcha del juego con referencia a la particular regla de tanteo aceptada en el mismo. Tales enunciados sobre el

número de tantos convertidos (*score*) son enunciados internos que aplican la regla de tanteo y, si bien presuponen que los jugadores observarán en general las reglas y objetarán su violación, no son enunciados ni predicciones de estos hechos.

Al igual que los cambios que se operan al pasar de un régimen consuetudinario a un sistema jurídico maduro, la introducción en el juego de reglas secundarias que instituyen un tanteeador cuyas resoluciones son definitivas, aporta al sistema un nuevo tipo de enunciado interno; porque a diferencia de los enunciados de los jugadores respecto del número de tantos convertidos (*score*), las determinaciones del tanteeador tienen asignado, por virtud de reglas secundarias, un *status* que las hace indiscutibles. En este sentido es verdad que, a los fines del juego, "el *score* es lo que el tanteeador dice que es". Pero es importante ver que la regla de tanteo continúa siendo lo que era antes, y que es deber del tanteeador aplicarla lo mejor posible. La proposición "el *score* es lo que el tanteeador dice que es" sería falsa si se quisiera decir con ella que no hay regla para el tanteo, salvo la que el tanteeador, en su arbitrio, elige aplicar. Podría haber ciertamente un juego con tal regla, y en alguna medida podría ser divertido jugarlo si el arbitrio del tanteeador se ejerciera con cierta regularidad; pero se trataría de un juego diferente. Podríamos llamarlo el juego del "arbitrio del tanteeador".

Es obvio que las ventajas que trae aparejadas un tanteeador en materia de solución rápida y definitiva de las disputas, se adquieren a cierto precio. La institución de un tanteeador puede colocar a los jugadores en una situación difícil: el deseo de que el juego sea regulado, como antes, por la regla de tanteo, puede entrar en conflicto con el deseo de que en la aplicación de dicha regla haya decisiones con autoridad definitiva. El tanteeador puede incurrir en errores honestos, estar ebrio, o puede violar maliciosamente su deber de aplicar la regla de tanteo en la mejor forma posible. Por cualquiera de esas razones puede decidir que se ha convertido un tanto cuando no ha ocurrido ningún hecho que justifique tal decisión. Es posible adoptar provisiones para corregir sus fallos mediante apelación a alguna autoridad superior:

pero esto tiene que terminar alguna vez en una decisión con autoridad definitiva, que será dictada por seres humanos falibles, y llevará así consigo el mismo riesgo de error honesto, abuso o violación. Es imposible proveer mediante reglas a la corrección de las infracciones a todas las reglas.

Los riesgos inherentes en la creación de una autoridad que aplique reglas con carácter definitivo, pueden materializarse en cualquier esfera. Los que pueden materializarse en la humilde esfera de un juego son dignos de consideración, puesto que muestran, de una manera particularmente clara, que algunas inferencias extraídas por los escépticos ante las reglas pasan por alto ciertas distinciones que son indispensables para comprender aquella forma de autoridad dondequiera se aplique. Cuando se crea o establece un tanteador oficial, y sus determinaciones se aceptan como definitivas, los enunciados que sobre el número de tantos convertidos (*score*) formulan los jugadores u otros particulares no tienen *status* dentro del juego; son irrelevantes desde el punto de vista del resultado. Si coinciden con lo que dice el tanteador, tanto mejor; si no coinciden, no cuentan para nada en la determinación del resultado. Pero estos hechos muy obvios serían desfigurados si a los enunciados de los jugadores se los calificara de predicciones de las decisiones del tanteador, y sería absurdo sostener que se prescinde de ellos cuando discrepan con esas decisiones porque resultan ser predicciones falsas de las mismas. Después de la introducción de un tanteador oficial, cuando el jugador formula sus enunciados propios sobre el número de tantos convertidos (*score*), sigue haciendo lo mismo que hacía antes: a saber, determina la marcha del juego de la mejor forma posible, por referencia a la regla de tanteo. El tanteador hace eso mismo, en la medida en que cumple con los deberes propios de su posición. La diferencia entre ellos no consiste en que uno predice lo que el otro dirá, sino en que los enunciados de los jugadores son aplicaciones no oficiales de la regla de tanteo, y por ello carecen de significación para computar el resultado; mientras que los enunciados del tanteador tienen autoridad y son definitivos. Es importante observar que si el juego fuera "el arbitrio

del tanteador" la relación entre los enunciados no oficiales y los enunciados oficiales sería necesariamente distinta: los enunciados de los jugadores no sólo *serían* una predicción de las decisiones del tanteador, sino que además *no podrían* ser otra cosa. Porque en tal caso "el *score* es lo que tanteador dice que es" sería la regla de tanteo; no habría la posibilidad de que los enunciados de los jugadores fueran versiones meramente no oficiales de lo que el tanteador hace oficialmente. En tal caso las decisiones del tanteador serían a la vez definitivas e infalibles, o mejor dicho la cuestión sobre su falibilidad o infalibilidad carecería de sentido; porque respecto de nada podría "acertar" o "equivocarse". Pero en un juego común "el *score* es lo que el tanteador dice que es" no es la regla de tanteo: es una regla que establece que la aplicación de la regla de tanteo a los casos particulares hecha por el tanteador tiene autoridad y carácter definitivos.

La segunda enseñanza que podemos extraer de este ejemplo de decisión con autoridad toca cuestiones más fundamentales. Podemos distinguir entre un juego normal y el juego del "arbitrio del tanteador" simplemente porque la regla de tanteo del primero aunque presenta, como otras reglas, su área de textura abierta donde el tanteador tiene que ejercer una elección, posee sin embargo un núcleo de significado establecido. Es de este núcleo que el tanteador no es libre de apartarse, y él constituye el criterio de tanteo correcto e incorrecto: tanto para el jugador, cuando formula sus enunciados no oficiales sobre el número de tantos realizados (*score*), como para el tanteador en sus decisiones oficiales. Esto es lo que hace que sea verdad decir que las decisiones del tanteador, aunque definitivas, no son infalibles. Lo mismo ocurre en el caso del derecho.

Hasta cierto punto, el hecho de que algunas decisiones del tanteador sean claramente equivocadas no es inconsistente con que el juego continúe: ellas cuentan tanto como las decisiones obviamente correctas. Pero la extensión en que la tolerancia de las decisiones incorrectas es compatible con la existencia continuada del mismo juego tiene un límite, y esto halla un análogo importante en el campo jurídico. El hecho de que se toleren abe-

raciones oficiales aisladas o excepcionales no significa que lo que se juega ya no es *cricket* o *baseball*. Por otra parte, si estas aberraciones son frecuentes o si el tanteador repudia la regla de tanteo, llega un punto en el que o los jugadores ya no aceptan las decisiones aberrantes del tanteador, o si lo hacen están jugando otro juego. No se trata ya de *cricket* o *baseball* sino de "el arbitrio del tanteador"; porque es una característica definitoria de esos otros juegos que, en general, sus resultados deben determinarse de la manera exigida por el significado obvio de la regla, cualquiera sea la latitud que su textura abierta pueda permitir al tanteador. En algunas condiciones imaginables podríamos decir que lo que se jugó fue en verdad "el arbitrio del tanteador", pero el hecho de que en todos los juegos las decisiones del tanteador son definitivas no significa que todos los juegos sean eso.

Estas distinciones deben ser tenidas en cuenta al valorar la forma de escepticismo jurídico que se apoya en el *status* único que tiene la decisión de un tribunal en cuanto enunciado definitivo, con autoridad, de lo que es derecho en un caso particular. La textura abierta del derecho acuerda a los tribunales una potestad de creación jurídica mucho más amplia y más importante que la que tienen los tanteadores, cuyas decisiones no son usadas como precedentes creadores de derecho. Cualquier cosa que decidan los tribunales, tanto respecto de cuestiones que se encuentran en aquella parte de la regla que parece obvia a todos, como respecto de cuestiones que se hallan en su márgenes discutibles, lo decidido subsiste mientras no sea modificado por la legislación; y en lo que hace a la interpretación de ésta, los tribunales también tienen la última palabra, dotada de autoridad. Sin embargo, siempre hay que distinguir entre una constitución que, tras establecer un sistema de tribunales, dispone que cualquier cosa que la Suprema Corte considere adecuada será derecho, y la constitución de los Estados Unidos o, en lo que a esto respecta, la constitución de cualquier estado moderno. La proposición, "la constitución (o el derecho) es lo que los jueces dicen que es", si se la interpreta como que niega esta distinción, es una proposición falsa. En cualquier momento dado los jueces, incluso los de una Corte

Suprema, integran un sistema cuyas reglas son lo suficientemente determinadas en la parte central como para suministrar criterios o pautas de decisión judicial correcta. Los tribunales consideran a esas reglas como algo que ellos no son libres de dejar a un lado al ejercer la autoridad para dictar aquellas decisiones que no pueden ser discutidas dentro del sistema. Cuando un juez asume su cargo, así como cuando un tanteador asume el suyo, se encuentra con una regla, tal como la que dice que lo que la Reina en Parlamento dispone es derecho, que se halla establecida como una tradición y que es aceptada como el criterio o pauta para el desempeño de ese cargo. Esto circunscribe, aunque no anula, la actividad creadora de quienes lo ocupan. Es cierto que tales criterios o pautas no podrían seguir existiendo si la mayor parte de los jueces no les prestaran adhesión, porque su existencia en un momento dado simplemente consiste en su aceptación y uso como criterio o pauta de adjudicación correcta. Pero esto no hace que el juez que los usa sea el autor de ellos o, para emplear el lenguaje de Hoadly, el "legislador" competente para decidir a voluntad. La adhesión del juez es exigida para mantener los criterios o pautas, pero el juez no los crea.

Es posible, por supuesto, que escudados en las reglas que dan a las decisiones judiciales autoridad definitiva, los jueces se pongan de acuerdo para rechazar las reglas existentes, y dejen de considerar que las leyes del Parlamento, aún las más claras, imponen límites alguno a sus decisiones. Si la mayoría de sus fallos tuvieran ese carácter y fueran aceptados, ello importaría una transformación del sistema, paralela a la transformación de un juego de *cricket* en "el arbitrio del tanteador". Pero el hecho de que tales transformaciones sean posibles no demuestra que el sistema ya es lo que sería si la transformación tuviera lugar. Ninguna regla puede ser garantizada contra las transgresiones o el repudio, porque nunca es psicológica o físicamente imposible que los seres humanos las transgredan o repudien, y si un número suficiente de hombres lo hace durante un tiempo suficientemente prolongado, la regla desaparecerá. Pero la existencia de reglas en un momento dado no requiere esas imposibles garantías contra

la destrucción. Decir que en un momento dado hay una regla que exige que los jueces acepten como derecho las leyes del Parlamento o las del Congreso implica, primero, que existe acatamiento general a esa exigencia y que los jueces, individualmente considerados, rara vez se apartan de ella o la desconocen; en segundo lugar, implica que cuando tal desviación o desconocimiento individual ocurre, o si ocurriera, es o sería tratado por una gran mayoría como algo seriamente criticable e incorrecto, aun cuando la regla que acuerda carácter definitivo a las decisiones hiciera imposible revisar la decisión del caso particular, salvo mediante una ley que admite la validez de una decisión tal, aunque no su corrección. Es lógicamente posible que los seres humanos pudieran violar todas sus promesas, sintiendo al principio, quizás, que eso es incorrecto, y más tarde sin experimentar tal sentimiento. La regla que obliga a cumplir las promesas dejaría entonces de existir; pero esto sería un magro fundamento para sostener que esa regla ya no existe y que las promesas no son realmente obligatorias. El paralelo argumento referente a los jueces, basado en la posibilidad de que maquinen la destrucción del sistema en vigor, no tiene más fuerza.

Antes de abandonar el tópico del escepticismo ante las reglas tenemos que decir una última palabra acerca de su tesis positiva de que las reglas son la predicción de las decisiones de los tribunales. Es obvio, y ha sido señalado a menudo, que cualquiera sea la verdad que pueda haber en esto, en el mejor de los casos sólo es aplicable a los enunciados de derecho arriesgados por los particulares o por sus asesores. No puede aplicarse a los enunciados de una regla jurídica hechos por los propios tribunales. Estos últimos enunciados o son un ropaje verbal para el ejercicio de una discreción ilimitada, como pretenden alguno de los "realistas" más extremos, o tienen que ser la formulación de reglas auténticamente consideradas por los tribunales, desde el punto de vista interno, como un criterio o pauta de decisión correcta. Por otra parte, las predicciones de las decisiones judiciales innegablemente tienen un lugar importante en el derecho. Cuando llegamos al área de textura abierta, muy a menudo todo cuanto podemos

ofrecer con provecho como respuesta a la pregunta: "¿cuál es el derecho en esta materia?", es una predicción cautelosa de lo que harán los tribunales. Además, aun cuando lo que las reglas exigen sea claro, con frecuencia ello se puede expresar en la forma de una predicción de la decisión de los tribunales. Pero es importante advertir que predominantemente en el segundo caso, y en un grado variable en el primero, el fundamento de tal predicción es el conocimiento de que los tribunales consideran a las reglas jurídicas no como predicciones, sino como criterios o pautas a seguir, que son lo suficientemente determinados, a pesar de su textura abierta, como para limitar, aunque no para excluir, su discreción. De aquí que, en muchos casos, las predicciones de lo que harán los tribunales son como la predicción que podríamos hacer en el sentido de que los jugadores de ajedrez moverán el alfil en línea oblicua: ellas se basan en última instancia en una apreciación del aspecto no predictivo de las reglas, y del punto de vista interno de éstas como pautas o criterios de conducta aceptados por aquellos a quienes las predicciones se refieren. Este no es más que un aspecto adicional del hecho, ya subrayado en el capítulo V, de que, si bien la existencia de reglas en cualquier grupo social posibilita la predicción, y a menudo le da fuerza, no puede ser identificada con ella.

4. INCERTIDUMBRE DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

El formalismo y el escepticismo ante las reglas son el Escila y el Caribdis de la teoría jurídica; son grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí. La verdad se encuentra en el medio. Es mucho, ciertamente, lo que hay que hacer —y no lo podemos intentar aquí— para caracterizar en forma detallada esa vía intermedia, y para mostrar los diversos tipos de razonamiento que los tribunales característicamente usan al cumplir la función creadora que les deja la textura abierta del derecho en la ley o en el precedente. Pero hemos dicho bastante en este capítulo como para poder retomar, con provecho, el importante tema aludido al final del capítulo VI. Se trata de la incertidumbre no de reglas jurídicas particulares, sino de la regla de

reconocimiento y, con ello, del criterio último usado por los tribunales al identificar reglas válidas de derecho. La distinción entre la incertidumbre de una regla particular y la incertidumbre del criterio usado para identificarla como regla del sistema, no es siempre clara. Pero alcanza claridad máxima cuando las reglas son normas legislativas, con un texto revestido de autoridad. Las palabras de una ley y lo que ella prescribe en un caso particular pueden ser perfectamente obvios; sin embargo, es posible que haya dudas sobre si la legislatura tiene potestad para legislar de esa manera. A veces la eliminación de estas dudas únicamente exige interpretar otra regla de derecho que otorgó la potestad legislativa, y la validez de esta otra regla puede ser indudable. Tal sería el caso, por ejemplo, si estuviera en cuestión la validez de un precepto dictado por una autoridad subordinada, porque hay dudas respecto del significado de la ley del Parlamento que define las atribuciones legislativas de dicha autoridad. Este sería un caso de mera incertidumbre o textura abierta de una ley particular, y no suscitara ninguna cuestión fundamental.

Hay que distinguir de tales cuestiones ordinarias aquellas que versan sobre la competencia jurídica de la propia legislatura suprema. Estas otras cuestiones se refieren a los criterios últimos de validez jurídica; y pueden surgir aun en un sistema jurídico como el inglés, en el que no hay una constitución escrita que especifique la competencia de la legislatura suprema. En la enorme mayoría de los casos la fórmula "lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho" es una expresión adecuada de la regla sobre la competencia jurídica del Parlamento, y es aceptada como un criterio último para la identificación del derecho, por muy abiertas que se hallen en su periferia las reglas así identificadas. Pero pueden surgir dudas respecto del significado o alcance de aquella fórmula; podemos preguntarnos qué quiere decir "sancionado por el Parlamento" y las dudas que surjan pueden ser resueltas por los tribunales. ¿Qué inferencia cabe extraer, respecto de la posición que ocupan los tribunales en un sistema jurídico, del hecho de que la regla última de éste puede ofrecer dudas y éstas ser resueltas por aquéllos? ¿Se hace necesario, en

vista de esta circunstancia, modificar de algún modo la tesis de que el fundamento de un sistema de derecho es una regla de reconocimiento aceptada que especifica los criterios de validez jurídica?

Para responder a estas preguntas consideraremos aquí algunos aspectos de la doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento, aunque, por supuesto, pueden aparecer dudas similares respecto de los criterios últimos de validez jurídica en cualquier sistema. Bajo la influencia de la doctrina de Austin de que el derecho es esencialmente el producto de una voluntad jurídicamente ilimitada, algunos teóricos del derecho constitucional sostuvieron que era lógicamente necesario que existiera una legislatura soberana, entendiéndose por esto una legislatura que, durante toda su existencia como cuerpo continuo, fuese libre no sólo frente a limitaciones impuestas *ab extra*, sino también frente a su propia legislación previa. Hoy día puede considerarse punto pacífico que el Parlamento inglés es soberano en este sentido, y el principio de que ningún Parlamento anterior puede impedir que sus "sucesores" deroguen la legislación dictada por aquél, constituye parte de la regla última de reconocimiento utilizada por los tribunales para identificar reglas válidas de derecho. Es importante ver, sin embargo, que no hay ninguna necesidad lógica, mucho menos una necesidad de la naturaleza, de que exista tal Parlamento; es sólo una forma o estructura entre otras, igualmente concebibles, que ha llegado a ser aceptada entre nosotros como el criterio de validez jurídica. Entre esas otras formas posibles se encuentra otro principio que con iguales o quizás mejores títulos podría merecer el nombre de "soberanía". Nos referimos al principio de que el Parlamento, en lugar de *carecer* de potestades para limitar en forma irrevocable la competencia legislativa de sus sucesores, tuviera esa más amplia potestad de auto-limitación. En tal caso el Parlamento podría, por lo menos una vez en su historia, ejercer una esfera de competencia legislativa aún más amplia que la que le concede la doctrina establecida. El requisito de que en todo momento de su existencia el Parlamento esté libre de limitaciones jurídicas, incluso de las impuestas por sí mismo, es,

después de todo, sólo una interpretación de la idea ambigua de omnipotencia jurídica. Se trata, en efecto, de elegir entre una omnipotencia *continuada* sobre todas las cuestiones que no afecten la competencia legislativa de los parlamentos posteriores, y una ilimitada omnipotencia *auto-comprensiva* (*self-embracing*), de la que se puede gozar sólo una vez. Estas dos concepciones de la omnipotencia tienen un paralelo en dos concepciones de un Dios omnipotente: por un lado, un Dios que en todo momento de su existencia goza de los mismos poderes y por lo tanto no puede cercenarlos, y por el otro, un Dios cuyos poderes incluyen el de destruir para el futuro su omnipotencia. Cuál es la forma de omnipotencia —continuada o auto-comprensiva— de que goza nuestro Parlamento, es una cuestión empírica relativa a la forma de regla que es aceptada como criterio último para identificar el derecho. Aunque es una cuestión que versa sobre una regla que se encuentra en la base de un sistema jurídico, es empero una cuestión de hecho, respecto de la cual puede haber, en cualquier momento dado y por lo menos en algunos puntos, una respuesta plenamente determinada. Así, es claro que la regla que actualmente se acepta es una regla de soberanía continuada, de modo que el Parlamento no puede poner sus leyes a cubierto de la derogación.

Sin embargo, como ocurre con cualquier otra regla, el hecho de que la regla de la soberanía parlamentaria es determinada en este punto, no significa que lo sea en todos. Pueden suscitarse cuestiones acerca de ella que no tengan, hasta ese momento, una respuesta claramente correcta o incorrecta. Tales cuestiones sólo pueden ser solucionadas mediante una elección, hecha por alguien a cuyas decisiones, en esta materia, se les ha reconocido, eventualmente, autoridad. Esas indeterminaciones en la regla de la soberanía parlamentaria se presentan por lo común de la siguiente manera. Según la regla actual se acepta que una ley del Parlamento no puede sustraer en forma irrevocable ninguna cuestión a la acción legislativa futura del Parlamento; pero puede distinguirse entre una ley que en forma lisa y llana intenta hacer eso, y otra ley que, a la par que deja abierta al Parlamento la po-

sibilidad de legislar sobre cualquier tópico, tiene por mira modificar la "manera y forma" de la legislación. Esta última ley puede establecer, por ejemplo, que en ciertas cuestiones ninguna legislación entrará en vigor si no es aprobada por una mayoría de las dos Cámaras reunidas en asamblea, o si no es confirmada por un plebiscito. Puede "atrincherar" tal provisión estableciendo que ella mismo sólo puede ser derogada mediante ese procedimiento especial. Tal modificación parcial del procedimiento legislativo bien puede ser compatible con la regla actual de que el Parlamento no puede obligar en forma irrevocable a sus sucesores; porque lo que hace no es tanto *obligar* a éstos como eliminarlos *quoad* ciertas cuestiones, y transferir sus potestades legislativas respecto de ellas al nuevo cuerpo especial. Se puede decir, por lo tanto, que, en relación con estas cuestiones especiales, el Parlamento no ha "obligado" o "atado" al Parlamento, ni disminuido su omnipotencia continuada, sino que ha "redefinido" lo que ha de entenderse por Parlamento y lo que hay que hacer para legislar.

Va de suyo que si esta técnica fuese válida, mediante ella el Parlamento podría conseguir prácticamente los mismos resultados que la doctrina de que el Parlamento no puede obligar a sus sucesores parece colocar más allá de la potestad de éste. Porque si bien es cierto que la diferencia entre circunscribir el área sobre la que puede legislar el Parlamento, por un lado, y limitarse a modificar la manera y la forma de la legislación, por el otro, es suficientemente clara en algunos casos, en la práctica los límites de estas dos categorías se confunden. Una ley que, después de fijar un salario mínimo para los mecánicos, estableciera que ningún proyecto de ley concerniente a la retribución de éstos tendrá fuerza de derecho si no es confirmado por una resolución del Sindicato de Mecánicos, y que exigiera esa misma conformidad para la reforma de la propia ley en cuestión, tendría en la práctica los mismos efectos que una ley que fijara la retribución "para siempre", y prohibiera en forma directa y absoluta su derogación. Sin embargo se puede construir un argumento, que para los abogados tendría cierta fuerza, para demostrar que si bien esto último no

sería eficaz a la luz de la regla de soberanía parlamentaria continuada, lo primero podría ser compatible con ella. Los pasos del argumento consisten en una sucesión de afirmaciones sobre lo que el Parlamento puede hacer, cada una de las cuales sería menos plausible que su predecesora aunque tendría alguna analogía con ella. Ninguna de ellas puede ser rechazada por errónea o aceptada con confianza como correcta; porque nos hallamos en el área de textura abierta de la más fundamental regla del sistema. En cualquier momento puede surgir aquí una pregunta para la que no hay una respuesta, sino varias.

Así sería posible admitir que el Parlamento podría modificar en forma irrevocable la constitución del Parlamento, por ejemplo, aboliendo completamente la Cámara de los Lores, y yendo así más allá que las Leyes de 1911 y 1949 que prescindieron del acuerdo de dicha Cámara para cierta legislación, leyes que algunos autores prefieren interpretar como una mera delegación revocable de algunas de las potestades del Parlamento en favor de la Reina y de la Cámara de los Comunes. Sería posible admitir también, como sostuvo Dicey², que el Parlamento podría auto-destruirse totalmente, mediante una ley que declarara que sus potestades han terminado y derogara las normas que proveen a la elección de Parlamentos futuros. En tal caso, el Parlamento podría válidamente complementar este suicidio legislativo con una ley que transfiriese todas sus potestades a algún otro cuerpo, digamos la Manchester Corporation. Si puede hacer esto ¿no puede realmente hacer algo menor? ¿No puede poner fin a sus potestades para legislar en ciertas materias y transferirlas a una nueva entidad integrada por el propio Parlamento y algún otro cuerpo? Sobre esta base, ¿no cabe pensar que la Sección 4 de la Ley de Westminster, que requiere el consentimiento de un Dominio para cualquier legislación que lo afecte, hizo efectivamente eso respecto de las potestades del Parlamento para legislar para un Dominio? Es posible que la tesis de que esto puede ser efectivamente derogado sin el consentimiento del Dominio sea

² *The Law of the Constitution* (10a. edición), pág. 68, n.

no sólo una "teoría", como dijera Lord Sankey, que "no se hace cargo de la realidad". Es posible que sea mala teoría, o por lo menos no mejor que la opuesta. Por último, si el Parlamento puede ser reconstituido de estas maneras, por su propia acción, ¿por qué no podría reconstituirse a sí mismo disponiendo que el consentimiento del Sindicato de Mecánicos sea un requisito necesario para ciertos tipos de leyes?

Es plenamente posible que algunas de las proposiciones cuestionables que constituyen los pasos dudosos, pero no obviamente equivocados, de este argumento, serán algún día aceptadas o rechazadas por un tribunal llamado a decidir la cuestión. Tendremos entonces una respuesta a las preguntas que ellas suscitan, y esa respuesta, mientras el sistema exista, poseerá un *status* de autoridad único entre las respuestas que podrían darse. Los tribunales habrán determinado entonces, en ese punto, el contenido de la regla última mediante la cual se identifica el derecho válido. Aquí "la constitución es lo que los jueces dicen que es" no significa simplemente que las decisiones particulares de los tribunales supremos no pueden ser impugnadas. A primera vista el espectáculo parece paradójal; ante nuestros ojos tenemos jueces ejerciendo potestades creadoras que determinan los criterios últimos para comprobar la validez de las propias normas que les confieren jurisdicción en tanto que jueces. ¿Cómo puede una constitución conferir autoridad para decir lo que la constitución es? Pero la paradoja desaparece si recordamos que aunque toda regla puede ser dudosa en algunos puntos, es por cierto una condición necesaria de un sistema jurídico existente que no toda regla sea dudosa en todos los puntos. La posibilidad de que haya tribunales que en cualquier momento dado tengan autoridad para decidir estas cuestiones límites referentes a los últimos criterios de validez, depende meramente del hecho de que, en ese momento, la aplicación de dichos criterios a una vasta área del derecho, que incluye las reglas que confieren aquella autoridad, no origine dudas, aunque sí la originen su preciso ámbito y alcance.

Esta respuesta, sin embargo, puede parecer a algunos una manera demasiado simplista de tratar el problema. Puede dar la im-

presión de que caracteriza en forma muy inadecuada la actividad de los jueces en los lindes de las reglas fundamentales que especifican los criterios de validez jurídica; y puede dar esa impresión porque tal respuesta asimila demasiado estrechamente dicha actividad a la cumplida en los casos ordinarios, donde los tribunales ejercen una elección creadora al interpretar una ley particular que ha resultado indeterminada. Es claro que tales casos ordinarios tienen que surgir en cualquier sistema, y así parece obvio que las reglas que sirven de base a la actuación de los tribunales estén integradas —aunque no en forma explícita— por el principio de que éstos tienen jurisdicción para resolver aquellos casos eligiendo una de las alternativas que la ley deja abierta, aun cuando prefieran presentar esa elección como si fuera un descubrimiento. Pero, al menos en ausencia de una constitución escrita, las cuestiones referentes a los criterios fundamentales de validez a menudo parecen *no* tener esta cualidad que puede ser contemplada de antemano, y que permite decir con naturalidad que los tribunales tienen ya, de acuerdo con las reglas existentes, una clara autoridad para resolver cuestiones de ese tipo.

Quizás una forma de error "formalista" sea, precisamente, la de pensar que todo paso dado por un tribunal está cubierto por una regla general que le confiere de antemano la autoridad para darlo, de suerte que sus potestades creadoras son *siempre* una forma de potestad legislativa delegada. La verdad puede ser que, cuando los tribunales resuelven cuestiones previamente no contempladas relativas a las reglas más fundamentales de la constitución, ellos *obtienen* que se acepte su autoridad para decidir las después que las cuestiones han surgido y la decisión ha sido dictada. Es concebible que la cuestión constitucional en debate dada a la sociedad de manera demasiado fundamental para que pueda ser resuelta mediante una decisión judicial. Las cuestiones suscitadas en Sud Africa en relación con ciertas cláusulas de la South Africa Act de 1909, amenazaron en un momento con ser demasiado decisivas para una solución jurídica. Pero cuando están en juego cuestiones sociales menos vitales, es posible que se acepte sin protestas una pieza muy sorprendente de creación ju-

dicial de derecho relativa a las propias fuentes de éste. Cuando tal cosa ocurre, a menudo se dirá *retrospectivamente*, y ello puede parecer genuino, que los tribunales siempre tuvieron la potestad "inherente" de hacer lo que hicieron. Esta, sin embargo, puede ser una ficción piadosa, si la única prueba a su favor es que las cosas salieron bien.

El manipuleo que los tribunales ingleses hacen de las reglas sobre la fuerza obligatoria del precedente quizás quede descripta con mayor honestidad de esta última manera, es decir, como un intento exitoso de arrogarse potestades y ejercerlas. Aquí el éxito otorga autoridad *ex post facto*. Así, antes de la decisión del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal en el caso *Rex vs. Taylor*⁸, la cuestión de si ese tribunal tenía autoridad para decidir que no estaba limitado por sus propios precedentes en cuestiones sobre libertad individual, podría haber parecido una cuestión completamente abierta. Pero el fallo se dictó y ahora se lo sigue como derecho. El enunciado de que el tribunal tuvo siempre una potestad inherente de decidir de esa manera sólo sería, sin duda, un modo de presentar las cosas en forma más ordenada de lo que realmente son. Aquí, en los lindes de estas cuestiones muy fundamentales, acogeríamos de buen grado al escéptico ante las reglas, mientras no olvide que se lo acepta en los lindes, y no nos ciegue frente al hecho de que lo que en gran medida posibilita estos notables desarrollos judiciales de las reglas más fundamentales, es el prestigio adquirido por los jueces a raíz de su actuación, incuestionablemente gobernada por reglas, en las vastas áreas centrales del derecho.

⁸ (1950), 2 K. B. 368.



Capítulo V
CREACIÓN JUDICIAL, NORMA HIPOTÉTICA Y REGLA
DE RECONOCIMIENTO

1. *Planteamiento del problema*

Es bien sabido que la concepción sistemática del Derecho ha presentado modelos diferentes a lo largo del proceso de decantación de la cultura jurídica moderna. Según veíamos en un epígrafe anterior, el iusnaturalismo, racionalista, que inicialmente construyó un sistema ideal, fue paulatinamente impregnando tanto los ordenamientos positivos, sobre todo gracias a la operatividad práctica del contrato social, como los saberes jurídicos, para culminar en esa perfecta armonía entre voluntad y razón que fue el movimiento codificador y de la exégesis. El Derecho tiende a presentarse entonces como un sistema de proposiciones coherentes y «verdaderas» de las que sería posible obtener, mediante un método de inferencia, nuevas proposiciones también verdaderas. Los dogmas de la

plenitud y de la coherencia reposan así en lo que con terminología kelseniana denominamos relación normativa estática.

El redescubrimiento de la realidad del poder por parte del positivismo voluntarista y estatalista hizo imposible mantener aquella ficción: los preceptos jurídicos son obra de una voluntad, concretamente de una voluntad contingente e histórica y, por tanto, eventualmente contradictoria e insuficiente para responder a toda situación o conflicto. Con todo, la ciencia jurídica positivista creo que fue capaz de formular en términos diferentes la idea sistemática del ordenamiento merced a una concepción centralizada del poder y a un planteamiento formal de las llamadas fuentes del Derecho. Muy sintéticamente, la multiplicidad de disposiciones se reduce a unidad ya sea en la persona física del soberano, ya sea en la persona ficticia del Estado; son jurídicas todas aquellas normas que directa o indirectamente, a través de giros más o menos tortuosos, puedan hacerse descansar en la voluntad de un poder supremo; todo ello acompañado de una visión logicista y mecánica de la interpretación.

Pero también esta perspectiva presentaba numerosas debilidades y a ponerlo de relieve contribuyó muy poderosamente lo que en términos genéricos llamamos reacción anti-formalista. Si el Derecho es lagunoso o incluso presenta una laguna en cada palabra, si las contradicciones pueden ser irresolubles, si en el proceso de comprensión la ley no pasa de ser un punto de referencia que ha de conjugarse con múltiples elementos subjetivos y culturales, si, en fin, el ordenamiento se compone de sucesivas decisiones individuales entre las que no es posible descubrir un vínculo que proporcione unidad y coherencia, parece evidente que la ciencia jurídica debe renunciar a esa idea de sistema normativo y consagrar sus esfuerzos en una orientación psicológica o sociológica.

Ahora bien, ¿es viable mantener la idea de unidad del sistema una vez que se ha tomado conciencia de la dimensión creativa y constitutiva de la jurisprudencia? En otras palabras, tras la caracterización de los tribunales que quedó dibujada en los epígrafes anteriores, ¿resulta todavía posible hallar algún elemento común capaz de delimitar las fronteras del ordenamiento y de identificar cada una de sus normas? Según creo, la norma fundamental de KELSEN y la regla de reconocimiento de HART representan las dos respuestas más consistentes al reto planteado; ambos han abandonado el positivismo ingenuo y la concepción mecánica del razonamiento judicial, pero ambos también se esfuerzan por mantener la imagen sistemática del ordenamiento sin abrazar el puro decisionismo judicial. Este será, pues, nuestro punto de partida.

Efectivamente, al exponer en un epígrafe anterior la posición normativista quedó enunciada la dificultad de explicar el comportamiento real de los tribunales de acuerdo con una visión sistemática del ordenamiento jurídico. En especial cuando se trata de casos límite donde resultan dudosos los propios criterios de identificación de normas, puede parecer discutible o artificioso decir que las decisiones judiciales responden a las previsiones del sistema. En realidad, la cuestión no afecta propiamente a la creación judicial del Derecho, pero guarda una cierta relación con la postura que al respecto se adopte. Veamos como se plantea el problema en la obra de KELSEN.

Como es sabido, KELSEN insiste en que la validez de una norma sólo puede apoyarse en otra norma y, en último término, en la norma fundamental¹; la misma exigencia de

1. *Teoría pura*, 1ª ed., citado, pp. 135 y ss.

pureza metodológica impide que la base del Estado sea el poder, es decir, un hecho real y eficiente². La tesis fue acusada de iusnaturalista³, pero creo que ante todo resulta inconsistente con las propias premisas de la teoría pura, ya que la eficacia -el «ser»- parece penetrar en los intersticios de la doctrina bastante más de lo que aconsejarían sus principios metodológicos; y, en primer lugar, a través de la norma individualmente considerada. Si en la *Teoría General del Derecho y del Estado* KELSEN eleva la eficacia a condición general del sistema⁴, en la 2ª edición de la *Teoría pura* reconoce que «cuando una norma jurídica permanece desprovista de eficacia de manera duradera no puede ser considerada válida»⁵; es más, afirmar, la validez de una norma equivale a decir que debe ser acatada y aplicada cuando es de hecho acatada y aplicada⁶.

Pero donde el *Sein* y el *Sollen* se terminan fundiendo es nada menos que en la norma fundamental: la «hipótesis lógico-transcendental» coincide con el poder político desde el momento en que dicha norma sólo puede imponerse para un orden jurídico dotado de eficacia general⁷. Veamos un caso extremo, pero

2. *Teoría General del Derecho y del Estado*, citado, pp. 216 y ss.

3. Así, A. ROSS, «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 4, 1961, pp. 83 y ss.

4. *Teoría General del Derecho y del Estado*, citado, p. 140.

5. *Teoría pura*, 2.ª ed., citado, epígrafe 34 g). Véase también *Teoría generale delle norme*, citado, pp. 216 y ss.

6. «El concepto de orden jurídico». (1958), trad. de M. I. Azaretto, en *Contribuciones a la teoría pura del Derecho*, citado, p. 95.

7. *Teoría General del Derecho y del Estado*, citado, p. 140.

paradigmático, que nos suministra el propio KELSEN: si en un período revolucionario triunfan los rebeldes, será necesario suponer una nueva norma fundamental que dote de validez al orden jurídico; en otro caso, se tratará simplemente de un crimen de alta traición. Según la norma fundamental, «el gobierno efectivo... representa el gobierno legítimo del Estado»⁸, pues, en definitiva, «es la propia norma fundamental quien hace de la eficacia la condición de validez»⁹.

Ahora bien, el planteamiento de KELSEN podría ser aceptable si la eficacia sólo estuviera presente en la *Grundnorm* o apareciese excepcionalmente en la *desuetudo*. Es verdad que resultaría más correcto hablar de un «hecho fundante básico»¹⁰, pero de cualquier forma la teoría gradual y el concepto de validez kelseniano serían un esquema plausible para explicar el funcionamiento de los sistemas jurídicos. El problema es que un estudio más detenido pone de relieve que la norma fundamental constituye un recurso permanente para encubrir que el ser -la eficacia, el poder- penetra por todos los poros del Derecho.

Puede suceder, en efecto, que el legislador dicte una ley contraria a la Constitución o que un Tribunal dicte una sentencia ilegal. Ello no supone, según KELSEN, que la ley o el fallo sean nulos, pues la idea de una norma contraria a las normas representa una «contradicción *in adjecto*»¹¹. En reali-

8. *Teoría pura*, 2.ª ed., citado, epígrafe 34 f).

9. *Teoría pura*, 2.ª ed., citado, epígrafe 34 e).

10. Véase PECES-BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, citado, pp. 39 y 55.

11. *Teoría pura*, 2ª ed., citado, epígrafe 35 j). Véase, no obstante, el punto de vista del último KELSEN, en *Teoría generale delle norme*, citado, pp. 352 y 55. y 362 y 55.

dad, en estos casos caben dos posibilidades: la primera es que el sistema jurídico disponga de algún órgano de control, como pueda ser un Tribunal Constitucional o un Tribunal de última instancia, que anule mediante una decisión constitutiva -no declarativa- la ley o la sentencia en cuestión; la segunda posibilidad es que el sistema carezca de tales órganos y en tal supuesto la norma irregular deviene firme y eficaz desde el primer momento. Lo que al final acontece en muchos casos, dice Kelsen, es que la norma fundamental ha previsto dos normas generales distintas de habilitación, una expresa y otra tácita o implícita, de modo que el juez o el legislador pueden optar por una u otra. Tomemos el supuesto de la sentencia ilegal: que el orden jurídico confiere fuerza de Derecho a las decisiones jurisdiccionales firmes significa que dos normas generales están en vigor simultáneamente; la una determina por adelantado el contenido de la sentencia, esto es, se trata de la ley que ha de ser aplicada; la otra (implícita) autoriza a crear la norma individual que, de hecho, el Tribunal dictará. Dicho de otro modo, el contenido de la norma individual puede venir determinado por la ley o, también, por el propio Tribunal cuya decisión sea inapelable; los dos procedimientos son válidos y legítimos, porque ambos encuentran apoyo en la norma fundamental¹².

La inconsistencia que llegados a este punto alcanza la norma fundamental ha sido ampliamente denunciada¹³; como dice

12. Véase *Teoría pura*, 2.ª ed., citado, epígrafe 35 j).

13. Véase, por ejemplo, HART, H. L. A., «Kelsen's doctrine of the Unity of Law», en *Ethics and Social Justice*, H. KIEFER y M. MUNITE (eds.), New York, State University Press, 1970. Recordemos que el propio Kelsen termina reconociendo que la norma fundamental es una norma ficticia, *Teoría generale delle norme*, citado, pp. 433 y ss.

L. HIERRO, «la teoría pura le indica al juez algo que él ya sabía: que tiene que decidir. Fuera de ello, se limita a elevar al reino del deber ser objetivo lo que el juez decida»¹⁴. Por eso, el esquema de la pirámide jurídica sirve para describir el Estado de Derecho, suponiendo «que la actividad de los órganos estatales es siempre una actividad regular, pero este supuesto no puede ser aceptado»¹⁵. Ello significa, entre otras cosas, que el planteamiento kelseniano no satisface el objetivo propuesto de describir todo lo que sucede en el seno de cualquier ordenamiento jurídico y, en particular, que el recurso a una norma hipotética fundamental encubre la presencia de elementos fácticos en el proceso de creación aplicación del Derecho.

En realidad, la doctrina de Kelsen sobre las habilitaciones tácitas de la norma fundamental presenta riesgos muy superiores, pues si se admite un criterio de flexibilidad o de apertura respecto del procedimiento y del contenido, ¿por qué no tolerarlo también en relación con el órgano? Es decir, si la *Grundnorm* autoriza al juez a dictar la sentencia «prevista» en el sistema u otra cualquiera, ¿por qué no ha de autorizar también que la decisión sea adoptada por un particular?¹⁶. Seguramente, lo que todos estos problemas están denunciando es la presencia de un doble concepto de validez en la teoría

14. HIERRO, L., *El realismo jurídico escandinavo*, citado, p. 276.

15. CALSAMIGLIA, A., *Kelsen y la crisis de la Ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1978, pp. 202-3.

16. En este sentido NINO, C. S., «El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del Derecho», en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a A. L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 138 y ss.

pura, pues parece, en efecto, que en ocasiones norma válida es aquella que ha sido creada de acuerdo con lo establecido en la superior, mientras que otras veces la validez tiende a identificarse con la obligatoriedad¹⁷; la sentencia ilegal sería entonces válida en el segundo sentido, ya que existe una norma en el ordenamiento que ordena respetar y ejecutar las decisiones judiciales mientras no sean revisadas. El argumento será profundizado más adelante, pero en cualquier caso no parece que la norma hipotética fundamental sea el recurso más idóneo para explicar el comportamiento y la posición de los tribunales.

Naturalmente, también HART se plantea el problema del carácter firme y definitivo de las decisiones judiciales, pero, según creo, lo resuelve de modo más sencillo que KELSEN. Lejos de la artificiosa explicación de las habilitaciones supuestas de la norma fundamental, HART no niega que de hecho los jueces puedan eventualmente desvincularse de las leyes y dictar sentencias contrarias a ese «núcleo de certeza» que presenta toda regla, sin que ello signifique tampoco, como pretenden los realistas, que el «Derecho sea lo que los jueces dicen que es». Por el contrario, que exista una regla que prescribe resolver los casos de acuerdo con las leyes supone, al menos, dos cosas: primero, que se produce un acatamiento general a esa exigencia y que los jueces raramente se apartan de ella; y segundo, que cuando tal desviación ocurre, es tratado por la gran mayoría como algo seriamente criticable e incorrecto¹⁸. Sin duda, pudiera considerarse la hipótesis de

17. Véase BULYGIN, E., «Sentencia judicial y creación de Derecho», *La Ley*, n.º 124, Buenos Aires, 1966, p. 1.307.

18. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, citado, p. 182.

una desobediencia judicial generalizada a las leyes, pero ello supondría la transformación del propio sistema jurídico y, en todo caso, que dicha transformación sea imaginable no significa que debamos explicar el sistema como si ya se hubiese producido¹⁹.

En realidad, aunque el autor británico se niega a elaborar una teoría general a partir del fenómeno de las sentencias firmes pero ilegales y seguramente con razón, no deja de sugerir ciertos supuestos límite donde parece quebrar la idea de la creación judicial sometida a reglas legislativas, consuetudinarias o jurisprudenciales. En efecto, en los casos de incertidumbre de la regla de reconocimiento²⁰, es decir, cuando no existe seguridad y se discuten los criterios últimos que confieren validez a las normas que han de ser aplicadas por los tribunales, se produce la siguiente paradoja: los jueces vienen llamados a decidir qué es la Constitución, esto es, cuáles son los criterios de validez de las normas que pretenden considerar para la solución del caso. «Aquí el éxito otorga autoridad *ex post facto*»²¹, la decisión se impone por sí misma sin que parezca posible descubrir un engarce con el derecho preexistente. Los tribunales, confiesa HART, pretenderán presentar su fallo como si lo hubieran «descubierto», pero en realidad no es así: en tales supuestos «acogeríamos de buen

19. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, citado, p. 181.

20. Como es sabido, la regla de reconocimiento es, a diferencia de la *Grundnorm*, una norma positiva, concretamente una práctica social, y sobre la misma no tiene sentido plantearse el problema de la validez. Véase DE PÁRAMO, J. R., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, citado, pp. 242 y ss.

21. *El concepto de Derecho*, citado, p. 191.

grado al escéptico ante las reglas, mientras no se olvide que se lo acepta en los lindes...»²².

Creo que, en líneas generales, podemos compartir la opinión de HART: que las sentencias puedan en algunas ocasiones no responder a lo previsto en la teoría gradual no supone todavía que el Derecho sea lo que los jueces digan que es, ni que todo Derecho se agote en las decisiones de los tribunales, ni tampoco, en fin, que los jueces sean legisladores en el sentido fuerte de la expresión. Significa, sencillamente, que los tribunales dictan fallos definitivos como órganos de producción jurídica, es decir, como órganos políticos subordinados a la ley y constreñidos en su actuación por ciertos límites y condicionamientos, pero que en determinadas circunstancias se erigen de hecho en fuentes de normas no derivadas; y es en ese límite de las normas no derivadas, pero sólo en él, donde tal vez habría que dar la razón a los realistas.

Ahora bien, la consideración de los tribunales como órganos de producción jurídica, incluso de producción de normas no derivadas y en la textura abierta de la regla de reconocimiento, ¿obliga a una reformulación de esta última?, ¿qué carácter habrá de presentar esa norma básica del sistema, fundamento de su unidad y de la identificación de las demás normas, para explicar e integrar el comportamiento de los tribunales?; en definitiva, ¿cómo mantener la idea de sistema en el ordenamiento jurídico ante un razonamiento jurídico y una práctica jurisprudencial que no se ajusta al modelo idealizado por el primer positivismo?

22. Obra y lugar citados en nota anterior.

2. El carácter de la regla de reconocimiento

Si, como veíamos anteriormente, las decisiones judiciales incorporan una dimensión creativa, sea en el sentido débil de «margen de discrecionalidad», sea en el sentido más fuerte de producir una norma en caso de laguna, ello quiere decir que, al menos en parte, la sentencia aplica una regla que no formaba parte del ordenamiento jurídico, sino que ha surgido con el propio fallo. Según creo, por regla general no parece que los tribunales se limiten a «descubrir» una norma en el Derecho preexistente, ni tampoco a crearla *ex novo*, sino que hacen ambas cosas a la vez. Sin embargo, a efectos de clasificación, podemos distinguir ahora los supuestos en que se aplica una norma de aquellos otros en que se crea; bien entendido que la diferencia no estriba en que la primera se ejecute mecánicamente, sino más bien en que es delimitada por el juez con relativa facilidad como la regla idónea para resolver el caso.

Ahora bien, cualquiera que sea la naturaleza, conceptual o prescriptiva²³, de la regla de reconocimiento, cuando los tribunales crean una norma, que obviamente no existía antes, en principio no parece razonable decir que su aplicación venía impuesta por la regla de reconocimiento o que ha sido identificada con arreglo a la misma. Como es sabido, la función de dicha regla consiste en especificar alguna característica cuya posesión por una norma debe considerarse como una

23. La primera posición es mantenida por E. BULYGIN en «Sobre la regla de reconocimiento», *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a A. L. Gioja*, citado, pp. 31 y ss. La segunda tesis, que BULYGIN atribuye al propio HART, ha sido sostenida por J. RAZ, «La identidad de los órdenes jurídicos» (1971), en *La autoridad del Derecho*, traducción de R. Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1982, pp. los y ss.

«indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo»²⁴, y tal característica parece consistir en el modo que adopta su acto de creación. Por ello, para saber si una norma pertenece al ordenamiento deberá comprobarse que ha sido creada por un órgano autorizado, dentro de su competencia, etc.; en terminología familiar, que «deriva» de una fuente del sistema²⁵. Pero si estamos hablando de una norma creada en el fallo difícilmente podría formar parte del grupo; cabría afirmar, si se quiere, que la norma pasa a integrarse en el sistema mediante ulterior reconocimiento o, lo que es lo mismo, mediante un reconocimiento *ex post facto*; bien es verdad que entonces la regla de reconocimiento así definida no cumple la misión para la que fue ideada, que precisamente era informar u obligar al juez a fallar de acuerdo con una regla existente en el sistema.

El problema debe conectarse, por otra parte, con el ya aludido de la textura abierta de la regla de reconocimiento que, en síntesis, supone confesar la posible indeterminación de los criterios de validez. Afirmer que la regla de reconocimiento es relativamente vaga equivale a decir que no incluye de forma categórica e indubitada todos los posibles criterios de validez del sistema, esto es, todas aquellas características que permiten considerar a una norma como perteneciente al sis-

24. HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, citado, p. 117.

25. En este aspecto, la caracterización habitual que hace HART de la regla de reconocimiento no difiere mucho de la que propone Kelsen para su noción de validez. Ante la pregunta de si es válida una ordenanza del Country Council de Oxfordshire, sugiere HART la siguiente respuesta: «Sí, porque fue dictada en ejercicio de potestades conferidas, y de acuerdo con el procedimiento especificado por un Decreto del Ministerio de Salud Pública», *El concepto de Derecho*, citado, p. 133.

tema. Tales dudas pueden llegar a pesar en el curso de un proceso, y entonces la decisión que adopte el tribunal deberá elegir entre algunas de las alternativas que permita la regla de reconocimiento, aunque luego se argumente de forma que parezca ser la única idónea o adecuada.

Estas dificultades han permitido sostener a RAZ que el sistema jurídico puede contener dos tipos de disposiciones últimas: aquellas que indican a los tribunales qué normas deben aplicar y aquellas otras que guían la facultad discrecional del tribunal en la resolución de controversias que (parcialmente) no están reguladas. Las del primer tipo son reglas de reconocimiento²⁶ que determinan las fuentes de validez de donde los jueces obtienen las normas para la resolución de conflictos; las del segundo tipo son reglas últimas de discrecionalidad que limitan la libertad de escoger, pero que no privan de ella a los tribunales²⁷.

La tesis de RAZ parece sugestiva, pero no deja de suscitar problemas. En primer lugar, si las reglas de discrecionalidad forman parte del sistema es porque satisfacen algún criterio de validez, lo que supone una previa regla de reconocimiento. Se dirá tal vez que, al igual que sucede con esta última, tampoco aquella necesita probar su validez, que su «validez» es una mera cuestión de hecho. La explicación parece plausible, pero entonces nos encontramos con dos normas básicas, dirigidas ambas a regular la producción de otras normas, sin que exista ningún vínculo aparente entre ellas que preserve la unidad del sistema, es decir, que garantice que pertenecen al mismo ordenamiento. En estas condiciones, parece que ha-

26. RAZ, J., *La identidad de los órdenes jurídicos*, citado, p. 123.

27. Obra y lugar citados en la nota anterior.

bremos de buscar algún elemento común ente la regla de reconocimiento y la de discrecionalidad, pero entonces creo que sería ese elemento común la «verdadera» norma de reconocimiento dirigida a la individualización del sistema.

No obstante, la aceptación del carácter vago e indeterminado de la regla de reconocimiento, así como las sugerencias de RAZ, pueden tener alguna consecuencia interesante en el marco del propio análisis hartiano. Hemos dicho que la regla de reconocimiento se configura como una práctica social que tiene por objeto determinar los criterios de validez de las normas del sistema, pero cuyo carácter fáctico impide o hace inútil interrogarse acerca de su propia validez. Que la propia regla de reconocimiento presenta una textura abierta significa entonces que existen «otros» criterios de validez o, al menos, criterios de validez dudosos que son mostrados y clarificados por el juez, aceptándolos o rechazándolos, mediante una operación de elección que es ciertamente valorativa.

Ahora bien, dicha vaguedad o indeterminación supone que hasta cierto punto la fuerza de los hechos - la eficacia - penetra en el ordenamiento jurídico, y que lo hace precisamente a través de la norma última y en el momento de la aplicación judicial; pero, sobre todo, muestra también las dificultades de mantener una noción de validez rigurosamente circunscrita al criterio de derivación, pues tal validez no podrá negarse a las decisiones nacidas en el ámbito de la textura abierta de la regla básica. Si la norma observada por el tribunal no pertenecía al sistema en virtud de los criterios de validez, o pertenecía dudosamente, es que nos hallamos ante una especie de proceso abierto de reconocimiento nacido en la esfera de la actividad jurisdiccional.

Sin embargo, parece que esa tarea de elección realizada por los jueces, particularmente la que se verifica en los límites de la regla de reconocimiento, si bien no vinculada por criterios seguros de «derivación», sí se halla condicionada por reglas de procedimiento y de organización; tales operaciones no pueden llevarse a cabo por cualquier persona o institución, ni de cualquier forma. De ahí que, a mi juicio, si se desea mantener la imagen de una norma última de «cierre» del sistema, esta deberá concebirse al mismo tiempo como regla de identificación y de habilitación, es decir, deberá contener criterios que indiquen a los órganos de aplicación del Derecho cuándo se hallan ante una norma perteneciente al sistema y deberá contener también las condiciones y límites en que esos mismos órganos, que son aplicadores pero también creadores del orden jurídico, pueden alumbrar nuevas normas, incluso en las fronteras vagas o ambiguas de los criterios de validez. De este modo, esa regla última reflejará la propia complejidad del Derecho moderno, donde tiende a difuminarse la rígida distinción entre aplicación y creación del Derecho, constatando asimismo la naturaleza de los tribunales como órganos de producción jurídica, según la caracterización que antes quedó dibujada.

Tal vez esta perspectiva pueda adoptarse con cierto provecho para afrontar algunos problemas de la teoría jurídica que aparecen estrechamente vinculados al que venimos comentando. Tradicionalmente, en efecto, se ha intentado delimitar el criterio de pertenencia mediante una regla «maestra», la cual a su vez se remitía por lo común al origen de las normas, es decir, a lo que los juristas suelen llamar las fuentes del Derecho, de modo que, como dice FROSINI, la juridicidad debía considerarse como una etiqueta o marca de

fábrica²⁸. Es verdad que KELSEN rechaza la terminología de las fuentes, quizás para eludir referencias a la politicidad o facticidad de los órganos de producción, y es cierto también que HART no limita categóricamente los posibles criterios de validez contenidos en la regla de reconocimiento, pero, como ya vimos, ambos parecen pensar que el carácter jurídico de una norma viene dado por su origen: normas jurídicas son aquellas cuyo acto de creación está autorizado por una norma superior y en último término por una regla maestra.

Como es sabido, la insuficiencia de este criterio para explicar todas las normas que de hecho son observadas por los tribunales parece haber aconsejado entre numerosos especialistas un cambio de acento a la hora de delimitar los órganos verdaderamente relevantes en las tareas de individualización y pertenencia. La nueva perspectiva admite numerosas variantes²⁹, pero, en síntesis, pretende solucionar el problema observando la operatividad práctica de las normas a través del uso que de ellas hacen los órganos de aplicación. Ello no equivale necesariamente a sostener que toda norma sea de creación judicial, sino que, «sólo los tribunales de un sistema jurídico pueden proporcionar la clave de sus criterios de iden-

tividad»³⁰; el reconocimiento por parte de los jueces parece ser así el elemento decisivo para afirmar que una norma pertenece al sistema jurídico.

No obstante, este punto de vista presenta también algunas dificultades y, en primer lugar, la de explicar la pertenencia al sistema de aquellas normas que no han sido aplicadas por los tribunales, bien porque todavía no han tenido oportunidad de hacerlo dada su reciente promulgación, bien porque son universalmente seguidas por los destinatarios³¹. Según creo, en estos casos, como en otros muchos, sigue siendo útil recurrir a una norma de reconocimiento como la propuesta por HART.

Por otra parte, en los autores que recurren a las decisiones judiciales, como criterios de identificación parece existir un cierto afán polémico frente a cualquier pretensión de delimitar una norma última, como si se tratase de opciones incompatibles. Así, cuando NINO intenta caracterizar a dichos órganos, critica la postura de quienes, como RAZ, terminan acudiendo a las normas que organizan y atribuyen la competencia a los tribunales; se trata, dice NINO, de un «círculo vicioso» ya que para determinar la pertenencia de normas observamos la práctica de los jueces, pero, a su vez, para definir a éstos retrocedemos nuevamente a las normas. A fin de evitar la circularidad del argumento, parece que «habría que caracterizar a los órganos primarios, no como aquellos que están autorizados a declarar prohibidos o permitidos los actos de coacción, sino los que «de hecho pueden» (en el sen-

28. FROSINI, V., *La estructura del Derecho* (1973), traducción de A. E. Pérez Luño y M. J. Magaldi Paternostro, Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 1974, p. 104. La concepción de las normas jurídicas como mandatos del soberano, representada por Austin, sería un ejemplo claro de la perspectiva comentada. De J. Austin véase *The Province of Jurisprudence Determined*, y *The Uses of the study of Jurisprudence* (1832), ed. de H. L. A. HART, Weidenfeld Nickolson, 1954, nueva edición en Nueva York, Humanity Press, 1968.

29. Véase, por ejemplo, ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, citado, pp. 74 y 55.; RAZ, J., *La identidad de los órdenes jurídicos*, citado, pp. 105 y 55.; NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, citado, pp. 113 y 55.

30. RAZ, J., *La identidad de los órdenes jurídicos*, citado, p. 117. *

31. Esta es una de las críticas que cabe formular al judicialismo de A. ROSS. Véase HIERRO, L., *El realismo jurídico escandinavo*, citado, p. 321.

tido fáctico y no normativo de la palabra «poder») determinar el ejercicio del monopolio coactivo...»³²

Es posible que el propio NINO incurra en la circularidad que critica cuando intenta demostrarnos por qué los órganos primarios son los jueces y no la policía y el ejército; pues, si estamos hablando de «hechos», son precisamente esas instituciones quienes pueden poner en marcha el uso de la fuerza. Si, efectivamente, los tribunales son los órganos primarios no es porque «de hecho» ostenten el monopolio de la coacción, sino porque «de Derecho» se les ha conferido autoridad para dictar decisiones garantizadas mediante la fuerza.

Ello permite poner de relieve una vez más la importancia que en la definición de un sistema jurídico desempeñan las normas secundarias³³. La caracterización puramente fáctica de los órganos primarios prescinde de la naturaleza institucional del Derecho o, al menos, del Derecho mínimamente evolucionado³⁴, que es la consecuencia inmediata de la existencia de un entramado de normas secundarias. Por supuesto, cabe imaginar situaciones en que una persona o grupo ostente de hecho el monopolio de la coacción y la ejerza de una forma arbitraria, pero precisamente lo que distingue al sistema jurídico es que tales personas y su forma de actuación aparecen bien determinadas; entre esas determinaciones, y además de las reglas sobre

competencia y procedimiento, se encuentran sin duda los estándares, las normas, que dichos órganos vienen obligados a aplicar. Que las decisiones de los órganos primarios sean obligatorias, aun cuando estén equivocadas, vulneren una ley o produzcan una norma nueva, no significa absoluta desvinculación del Derecho preexistente; primero, porque siempre desempeñarán algún papel las reglas de organización, procedimiento, etc., y, segundo, porque la violación del Derecho sustantivo tiene carácter excepcional. De no ser así, tampoco quiebra el esquema propuesto; sencillamente habrá cambiado el sistema jurídico y nuevas normas secundarias vendrán a definir la actuación de los órganos primarios.

Sin embargo, creo que para los fines de este trabajo la objeción más interesante que cabe formular es que no parece existir una contradicción irresoluble entre el criterio que trata de buscar una norma de reconocimiento y el que prefiere atender a la actuación de los tribunales. En efecto, con frecuencia el dilema quiere plantearse en los siguientes términos: o bien aceptamos una norma «maestra» que comprende todas las reglas de validez que han de ser observadas por los tribunales, o bien nos atendemos a la práctica de los órganos que, de hecho disponen del monopolio de la coacción. Ambas tesis presentan aspectos insatisfactorios que, a mi juicio, quizás puedan superarse mediante una concepción más amplia o compleja de la regla de reconocimiento, capaz de explicar la doble dimensión, creadora y aplicadora, de la actividad de los órganos jurídicos.

En síntesis, dicha concepción supone, como ya adelantábamos más arriba, que la norma última no sólo impone a los tribunales el deber de ajustar sus decisiones a las normas identificadas como pertenecientes al sistema, sino que comprende

32. NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, citado, p. 128.

33. Sobre la distinción entre normas primarias y secundarias véase el trabajo de BOBBIO, N. «Normas primarias y normas secundarias» (1968), en *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, pp. 317 y ss.; GAVAZZI, G., *Norme primarie e norme e secondarie*, Torino, Giappichelli, 1967.

34. Véase RAZ, J. «La naturaleza institucional del Derecho» (1974), en *La autoridad del Derecho...* citado, pp. 135 y ss.

también las reglas de habilitación, que autorizan, limitan y condicionan el desarrollo judicial del derecho. Entre nosotros la idea ha sido sugerida por PECES-BARBA: «la norma de reconocimiento contiene los criterios de identificación del sistema y puede comprender también lo que HART llama la norma de cambio y la de adjudicación...»³⁵.

La posibilidad de integrar las reglas de cambio y adjudicación³⁶ junto con la de reconocimiento resulta sin duda interesante³⁷ y, además, no parece ajena a los propios planteamientos de HART. «Obviamente —escribe el autor británico— habrá una conexión muy estrecha entre las reglas de cambio y las de reconocimiento: porque donde existen las primeras, las últimas necesariamente incorporarán una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas»³⁸; y, ¿por qué no, cabe preguntarse, también una referencia a la jurisdicción o a cierta jurisdicción? Algo análogo cabe decir de las reglas de adjudicación: «...si los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida, no pue-

35. PECES-BARBA, G., «Prólogo» al libro de J.R. PÁRAMO, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, citado, p. 23.

36. En terminología de HART son reglas de cambio aquellas que facultan a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias o a modificar o derogar las existentes. Son reglas de adjudicación aquellas que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. Véase *El concepto de Derecho*, citado, pp. 119 y ss.

37. Véase GÓMEZ, A. C., «Acerca de la vinculación de la regla de reconocimiento con las restantes reglas secundarias», en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a A.L. Gioja*, citado, pp. 47 y ss.

38. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, citado, p. 119.

de evitarse que ellas sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuales son las reglas»³⁹.

Ello significaría que la regla básica destinada a identificar las normas del sistema puede contener tanto criterios que pudiéramos llamar de derivación, según los cuales una norma será jurídica si ha sido creada de acuerdo con lo prescrito en otra superior, como criterios de adjudicación y cambio, que confieren validez a las normas producidas por determinados órganos en aplicación de ciertos procedimientos, etc. Desde la perspectiva de un observador externo, ello permitiría considerar como pertenecientes al sistema aquellas normas que, por cualquier motivo, no han sido objeto de aplicación judicial, pero que satisfacen los requisitos de validez prescritos en la regla básica; y permitiría también identificar como propias las normas nacidas de una decisión firme de los tribunales, aún cuando no deriven o deriven dudosamente de una regla superior.

Ahora bien, de aceptar una regla básica en estos términos, es probable que debamos también redefinir la noción de validez o de pertenencia de las normas al ordenamiento, pues parece claro que si los criterios de cambio y adjudicación se sitúan en el mismo plano que la regla de reconocimiento hartiana, el tradicional principio de «derivación» deberá conjugarse con otros procedimientos para la identificación de normas; ya no serán válidas únicamente aquellas normas que descansan en otra superior, sino también las creadas por determinados órganos y en ciertas condiciones. Ello tal vez nos permitiría decir que son válidas o pertenecen al sistema aquellas normas que deban ser observadas, que sean obligatorias

39. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, citado, p. 120.

en sentido jurídico, por establecerlo así la regla básica del sistema.

Bien es cierto que al operar de este modo pueden surgir contradicciones dentro del sistema, pues obviamente no es lo mismo que la validez venga dada por la satisfacción de ciertos requisitos previstos en el ordenamiento (derivación) que por tener su origen en la decisión obligatoria de cierto órgano: una sentencia puede ser inválida en el primer sentido y válida en el segundo. Pero ello tan sólo significa que los órganos jurídicos pueden equivocarse o realizar actuaciones irregulares; cabe que el legislador promulgue una ley inconstitucional o que el juez dicte una sentencia ilegal, y si tales decisiones se consolidan sería en verdad irreal afirmar que no pertenecen al sistema jurídico. Los Derechos evolucionados suelen arbitrar procedimientos para depurar esta clase de «patologías», como pueden ser los recursos de inconstitucionalidad, casación, etc., pero en último término no cabe duda que la contradicción entre ambas nociones de validez se mantendrá en algunos casos.

En el fondo, me parece que el problema comentado, además de poner de relieve la existencia de ingredientes fácticos y normativos en el seno de todo Derecho, viene a traducir en términos jurídicos un conflicto que es de naturaleza política. Decir que una sentencia pertenece al ordenamiento por haber sido dictada por un órgano autorizado y que, sin embargo, es inválida al no derivar o contradecir el sentido de la ley, es lo mismo que constatar un conflicto entre la voluntad del legislador y la del juez. A mi juicio, este es el precio inevitable que ha de pagarse si consideramos a los tribunales como órganos de producción jurídica; consideración que me parece realista y que además permite observar en toda su complejidad la relación entre legislativo y judicatura que caracteriza los sistemas jurídicos evolucionados.

En este sentido, la fórmula que hemos propuesto para la regla de reconocimiento puede enlazarse con alguna de las conclusiones que alcanzamos en el epígrafe anterior. Concretamente, que la regla de reconocimientos comprende tanto criterios de derivación como de adjudicación y cambio significa que no es posible mantener la imagen simplista de la subordinación absoluta y rigurosa de los tribunales a la legislación, imagen que sólo sería viable si todas las decisiones judiciales descansasen efectivamente en una norma superior. Por el contrario, nos hallamos ante un tipo de relación más compleja que pudiéramos calificar de concurrencia subordinada por parte de los tribunales. Según esta perspectiva, la regla de reconocimiento confiere validez general o *erga omnes* a las decisiones del legislador, que aparece como el órgano autónomo de producción jurídica, ciertamente a expensas del control de constitucionalidad. La propia regla postula que se reconozcan como pertenecientes al sistema las normas así creadas y, por lo tanto, que los fallos judiciales obtengan a partir de las mismas la premisa mayor de su razonamiento; a tal fin, prevé una serie de cautelas y garantías, como la motivación, un sistema de recursos, etc., que hacen de los tribunales órganos heterónomos de producción jurídica. Finalmente, la misma regla otorga reconocimiento a las decisiones judiciales, si bien en principio sólo con carácter particular.

En el fondo, como vimos en el epígrafe precedente, la diferencia se cifra ante todo en la posición de los órganos, en el procedimiento que observan y en los efectos de sus normas, más que en el carácter innovador o valorativo de las mismas. La regla básica identifica como pertenecientes al sistema las normas dictadas por órganos distintos de producción jurídica

y establece al mismo tiempo una serie de requisitos y condicionamiento tendentes a garantizar la coherencia del propio sistema. Lo que distingue al legislador del juez no es tanto la naturaleza creativa o no derivada de sus decisiones, siempre relativa por otra parte en un régimen constitucional, sino sobre todo la menor severidad de los condicionamientos que construyen su actuación. Recuérdese lo ya dicho anteriormente: el juez interviene a instancia de parte, debe motivar su decisión, ésta carece por lo común de efectos generales, etc.

En resumen, no parece que el reconocimiento de la función creativa de los tribunales, que iluminan las zonas de penumbra y contribuyen a delimitar los propios criterios de validez, resulte incompatible con una visión sistemática del ordenamiento en la que desempeñe un papel relevante la dimensión normativa. Primero, porque, como ya sabemos, no todo Derecho es de origen judicial y no parece razonable sostener que las normas no aplicadas por los tribunales carecen de existencia o son meras predicciones. Pero, sobre todo, porque es el propio Derecho judicial quien se halla sometido a la normatividad, tanto en el aspecto sustantivo como formal.

El sometimiento sustancial, expresado en el principio del juez vinculado a la ley, depende sin duda de variables circunstancias históricas que dificultan una teorización general. Desde el juez de la Roma clásica hasta el juez de la Francia revolucionaria sobre el que gravitaba el famoso «recurso al legislativo» existe un amplio campo de posibilidades en el que seguramente puede situarse la posición del juez contemporáneo. Es más, uno de los rasgos distintivos de la actividad judicial en los sistemas modernos es que parece haber quebrado, al menos en parte, la vieja dialéctica entre legislación y jurisdicción gracias a la operatividad que se reconoce a los

textos constitucionales, en particular a sus cláusulas valorativas o materiales; operatividad que puede extender la actuación discrecional del juez frente a la ley, pero que al mismo tiempo cercena su libertad en una hipotética aventura de búsqueda de valores jurídicos más allá del Derecho positivo.

Sin embargo, cualquiera que sea el grado de vinculación sustancial que históricamente presente la actividad de los tribunales y sin negar la virtualidad jurídica de sus fallos, aunque no se presenten como decisiones «derivadas» de una norma superior, aquellos aparecen sujetos a una normatividad orgánica y procedimental que limita y condiciona el ejercicio de la discrecionalidad. Aquí reside seguramente el elemento definidor de la posición de los órganos primarios en un sistema jurídico evolucionado: un sistema de reglas secundarias, integradas en la norma que determina los criterios de validez, definen el quién, el cómo y las circunstancias de los sujetos llamados a intervenir en el proceso de aplicación-creación del Derecho⁴⁰. De ahí que la producción jurídica que se desarrolla en la «textura abierta» del ordenamiento y en los propios límites de los criterios de validez establecidos por la regla de reconocimiento hartiana no pueda concebirse como una cuestión radicalmente fáctica, sino como una operación jurídica en la que aparecen elementos de hecho, es decir, decisiones y valoraciones no previstas en el derecho preexistente, pero encuadrable en el marco de la normatividad.

40. Es más, la interpretación no se ha concebido siempre en el sentido moderno de atribución de significado a un texto, sino que, por ejemplo, en el mundo romano designaba la específica emisión de un mensaje de particular cualidad por parte de quien estaba legitimado a formularlo. Véase TARELLO, G., *L'interpretazione...*, citado, p. 4

Sin duda, dicha normatividad está constituida por reglas de segundo grado, es decir, por reglas que definen las condiciones de la producción jurídica y que precisamente adquieren un singular relieve una vez constatada la insuficiencia de los criterios de validez; merced a esas reglas, la decisión judicial puede ser reconducida al sistema jurídico aún cuando resulte dudosa su «derivación» de un estándar general e incorpore elementos ideológicos o subjetivos. Conviene subrayar, no obstante, que las reglas secundarias no presentan tampoco un carácter necesariamente formal o en relación con los aspectos procedimentales u organizativos, sino que, al menos en nuestro ordenamiento de un modo patente, determinados valores, principios o criterios sustantivos orientan la interpretación y, con ello, la creación del Derecho. En mi opinión, no sería exacto decir que los fallos «creativos» derivan de tales valores del mismo modo que las sentencias «aplicadoras» derivan de una ley, costumbre o precedente; la misión de estas reglas sustantivas de segundo grado no es erigirse en premisa mayor del razonamiento judicial, al menos en principio, sino preferentemente orientar y limitar la formación de esa premisa mayor⁴¹. Bien es verdad que, en el fondo, la diferencia no se presenta como radical, sino que es un problema de «mayor peso»; tal vez pudiera decirse que si en las decisiones que se apoyan en una norma primaria de comportamiento, ese «mayor peso» corresponde a dicha norma, en las que se aplican reglas secundarias materiales la subjetividad del intérprete tiende a ocupar un lugar preponderante.

41. Estoy pensando sobre todo en los valores superiores del ordenamiento jurídico tal y como los describe el artículo 1,1.º de la Constitución. Véase el ya citado trabajo de PEÑAS-BARBA, C., *Los valores superiores*, en especial, p. 88; también mi trabajo *Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el Tribunal Constitucional*, citado, pp. 83 y ss.

Con todo, lo que ahora me interesa destacar es que esas reglas de segundo grado llamadas a desempeñar una función de cierre o clausura del sistema y, por tanto, de identificación del mismo, no presentan un exclusivo carácter formal. Que la Constitución haya recogido determinados valores o principios tiene sin duda importantes consecuencias a la hora de estudiar la definición ideológica del ordenamiento, pero sobre todo obliga a plantearse en nuevos términos el problema de la creación judicial o, mejor dicho, de la creación jurídica en general desde la perspectiva de la regla de reconocimiento. Esta no puede concebirse únicamente como un conjunto de criterios acerca de la validez, que deban ser observados por los órganos de aplicación y que nos «descubran» la premisa mayor del razonamiento judicial a la manera de todo o nada, ni siquiera como un elenco de condiciones de procedimiento u organización de los sujetos llamados a producir Derecho. La norma básica incorpora también reglas secundarias y, no obstante, materiales o sustantivas que condicionan, limitan y orientan la producción jurídica, haciéndola coherente con la Constitución que es, no lo olvidemos, una norma de atribución de competencias, pero también una fuente del derecho. En estas circunstancias, la idea de sistema no alude sólo a una concatenación formal de productos normativos, sino también a una relativa, y ciertamente no absoluta, coherencia material.

Una última precisión: que a mi juicio el Derecho judicial pueda ser comprendido bajo la óptica normativa y no como mera cuestión de hecho, incluso en los supuestos de mayor creatividad no equivale a concebir de forma idealista el propio ordenamiento jurídico como un sistema «autosuficiente» que se explica al margen de la realidad y, en concreto, de la realidad del poder. Cuanto hemos dicho creo que es compati-

ble con la afirmación de que la norma última que define los criterios de validez y organiza el régimen de aplicación-creación del Derecho descansa en la efectividad del poder, si se quiere, en el hecho fundante básico⁴².

ÍNDICE DE AUTORES

(Los números remiten a la página)

Aarnio, A	126	Benda, E.	242
Abad De Santillan, D	54	Bentham, J	54, 135
Abud Aparicio, A	111	Bergbohm, K	184
Acosta, L	64	Bethmann, R	60
Agapito, R	109	Blázquez, M	36
Albaladejo, M	209	Bobbio, N	39, 42, 43, 44, 47, 55, 60, 97, 98, 115, 133, 149, 150, 151, 165, 169, 176, 184, 186, 202, 205, 222, 231, 280
Alchourron, C	164	Bocanegra Sierra, R.	261
Alonso Garcia, E	235, 246	Bodino, J	47, 54, 238
Aparicio, A	71	Bonald, L	65
Aragón Reyes	260	Bonnard, R.	83
Aristóteles	68	Bonnecase, J.	57
Arozamena Sierra, J	213	Bravo, P.	47
Atienza, M	125, 126, 186, 201	Bulygin, E'	184, 270, 273
Austin, J	54, 278	Burke, E	65
Ayala, F	81		
Ayerra, M	72	Calsamiglia, A.	275, 25
Azaretto, M	266	Camacho, A.	224
Azurza, A	171	Cammarata, A.	60
		Campbell, A	82
Bacque, J.A.	151	Capella, J.R.	89, 184, 188
Bachofen, J. J.	66, 67	Cappelletti, M.	226, 228, 242, 254
Banzhaf, T.	68	Cardozo, B.	78, 227
		Carnehutti, F.	88
Baratta, A.	124	Carrió, G.	135, 137, 142, 162, 188, 189, 221
Barbeyrac, J.	39	Cassese, S.	242
Bartole, S.	147	Cassirer, E.	38
Bayart, A.	121		
Bayón, J.C.	39		
Beccaria, C.	50, 51, 53		
Becker	83		

42. Véase más ampliamente PECES-BARBA, G., «Reflexiones sobre Derecho y Poder», en *Libertad, Poder, Socialismo*, Madrid, Cívitas, 1978, pp. 219 y ss.; del mismo autor, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, citado, pp. 29 y ss.

